PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

WILLIAM GERALDO AZEVEDO

AGÊNCIAS REGULADORAS INTERMUNICIPAIS COMO INSTRUMENTOS PROMOTORES DO DESENVOLVIMENTO LOCAL

CURITIBA
2019

WILLIAM GERALDO AZEVEDO

AGÊNCIAS REGULADORAS INTERMUNICIPAIS COMO INSTRUMENTOS PROMOTORES DO DESENVOLVIMENTO LOCAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa Estado, Economia e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

Coorientador: Prof. Dr. Fernando Borges Mânica

CURITIBA

2019

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

A994a 2019

Azevedo, William Geraldo
Agências reguladoras intermunicipais como instrumentos promotores do desenvolvimento local / William Geraldo Azevedo ;orientador: Emerson Gabardo ; coorientador: Fernando Borges Mânica. – 2019.
168 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019
Bibliografia: 152-161

1. Agência reguladora. 2. Consórcios. I. Gabardo, Emerson, II. Mânica, Fernando Borges. III. Pontifícia Universidade Católica do Parana. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Dóris. 4. ed. – 341.3221

WILLIAM GERALDO AZEVEDO

AGÊNCIAS REGULADORAS INTERMUNICIPAIS COMO INSTRUMENTOS PROMOTORES DO DESENVOLVIMENTO LOCAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa Estado, Economia e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

Coorientador: Prof. Dr. Fernando Borges Mânica

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Fernando Borges Mânica
Universidade Positivo – Paraná

Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto
Universidade Federal de Minas Gerais

Curitiba, 20 de março de 2019.

AGRADECIMENTOS

Faz-se imperioso agradecer todas as pessoas que contribuíram diretamente para a execução e conclusão deste trabalho, particularmente àqueles que estiveram diretamente ao meu lado, apoiando, incentivando e, até mesmo sofrendo junto, durante a árdua e difícil caminhada para se chegar até aqui.

De início, agradeço aos meus pais, Elisabet Luzia Azevedo e José Carlos Azevedo, por sempre terem me apoiado nas decisões que tomei para chegar até aqui. Por estarem sempre comigo, instigando-me a, constantemente, buscar mais conhecimento e ir mais longe. São minha fonte de inspiração, os quais admiro infinitamente. Pelo amor incondicional, pela confiança em mim depositada e por todas as oportunidades que me proporcionaram, essa vitória é também de vocês.

À minha namorada Simone Bunn Cavalheiro, igualmente, agradeço por estar presente nos momentos de descontração e, especialmente, por motivar constantemente a execução deste trabalho. Também a admiro por apoiar os objetivos por mim almejados e por despender, majoritariamente, de tempo e de forças no deslocamento da sua cidade ao meu encontro, porquanto a vida acadêmica rege-se por abstenções, as quais foram completamente compreendidas por ela.

Ao professor Emerson Gabardo, devido à paixão pelo Direito Administrativo e pela forma crítica com que analisa as constantes mudanças dos institutos desse ramo do direito. Pelo rigor metodológico de sua pesquisa e por esforço exercido para melhorar este trabalho e aprimorar as minhas habilidades. Por ter aceitado ser orientador deste trabalho e, particularmente, por ter exercido tão bem seu papel durante esses dois anos de convivência.

À toda minha família e amigos de longa data que, embora morando em outra cidade, sempre torceram por mim e incentivaram essa minha jornada. Compreenderam que as abstenções nos compromissos sociais tinham por justificativa um propósito maior: a conclusão desse curso. Igualmente, agradeço a todos os amigos que fiz durante a trajetória acadêmica do Mestrado, particularmente os colegas de orientação, por todos os debates travados, companheirismo e bons momentos vividos. Enfim, por compartilharem essa fase comigo e contribuírem para fazer dessa etapa um momento que não se esquecerá. Espero levar essas amizades para sempre.

Cumprimento aos dois escritórios que até agora tive oportunidade de trabalhar. Aos companheiros do Borges Mânica & Menegat, pela acolhida profissional na cidade de Curitiba e por terem demonstrado o lado acadêmico do direito administrativo, instigando-me a

igualmente percorrer esse caminho. Aos amigos e membros do escritório Daleffe Advocacia, cumprimento especial por terem compartilhado boa parte do mestrado comigo, inclusive em relação à experiência forense que levou a escolha do tema deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a estruturação de agências reguladoras intermunicipais como instrumento de desenvolvimento regulatório local. Parte da premissa, por um lado, de que os entes federativos municipais, frente aos novos desafios lançados pela sociedade e ante a crise financeira que passou atingi-los, particularmente a partir de 2014, precisam encontrar novos meios para promover as atribuições que constitucionalmente lhes competem. No que se refere ao dever constitucional de regular os serviços públicos no âmbito municipal, por outro lado, aborda as dificuldades de serem criadas agências reguladoras totalmente independentes. Diante disso, o trabalho sustenta que o federalismo de cooperação estabelecido pela Constituição Federal de 1988, paralelamente ao princípio do desenvolvimento regional, estimula os entes federados a atuarem cooperadamente na concretização de suas competências constitucionais. Também demonstra como as mudanças pelas quais o Direito Administrativo tem passado, influenciadas pelo paradigma da consensualidade, induziram diretamente o modo de agir da Administração Pública. Nessa linha, indica como os instrumentos contratuais inseridos no ordenamento jurídico, tal qual a Lei Federal nº 11.107/05, influenciaram a Administração a criar parcerias mais estáveis com seus próprios pares, particularmente no que concerne à gestão associada dos serviços públicos. Para tanto, o trabalho aborda a possibilidade de serem criadas agências interfederativas responsáveis pela execução da atividade regulatória municipal, em razão da garantia que a estrutura organizacional e funcional dos consórcios público-públicos pode proporcioná-las. Constata, a partir do estudo do protocolo de intenções da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento, que tais entidades podem executar suas atribuições com as autonomias – normativa, político-decisória, administrativa, técnico-profissional e financeira – imprescindíveis à atuação independente. Finalmente, identifica que a atividade reguladora intermunicipal possibilita que a qualidade da prestação do serviço público regulado seja isonômica para todos os municípios consorciados, abrangendo a todos os cidadãos submetidos à área de ação da agência.

Palavras-chave: federalismo de cooperação; desenvolvimento local; consórcios públicos; regulação; agências reguladoras intermunicipais.

ABSTRACT

This paper deals with the structuring intermunicipal regulatory agencies as an instrument of local regulatory development. Part of the premise, on the one hand, that the municipal federative entities, facing the new challenges launched by society and before the financial crisis that has reached them, particularly from 2014, need to find new ways for promoting the assignments that are their constitutionally competence. Which refers to the constitutional duty of public services regulation at the municipal level, on the other hand, it addresses the challenges being created regulatory agencies fully independents. In addition, the paper argues that the cooperative federalism established by the 1988 Federal Constitution, in parallel to the principle of regional development, encourages federated entities to act cooperatively in the realization of their constitutional competencies. It also demonstrates how the changes, by which Administrative Law has passed, influenced by the consensuality paradigm, directly induced the way of the Public Administration acts. In this line, indicates how the contractual instruments included in the legal system, such as Federal Law n. 11.107/05, influence the Administration to create more stable partnerships with their own peers, particularly regarding the joint management of public services. Thus, the paper deals with the possibility of being created interfederative agencies responsible for implementing of municipal regulatory activity, in reason the guarantee that the organizational and functional structure of the public-publics consortia can provide to them. Notes , from the study of the Regulatory Agency for Sanitation Intercitie's intentions protocol, that such entities can execute their attributions with the autonomies – normative, political-decision making, administrative, technical-professional and financial – essential to the independent action. Finally, it identifies that the intermunicipal regulatory activity allows the public service been regulated as isonomic quality provision for all the consortium municipalities, covering all citizen submitted to the agency action area.

Keywords: cooperative federalism; local development; public consortia; regulation; intermunicipal regulatory agencies.

SUMÁRIO

PRÓLOGO **9**
INTRODUÇÃO **13**

CAPÍTULO 1 - FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: INFLUÊNCIAS NA GESTÃO ASSOCIADA E NA NORMATIZAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS **17**
1.1 O caráter desenvolvimentista da Constituição Federal de 1988 e o modelo federativo de cooperação por ela adotado 17
1.2 A evolução no modelo de atuação da Administração Pública e a inserção do art. 241 na Constituição Federal: previsão normativa para gestão associada 35

CAPÍTULO 2 - A ESTRUTURAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS A PARTIR DA LEI 11.107/05: PRESSUPOSTOS NORMATIVOS, CARACTERÍSTICAS E PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS QUE DECORREM DA NORMATIZAÇÃO **54**
2.1 Características inerentes ao instrumento contratual consórcio público e outras modalidades contratuais inseridas pela Lei 11.107/05 54
2.2 Personificação dos consórcios públicos: diferenças essenciais quanto à estruturação das agências reguladoras intermunicipais 71
2.3 Integração da Lei nº 11.107/05 com outras legislações: especificidade da lei de saneamento básico na atuação cooperada dos entes federativos 88

CAPÍTULO 3 - AGÊNCIAS REGULADORAS CONSTITUÍDAS POR CONSÓRCIOS PÚBLICOS: O CASO DA AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO (ARIS). **101**
3.1 Atividade regulatória exercida por entidade intermunicipal: subsidiariedade invertida necessária à independência funcional das agências reguladoras locais 101
3.2 A Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (Aris): análise da modelagem jurídica por ela organizada 122

CONSIDERAÇÕES FINAIS **145**
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **152**
ANEXOS **162**
ANEXO I - Mapa dos Municípios consorciados à Aris 162
ANEXO II - Modelo de Contrato de Consórcio Público 163
ANEXO III - Relação de cargos públicos criados com a criação da Aris 165
ANEXO IV - Questionamento apresentado à Aris 166

PRÓLOGO

O Estado brasileiro vivencia uma crise de legitimidade, a qual atinge a todas esferas dos seus Poderes. No âmbito da Administração Pública, são diversos os fatores que convergem para essa crise, dentre os quais, destaca-se a complexidade em promover os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente aqueles que requerem a prestação de serviços públicos. Em verdade, salvo raras exceções, as Administrações Públicas não têm conseguido viabilizar serviços públicos verdadeiramente adequados, especialmente quando o dever de promovê-los compete ao ente municipal. Frente a esse quadro, cria-se, especialmente entre os cidadãos social e economicamente mais vulneráveis, uma sensação de incongruência entre as garantias e direitos estabelecidos pelo texto constitucional e o que efetivamente se vivencia.

Assim como em qualquer situação de crise, entendo que devem ser encontrados meios que proporcionem soluções aptas a interromperem o ciclo nocivo que fora constatado ou, ao menos, mitiguem-nas. Recomenda-se "pensar fora da caixa", para que seja possível conduzir a gestão e a execução daquela atividade para outro caminho, possivelmente mais promissor. Indiferentemente se está sob a perspectiva pública ou sob a privada, ou o ramo do conhecimento que se encontra (administração, ciências médicas, contábeis, pedagógica), as pessoas e as instituições devem repensar os modelos de atuação os quais geraram a crise, reorganizando suas estruturas e seus fluxos de funcionamento para atingirem resultados mais produtivos e mais legítimos. Na seara pública, no entanto, a implementação de novas ações e a organização de desenhos institucionais restringem-se àquelas estruturas estabelecidas pela legislação, o que acaba engessando substancialmente a atuação do gestor público.

Engessamento este que também decorre da rígida atuação dos órgãos de controle e da dificuldade destes de se colocarem na posição do gestor público. Constata-se que a atividade fiscalizatória é realizada, na maioria das vezes, em momento significativamente posterior e sob circunstâncias (técnico-operacionais, normativas e regulatórias) totalmente diferentes daquelas existentes no momento da tomada de decisão, o que prejudica os gestores a pensarem em medidas singulares para resolverem os problemas que os atingem. Note-se que não se está criticando a existência dos órgãos de controle, os quais são imprescindivelmente essenciais para a manutenção e o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. O que se crítica é a forma de atuação destes: majoritariamente repreensiva, em detrimento das

limitadíssimas atuações colaborativas.[1] Esta situação estimula o gestor a permanecer no seu *status quo* e a não pensar em meios alternativos para concretizar as necessidades locais.

Por outro lado, diante do significativo número de instrumentos contratuais existentes há um bom tempo no ordenamento jurídico, os quais são aptos a aprimorarem a prestação dos serviços oferecidos pelo Estado, penso que os gestores públicos não podem ser isentados das críticas tecidas, porquanto são poucos os que realmente têm buscado essas alternativas jurídicas para oferecer melhores serviços aos cidadãos. Em termos práticos, repito, os gestores precisam "pensar fora da caixa", remodelando as estruturas organizacionais e as formas de atuação para que possam aprimorar, em todas suas vertentes (política, econômica e social), o modo de atuação da Administração Pública, especificamente para aquelas atividades que requerem a prestação de serviços públicos. Entretanto, destaca-se, aqui, um contrassenso: se, de um lado, há a necessidade de se modificar a forma de atuação da Administração (e até mesmo da boa vontade do gestor em promover tais mudanças), do outro, há o medo de se criar novos formatos que não agradem os órgãos de controle e fiscalização.

Ao se pensar para além do tradicional, a partir de modelos jurídicos teóricos legalmente autorizados pelo ordenamento, deve-se ter em consideração que os resultados nem sempre serão positivos. Em linhas gerais, tome-se como exemplo a proposta de estudo trazida por este trabalho. Pode-se criar um consórcio público específico para promover a gestão associada de determinado serviço, mas que, a despeito de toda a legalidade e legitimidade da sua formação, não entregue os resultados (políticos, financeiros, sociais) esperados. A criação de consórcio público para gerir o objetivo indicado, salvo descoberta de desvio de finalidade (a exemplo de corrupção, desvio de verbas, maquiagem contábil), não poderá ser posteriormente penalizada pelos órgãos controladores caso não alcance os resultados políticos, sociais e econômicos pretendidos. Caso contrário, estagnar-se-á a ação do gestor público às mesmas ferramentas jurídicas que, até então, não tem se mostrado adequadas para solucionar as demandas – cada vez mais complexas – dos cidadãos.

Frente a esse quadro, pretende-se verificar se os consórcios públicos figuram-se como entidades aptas a, a partir da efetivação das autonomias regulatórias (político-decisória, financeira, técnica, normativa e administrativa), regularem independentemente os serviços públicos locais e promoverem o desenvolvimento regional dos municípios que o integram.

---

[1] Para determinadas situações, seria mais eficiente que a atuação do órgão de controle se operasse simultaneamente à ação do administrador. Cuida-se em realizar a fiscalização conjuntamente com a delimitação e a formalização da política pública (ou outra ação que se esteja definindo), e não somente *a posteriori* e após já terem sido despendidos recursos financeiros, pessoais e materiais para a consecução daquela atividade.

Para tanto, dividiu-se o trabalho três partes principais, as quais representam respectivamente os capítulos primeiro, segundo e terceiro.

No primeiro capítulo, analisam-se os pressupostos existentes no ordenamento jurídico que autorizam e parametrizam a ação cooperada entre os entes federativos. De um lado, estuda-se como o federalismo de cooperação adotado pela Constituição de 1988 encoraja os entes da federação a atuarem conjuntamente em algumas de suas atribuições, até mesmo elencando para algumas matérias a competência comum em executá-las. De outro lado, analisa-se de que maneira a evolução dos preceitos do direito administrativo, convergidos para a vertente da consensualidade, impactaram na Administração Pública e no modo de atuação desta no século XXI. Igualmente, verifica-se como a cooperação federativa, aliada ao paradigma da consensualidade administrativa, influenciou na organização da gestão associada e na inclusão dessa modalidade pelo art. 241 da Constituição Federal.

Já no segundo capítulo, pretende-se apontar como a gestão associada foi formatada no ordenamento, dando ênfase à edição da Lei Federal 11.107, de abril de 2005, a qual disciplinou o regramento geral para a contratação dos consórcios públicos. No primeiro item desse capítulo, aborda-se a referida legislação sob o aspecto de instrumento contratual, especificando no que se refere às cláusulas que devem obrigatoriamente constar no protocolo de intenções e no contrato de consórcio. Na segunda etapa, discorre-se acerca das características e consequências inerentes à formatação da pessoa jurídica consorcial. A última parte ficou reservada para cotejar a Lei nº 11.107/05 com outros diplomas normativos que com ela se relacionam, descrevendo a integração entre tais legislações.

No terceiro capítulo, dedica-se ao estudo da atividade regulatória. Sumariamente, estuda-se a evolução da intervenção estatal e a maneira pela qual a regulação foi disciplina na Constituição Federal. Ademais, traça-se uma análise de como a atividade regulatória é importante para a promoção do interesse social, estabelecendo-se os requisitos e as circunstâncias (autonomias) nas quais se garante à agência os meios para executar suas atribuições de modo independente. Por último, avalia-se como a estrutura orgânica e funcional dos consórcios públicos pode auxiliar os municípios a criarem e manterem agências reguladoras intermunicipais, inclusive sem dispenderem qualquer recurso financeiro para isso. Apresenta-se a experiência da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento, conhecida pela abreviação Aris, a partir da análise do protocolo de intenções que a organiza e disciplina sua atuação institucional. A escolha pelo estudo dessa agência, criada sob o objetivo de regular os serviços de saneamento básico dos municípios consorciados, teve por justificativa o

número expressivo de entes que atualmente a integram e, consequentemente, da significativa extensão territorial na qual exerce suas atividades.

Espera-se, com o presente trabalho, apresentar a construção teórica e os pressupostos normativos presentes no ordenamento jurídico que autorizam os entes federativos municipais a gerirem associadamente os serviços públicos que são de sua titularidade, inclusive no que se refere ao exercício da atividade regulatória local. Igualmente se objetiva, a partir do estudo de um modelo que tem apresentado resultados regulatórios relevantes, instigar os gestores públicos a pensarem fora dos padrões tradicionais e incluírem no planejamento de suas administrações formas institucionais específicas para o cumprimento de cada uma das atribuições que constitucionalmente lhes competem.

INTRODUÇÃO

As dificuldades financeiras que afrontam as Administrações Públicas, as quais se agravaram com período de recessão econômica vivenciado recentemente, revelaram um quadro preocupante sobre os entes federativos, o qual é representado pela incapacidade destes de promoverem diversas das competências constitucionalmente a eles incumbidas.[2] De modo consequente a esse cenário de diminuição da arrecadação financeira vivenciada pelos entes federativos,[3] realçou-se ainda mais a dependência financeira dos Estados e Municípios em face da União, bem como potencializaram-se as incertezas no que se refere à continuidade e ao melhoramento da prestação dos serviços públicos, especialmente pela diminuição ou postergação de investimentos, seja de custeio ou de expansão, nesse setor.

No Estado brasileiro, o quadro deficitário do orçamentário atingiu a todas as esferas da federação, especialmente os Municípios.[4] Isto porque, em sua grande maioria, esses entes não possuem capacidade arrecadatória própria necessária à consecução das competências, administrativas ou prestacionais, que lhes foram atribuídas pela Constituição de 1988.[5] Entretanto, a despeito da insuficiência de recursos financeiros, tais entes precisam continuamente investir na consecução dessas atribuições, mormente em relação àquelas que requerem a prestação dos serviços públicos para sua concretização. Isto porque a disponibilização de serviços adequados só é possível, para além da manutenção da estrutura já existente, a partir do melhoramento tecnológico, ampliação em busca da universalização dos

---

2 Conforme dados do Tesouro Nacional, no âmbito federal, no ano de 2014 o quantitativo das despesas públicas se igualou a arrecadação. Após esse período, o país entrou em território deficitário, uma vez que o valor das despesas passou a superar as receitas públicas auferidas. O auge desse processo deficitário ocorreu em 2016, quando o total de despesas bateu a casa de 20% do PIB e, no entanto, a arrecadação somente representou 17,4% do PIB. BRASIL. Ministério da Fazenda. **Resultado do Tesouro Nacional**. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents> Acesso em: 31 jan. 2019.

3 Análise do Tesouro Nacional demonstra que a arrecadação, no âmbito federal, para os anos de 2017 e 2018, teve resultado semelhante ao quantitativa para os anos de 2014 e 2015. Sucede-se que, para estes dois últimos anos, a porcentagem arrecadada apenas representou, respectivamente, 74,92% e 68,00% do orçamento total previsto para o período. BRASIL. Ministério da Fazenda. **Evolução histórica da receita**. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/receitas?ano=2018> Acesso em: 31 jan. 2019.

4 Em levantamento feito pela Folha de São Paulo, a partir da reunião de dados disponibilizados pelo Tesouro Nacional e pala Caixa Econômica Federal, identificou-se que no período entre outubro de 2015 a outubro de 2016, "38 dos municípios mais populosos, onde vivem cerca de 60 milhões de pessoas, houve queda nas receitas de impostos". FOLHA DE SÃO PAULO. **Crise derruba arrecadação de impostos e investimentos de prefeitura**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/01/1725446-crise-derruba-arrecadacao-de-impostos-e-investimentos-de-prefeituras.shtml> Acesso em: 18 jan. 2018.

5 Segundo levantamento do índice Firjan, 85,9% dos municípios, o que equivale a 3905 unidades federativas municipais, encerraram 2016 em situação crítica ou difícil, sendo este percentual um dos mais elevados desde o início da série, em 2006 (75%). FIRJAN. **Índice Firjan de Gestão Fiscal – IFGF.** Disponível em: <http://www.firjan.com.br/ifgf/> Acesso em: 17 jan. 2018.

serviços, capacitação profissional dos servidores e investimentos na infraestrutura correspondente.

Ademais, impulsionados pela reforma gerencialista e a Emenda Constitucional nº 19/98, foram inseridos no ordenamento jurídico quantidade significativa de instrumentos jurídicos editados para auxiliar as Administrações Públicas na consecução dessas atribuições. Para além da inserção do art. 241 na Constituição Federal, o qual expressamente autorizou a gestão associada dos serviços públicos pelos entes federativos, também pode ser mencionada a inserção do contrato de gestão (disciplinado pela 9.637/98), do termo de parceria inserido pela lei 9.790/99, dos modelos de concessões inseridas pela Lei 11.079/04, e, mais recentemente, dos termos de colaboração e fomento, inseridos pela lei 13.019/14. Há, à disposição dos entes federativos, uma série de instrumentos jurídicos suscetíveis a mitigar as dificuldades financeiras e operacionais na concretização das correspondentes competências, os quais podem lhes auxiliar na utilização de modelos jurídicos que melhor se adequem ao suprimento das dificuldades específicas de cada ente.

Paralelamente à prestação dos serviços públicos, sejam eles executados diretamente pelo Estado seja indiretamente pela iniciativa privada, a ordem econômica positivada pela Constituição Federal, prevê que o Estado deve regular e fiscalizar continuamente as atividades econômicas, a fim de tutelar os interesses sociais intrínsecos àquelas. Nessa esteira, para que os resultados da ação regulatória sejam satisfatórios, deve-se garantir às agências reguladoras condições mínimas para executarem as suas competências com independência funcional que lhe são características. Para promover tal independência, faz-se necessário conferir condições de autonomia político-decisória, normativa, capacitação técnica dos seus servidores, e também autonomia orçamentário-financeira para executar e gerenciar suas ações.

Sucede-se que a estruturação de uma entidade reguladora com essas características pelos Municípios mostra-se custosa e possui retorno político duvidoso, podendo nem mesmo constar no radar de prioridades desses entes. Noutros termos, as principais dificuldades para concretizar a independência funcional das agências reguladoras decorrem da ausência de recursos e vontade política para criação, manutenção e investimentos dessas entidades. Destaca-se que o elemento da autonomia financeira, dentre outros que integram o conceito de independência, caracteriza-se por ser o principal fator para assegurar que a regulação se proceda de modo independente. A segunda dificuldade refere-se à proximidade política entre o chefe do Poder Executivo e a estrutura da agência, a qual pode

macular a atuação da agência a partir do embaraço das atribuições entre as competências da agência e os interesses secundário do Poder Executivo.

Frente a esse quadro deficitário de recursos e de proximidade política, em contraponto a ampla gama de direitos e atribuições que são de incumbência do Estado, torna-se imprescindível procurar outros instrumentos de desenvolvimento para as estruturas estatais.[6] Até porque, a utilização de modelos fundamentados nos tradicionais instrumentos jurídicos e sob a mesma estrutura administrativa não está sendo suficiente o bastante para que a Administração consiga reduzir as desigualdades sociais e regionais e, assim, promova condições mais dignas de vivências aos seus cidadãos. Pelo contrário: os resultados têm demonstrado o aumento da desigualdade. O cenário, portanto, é o seguinte: as soluções até então padronizadas não estão entregando aos cidadãos os resultados sociais estabelecidos e pretendidos pela Constituição Federal de 1988.

Particularmente ao tema proposto, faz-se necessário pensar em instrumentos jurídicos que possam permitir as Administrações Públicas municipais criarem e manterem agências reguladoras capacitadas e preparadas para executarem a regulação dos serviços públicos locais com a independência característica da atividade. Nessa linha, ponta-se como um dos recursos jurídicos possíveis, a formação de consórcios interfederativos municipais constituídos especificamente para regularem os serviços públicos. Indica-se como proposta aos entes federativos municipais, diante da formação de uma estrutura administrativa única proporcionada pelos consorciamentos, que executem cooperadamente a gestão da atividade regulatória.[7] Essa hipótese tem por premissa o fato de os consórcios públicos, a partir da estrutura orgânico-funcional que deles podem ser formadas, caracterizarem-se como instrumentos aptos a organizarem agências regulatórias intermunicipais independentes.

De início, menciona-se que a cooperação intermunicipal não somente pode amenizar a problemática financeira na manutenção da agência, uma vez que o financiamento da entidade com estrutura operacional única será realizado por um conjunto de municípios,

---

[6] Consoante leciona Eurico Bitencourt Neto, é preciso que "o instrumental jurídico possa oferecer meios de realização dos fins do Estado de Direito democrático e social que sejam compatíveis como as turbulências e a complexidade do tempo em que se vive. É preciso rever velhos dogmas, repensar antigas verdades, sem perder de vista os fins sociais que continuam a vincular as antigas e as novas formas de agir do Poder Público". BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais – NINC**, Curitiba, vol 4, n. 1, jan - abr, p. 207-225, 2017, p. 221 - 222.

[7] Deve-se mencionar que é a partir dessa proposta que a temática se enquadra à linha de pesquisa "Estado, Economia e Desenvolvimento". Isto porque, a linha tem por escopo central investigar os impactos que o Direito regulador exerce nas atividades econômicas e nas formas de organização das entidades e instituições. No que se refere à Administração Pública, toma-se por pressuposto que a Administração é instituição que se encontra em constante crise de eficiência e legitimidade. Nesse contexto, objetiva-se verificar o modo pelo qual a Administração, utilizando-se dos instrumentos jurídicos públicos, pode promover os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988.

rateando-se as despesas entre todos eles, como também abre caminho para garantir que todas as demais autonomias sejam materializadas. Trata-se, no entanto, de uma constatação preliminar, a qual suscita maior dedicação científica e aprofundamento doutrinário para que seja ou não verificada e, constatando-se essa última, em qual grau se concretiza. Até porque o estabelecimento de agências reguladoras interfederativas caracteriza-se por ser uma atividade complexa, uma vez que se assenta na associação entre dois institutos de ramos independentes, porém paralelos, do Direito Administrativo: de um lado, os conceitos e instrumentos relacionados aos acordos e formatos de cooperação federativa, e de outro, o arcabouço doutrinário e normativo concernente ao exercício da atividade regulatória.

CAPÍTULO 1 - FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: INFLUÊNCIAS NA GESTÃO ASSOCIADA E NA NORMATIZAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

1.1 O caráter desenvolvimentista da Constituição Federal de 1988 e o modelo federativo de cooperação por ela adotado

O modelo de federalismo atualmente estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil é resultado das modificações por ele sofridas desde a concepção, particularmente no que se referem às transformações vivenciadas ao longo do século XX. Diante disso, faz-se necessário, antes de analisar os atributos e efeitos da adoção do federalismo pela CF1988, constar algumas características gerais sobre o federalismo, bem como analisar como a conjuntura social, política e econômica o influenciou no decorrer do século XX.

Historicamente, o federalismo teve como origem a congregação dos Estados norte-americanos no século XVIII, os quais se organizaram politicamente para solucionar os problemas que os acometiam. Adversidades que se centravam especialmente na política externa, em razão da independência e da antiga subordinação à metrópole Britânica. Frente a esse contexto, afirma-se que o federalismo se originou com a Constituição Americana de 1789.[8]

De fato, as colônias norte-americanas foram obrigadas a reestruturar uma "organização política verdadeiramente nova, que transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a apresentar uma alternativa para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução Francesa".[9] Esta organização política inicial, denominada federação, caracterizava-se pela delegação de poderes políticos e de competências das unidades autônomas ao ente central, denominado de União.

---

[8] MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Para onde vai o federalismo? Notas sobre o que foi e o que poderá vir a ser o Estado Federal Where the federalism are going to? Jottings about what federalism were and what it could be. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 268, p. 187 – 211, jan - abril, 2015, p. 189.

[9] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição Federal de 1988**. 6 ed.. São Paulo: Atlas, 2013, p.3. Nessa linha, Minhoto assevera que o ápice das influencias liberais ocorreu com os movimentos revolucionários franceses e americanos. E, em relação à perspectiva americana, esse movimento proporcionou o processo de independência e, também, a promulgação da primeira constituição federativa, a qual trazia como fundamento os ideais de separação de poder, de um lado, e limitação desse mesmo poder, de outro. MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Para onde vai...**, p. 192-193.

Nessa concepção originária, no entanto, o federalismo caracterizava-se tanto pela dualidade, uma vez que as unidades políticas se restringiam aos Estados e a União, quanto pela divisão estanque das competências atribuídas à cada unidade federada.[10] Nessa estrutura, os Estados membros e a União, recém-criada, possuíam suas competências rigidamente bem delimitadas no texto constitucional, [11] não havendo espaço para a superposição de competências legislativas entre os entes políticos.

Dessa origem, depreende-se que o Estado federal se fundamenta na transferência de parcela dos poderes político-administrativos e de competências específicas dos Estados autônomos a uma unidade estatal central, a qual era responsável por manter a unidade política daquele território. É com fulcro nessa transferência de poderes e de competências que se conceitua o federalismo como sendo "a forma de Estado no qual se encontra a união de comunidades públicas dotadas de autonomia, tanto constitucional quanto política, e tem a competência dos entes jurídicos parciais que o formam, decorrente de previsão constitucional".[12]

Em acréscimo, Raul Machado Horta elenca outros atributos inerentes aos Estados Federais, dentre os quais, destaca: a indissolubilidade do vínculo federativo; a soberania da União; a autonomia do Estado Federado ou Estado-membro; a repartição de competências; a repartição tributária; além da composição bicameral do Poder Legislativo da União.[13] Além destas características, outra que resulta da fórmula federal, ao analisá-la sob a perspectiva territorial, é a garantia de que haverá "integridade das partes componentes, mediante a dosagem jurídico-política equilibrada na distribuição das competências nacionais, estaduais e locais",[14] permitindo-se, assim, a convivência harmônica das mais diversas sociedades e culturas em uma área territorial extensa. Diferente do dualismo e da repartição estanque de competências, as quais sofreram significativas alterações desde sua formatação original, esta propriedade do federalismo mostra-se, até então, atemporal.

As mudanças político-sociais dos séculos XIX e, principalmente, do século XX acarretaram alterações nos modelos de Estado e nas características do federalismo.

---

10 HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. **O contrato de programa na lei federal 11.107/05**. 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 62

11 Acrescenta-se que a legitimação do Federalismo decorre da positivação no texto constitucional, uma vez que "é na Constituição que se cristaliza o compromisso entre os interesses da unidade nacional de da autonomia regional". ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição...**, p.12.

12 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 4. ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.45.

13 HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e o seu reflexo na Constituição de 1988. **Revista do legislativo**. Belo Horizonte, n.25, jan - mar, 1999.

14 HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 3, nº 283, p. 231 - 248, maio, 2011, p.4.

Especialmente após o término da segunda Guerra Mundial, muitos ordenamentos jurídicos consagraram o Estado Social, o qual se caracteriza não somente por conferir *status* de fundamentalidade a diversos direitos individuais e sociais, ao inseri-los no corpo dos textos constitucionais, como também por impor ao Estado a atribuição de garanti-los, promovê-los e preservá-los.[15]

Soma-se a isso o fato de que o aumento da complexidade social, inerente a um processo de globalização, de desenvolvimento social e de exponencial evolução tecnológica, suscitou atuações rápidas, multidisciplinares e eficientes das Administrações públicas, principalmente no que concerne na promoção eficiente dos serviços públicos. Diante dessa conjuntura, o modelo federalista clássico anunciou-se obsoleto, uma vez que os entes políticos, individualmente, não conseguiram dar respostas efetivas às demandas sociais emergentes e o sistema jurídico não autorizava arranjos institucionais adequados à atuação conjugada daqueles. Obrigaram as Administrações públicas a atuarem em conjunto, pois, só assim, conseguiriam proporcionar serviços públicos adequados e concretizariam, em tese, os direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.[16]

Tornou-se imprescindível a existência de mecanismos que permitissem a comunicação entre as competências materiais e legislativas atribuídas à União com aquelas que foram resguardadas aos demais Entes federativos. E foi por esse caminho que o federalismo percorreu, sendo que só sobreviveu pelo fato de ter encontrado **"**novas finalidades em substituição àquelas que o caracterizaram em seus primórdios, continuando válido como poderoso instrumento de preservação democrática, de racionalização, e de integração".[17]

Nesse contexto, Ana Carolina Cavalcanti Hohmann leciona que se observou "uma evolução da perspectiva dualista de federalismo, que não se limita a dividir competências entre União e Estados-membros, arrolando também competências comuns e concorrentes, estimulando relações intergovernamentais e construindo um ambiente de cooperação".[18] A esta divisão de competências, pautada na imposição de atribuições concorrentes e comuns aos

---

15 Os direitos sociais, sendo direitos fundamentais constitucionais, "gozam, portanto, à partida, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo o seu conteúdo, tal como os direitos de liberdade". NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 84.

16 Após assinalar a evolução pendular das relações federalistas instituídas pelas Constituições brasileiras, Raul Machado Horta destaca que "a Constituição de 1988 é o coroamento da evolução secular assinala o ponto de equilíbrio que se atingiu do amadurecimento das instituições federais". HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 1996, vol. 16, p. 7-19, jul - set, 2016, p. 8.

17 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A federação brasileira como forma de descentralização do poder. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 18, p. 130 - 133, jan - mar, 1997, p. 130.

18 HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. **O contrato de programa...**, p. 64.

entes federativos, autorizando-se a atuação coordenada e cooperada entre eles, denomina-se federalismo de cooperação.

O federalismo de cooperação caracteriza-se como sendo a união de esforços dos entes federados na direção de atingirem objetivos comuns, destacando-se dentre esses objetivos, aqueles constitucionalmente impostos aos entes federados.[19] Nessa linha de raciocínio, depredem-se que o cooperativismo federalista possui como premissa a incapacidade dos entes da Federação de, isoladamente, atenderem adequadamente as demandas dos cidadãos e de promoverem as políticas públicas necessárias à concretização das atribuições constitucionais.

Cumpre anotar que o modelo Estado Federal não é o único a legitimar suas unidades políticas a atuarem de forma cooperada, na medida que as conjunturas do século XX também influenciam a reestruturação dos Estados unitários. É dizer, os Estados unitários, os quais originariamente se fundamentam sobre o preceito da absoluta centralização política, também precisaram remodelar alguns dos atributos inerentes a essa forma de estado. Ciro Di Benati Galvão, ao estudar as ações cooperativas no Estado Português, ressalta que, "o fato de a complexidade social e, por consequência, o crescimento das próprias demandas que dela se originam serem, atualmente, verificados em qualquer contexto governativo, independente da forma ou modelo estatal adota", não há utilidade em entender os estados unitários na sua concepção clássica.[20]

Os processos de descentralização, sem existir a descentralização formal da estrutura político unitária, também foram amplamente utilizados pelo Estados unitários. É a partir da utilização constante de processos de descentralização que "os métodos cooperativos de base interlocal [...] também encontram lugar e podem apresentar certa utilidade e importância em contextos em que não haja, formalmente considerando, uma pluralidade governativa em termos de autonomia política".[21]

Em que pese o estudo de Galvão tenha abordado o Estado Português, o próprio autor afirma que, em regra geral, os Estados unitários, na concepção originária de centralização política, começaram a ceder espaço às modalidades descentralizadoras, de característica federativa, "quando concepções mais democráticas e menos autoritárias do

---

19 O termo federalismo de cooperação também pode ser utilizado como federalismo de equilíbrio, na forma em que Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira denominam o instituto. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**: comentários à lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 23.

20 GALVÃO, Ciro Di Benatti. **Consórcios Públicos: uma nova perspectiva jurídico-política**. 2 ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 114.

21 GALVÃO, Ciro Di Benatti. **Consórcios Públicos...**, p. 108.

poder abalam todo o eixo de sustentação, contrapondo a supremacia individual à hegemonia do ordenamento político".[22] Horta, nessa mesma linha, aponta para semelhante conclusão, ao afirmar que o atual Estado unitário encontra-se submetido a um processo de renovação estrutural, o qual tem por fundamento a necessidade de ampliação do grau de descentralização para que sejam alcançadas formas mais avançadas do regionalismo.[23]

Ressalta-se, no entanto, que a descentralização nas execuções das políticas públicas não implica a reestruturação da forma de Estado Unitário. Isto porque, conforme explanado por Aretche, Vazquez e Gomes, "a coordenação nacional de políticas é melhor explicada pela presença e combinação de regras institucionais que centralizam a autoridade política do que pela distinção binária entre estados federativos e unitários".[24] Noutros termos, os autores defendem que é prescindível qualquer alteração da forma de estado para atuação cooperada, visto que, a atuação conjunta entre os governos central e os subnacionais para a consecução de políticas de interesse comum ocorre conforme a organização política das medidas institucionais.[25]

Tanto quanto nos Estados federais, houve a necessidade de os Estados unitários darem respostas às complexas demandas sociais oriundas na segunda metade do século XX e no início do XXI. Por certo, a manutenção da centralidade de decisão exclusivamente no ente político central não foi capaz de solucionar as necessidades sociais. E é exatamente pela "necessidade de se melhor redimensionar a área de influência e de importância governativa dos municípios que o incremento do movimento cooperativo por eles constituído e formalizado será abordado, também, em ambientais estatais unitários".[26]

A partir da dinamicidade operada na política centralizadora do Estado unitário com o processo institucional de descentralização, as novas unidades estatais criadas, mesmo sem possuir autonomia política, passaram a atuar cooperativamente na consecução das funções públicas. Embora o ambiente de cooperatividade entre os entes políticos não seja

---

22 GALVÃO, Ciro Di Benatti. **Consórcios Públicos...**, p. 112

23 HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995, p. 345. O autor ainda acrescenta que essa nova forma de organização do Estado unitário – o qual chama de Estado Regional – encontra-se positivada nas Constituições Italiana de 1947 e Espanhola de 1978. HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995, p. 345.

24 ARETCHE, Marta; VAZQUEZ, Daniel; GOMES, Sandra. As relações verticais na federação: explorando o problema da descentralização e da autonomia. *In*: ARETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 145-171, p. 145.

25 Os autores classificam as medidas institucionais em dois grupos distintos, definindo-as como sendo normas de execução e normas de autoridade decisória. Nesse sentido, defendem que "a distinção conceitual entre execução (*policy making*) e autoridade decisória (*policy decision-making*) é mais útil do que a clássica distinção entre estados federativos e unitários para predizer os efeitos centrífugos das relações central-local". ARETCHE, Marta; VAZQUEZ, Daniel; GOMES, Sandra. **As relações verticais...**, p. 170.

26 GALVÃO, Ciro Di Benatti. **Consórcios Públicos...**, p. 122.

exclusivo de estados federalistas, na federação as ações cooperadas procedem-se com mecanismos institucionais mais amplos, uma vez que o dever em cooperar deriva da previsão expressa de competências no texto constitucional.[27]

Considerações feitas, retoma-se ao modelo federalista estabelecido no ordenamento nacional. No Brasil, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1981, elaborada logo sob os anseios da proclamação da república, que se adotou a forma federativa de Estado pela primeira vez.[28] Inversamente ao processo ocorrido nos Estados Unidos, o federalismo brasileiro "se originou do processo descentralizador, oriundo do anterior regime unitário (processo centrífugo ou federalismo por segregação)". [29] Assim, característica primordial da forma de estado adotado por aqui é a circunstância de ter se chegado "à Federação pela ruptura do regime unitário", [30] diferentemente do processo ocorrido nos estados americanos.

Destaca-se que, embora a primeira Constituição Republicana tenha seguido o padrão norte-americano na distribuição de competências, estipulando competências rígidas entre os entes federados, o modelo de Estado federal brasileiro sofreu as influências político-sociais do século XX e foi sendo paulatinamente alterado, até alcançar-se o viés cooperativo inserido na Constituição vigente.

É dizer, na Constituição de 1891 predominou o *dual federalism*, com a delimitação estanque de competência entre os entes federados, enumerando explicitamente as da União e deixando os Estados-membros com as remanescentes. No entanto, foi a partir da promulgação da Constituição de 1934 que o sistema federal brasileiro se converteu em cooperativo.[31] Cumpre esclarecer que, desde o princípio, "a federação brasileira é marcada, ao contrário da americana, por uma proeminência política do governo central, em detrimento dos Estados".[32] E não poderia ser diferente, visto que o presidencialismo se mostrou intensamente forte, desde o seu início, não só por ser o sucessor do regime monárquico anteriormente

---

27 Até porque a delimitação de competências "não se trata de uma mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos". BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, abril - jun, 2008 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54059>. Acesso em: 31 ago. 2018.

28 HORTA, Raul Machado. **Tendências atuais...**, p. 2.

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

30 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A federação brasileira**..., p. 130.

31 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição...**, p. 27.

32 DIAS, Cibele Fernandes. O Federalismo e o lema "*e pluribus unum*" – dilemas e conflitos da experencia brasileira. **Revista de Interesse Público**. Belo Horizonte: Forum, nº 82, 2013, p. 153-164, p. 155.

vigente, mas também em razão das amplas desigualdades regionais que atingiam (e ainda atingem) o país, assim como da cultura política que até à época preponderava.

Dirigindo-se a um paradigma social, a Constituição de 1934, ao contrário da anterior, cuidou da criação de instrumentos de integração entre os entes federados ao ampliar os poderes da União, "consignando arranjo normativo de acordos voltados para o desenvolvimento das competências das diversas esferas de governo". [33] Foi com a Constituição de 1934, portanto, que se estabeleceu a primeira estrutura normativa imprescindível à implantação do federalismo de cooperação. No entanto, com o período centralizador implantado com a Constituição de 1937, agravaram-se ainda mais as dificuldades para a consolidação desses primeiros arranjos normativo-cooperativos.

Apenas com a redemocratização do país, representada pela Constituição de 1946, é que o federalismo cooperativo, bem como a democracia, foi restaurado. Considerando o pouco tempo de vigência da Constituição de 1934, alguns doutrinadores consideram que, na verdade, foi a Constituição de 1946 a primeira a adquirir o viés cooperativo, por meio da instituição da cooperação administrativa e financeira das três esferas de governos.[34]

Entretanto, com a ascensão do Governo Militar a partir de 1964, as competências constitucionais novamente foram centralizadas na pessoa da União. Mais precisamente, foi com a outorga da Constituição de 1967, acrescida com as alterações realizadas pela EC nº 1/69, que se trilhou caminho oposto ao desenhado pela Constituição anterior. Os textos constitucionais extirparam a autonomia dos entes federados estaduais e municiais a partir do movimento de hipertrofia do Executivo, neutralizando a independência dos poderes e as autonomias dos referidos entes.[35]

Diante do fortalecimento do poder da União, proporcionado pelas alterações inseridas com as referidas modificações constitucionais, a Administração pública federal tornou-se altamente centralizada, suprimindo acentuadamente as competências e os poderes políticos dos demais entes federados.[36] Nesse contexto, a autonomia dos Estados e Municípios foi praticamente extirpada, eis que estes entes não só ficaram consideravelmente dependentes

---

33 PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa. O Federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa. Org. **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-57, p. 34.

34 HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. **O contrato de programa...**, p. 66.

35 PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa. **O Federalismo brasileiro...**, p. 35.

36 Consoante leciona Horta, a partir da múltipla previsão de princípios constitucionais e regras proibitórias de diversas naturezas, os poderes de organização e legislação praticamente desapareceram em relação aos Estados membros. Nesse influxo, o autor afirma que a Constituição de 1967 "encerrou a autonomia do Estado no círculo instransponível de centralização unitária e antifederativa", em razão das mudanças legislativas realizadas pela União. HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito...**, p. 359-360.

das transferências dos recursos federais, como também as competências a eles inerentes foram drasticamente reduzidas.

Foi com o término do período ditatorial e a redemocratização do país que o Estado brasileiro retornou a ser propriamente federativo. A Constituição Federal de 1988, em absoluta repulsa ao regime anterior, conferiu novos fundamentos ao federalismo brasileiro, especialmente ao abandonar as soluções do federalismo centrípeto imposto pela Constituição de 1967.[37]

Pode-se até mesmo afirmar que, diante da mencionada guinada federativa, o Brasil sintonizou-se com as macrotendências externas da federação, em reagir ao regime autoritário em prol da democratização; ao opor-se à concepção centralista da federação e com a explícita valorização do poder local.[38] Conforme assevera Horta, "a oscilação pendular, que percorreu a evolução do federalismo constitucional brasileiro [...] atingiu, afinal, o seu momento de estabilização na Constituição Federal de 1988".[39]

Objetivou-se, a partir da oscilação do pêndulo federativo, encontrar um equilíbrio satisfatório na atuação entre os entes políticos integrantes da federação. A partir do reordenamento político-administrativo, devolveram-se aos Estados e Municípios as autonomias anteriormente restringidas, mormente no que tange à autonomia política, financeira e administrativa, bem como majoraram as competências materiais e legislativas próprias a cada ente da federação. Até porque, consoante sustenta Regina M. Nery Ferrari, a existência do Estado Federal pressupõe a autonomia das entidades que o formam, ou seja, torna-se imprescindível que se possa ter "a capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo de competências, prefixado pela Constituição Federal, na qualidade de instrumento de sua formação e mais, em virtude da especial descentralização, administrativa e política que o caracteriza" [40]

Ademais, quando se fala em entes da federação brasileira, deve-se atentar a uma peculiaridade, a saber: os Municípios e o Distrito Federal são entes políticos que, juntamente aos Estados-membros e à União, também participam da organização político-administrativa da Federação.[41] Noutros termos, significa dizer que os Municípios e o Distrito Federal são unidades políticas integrantes do Estado Federal, possuindo autonomia financeira, gerencial,

---

37 HORTA, Raul Machado. **Tendências atuais da federação**..., p. 9.

38 PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa. **O Federalismo brasileiro...**, p. 37.

39 HORTA, Raul Machado. **Tendências atuais da federação**..., p. 2.

40 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Autonomia municipal no Estado federal brasileiro. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 199-208, jul - dez, 2014, p. 201.

41 Trata-se da "federação de três graus (ou trivalente, segundo alguns)". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos...**, p. 4.

política e legislativa,[42] conforme se extrai de diversos dispositivos da atual Constituição, particularmente os artigos 1º, 18, 29 e 30 (ou 32, §1º, para o Distrito Federal).[43]

Somando-se à retomada da autonomia dos entes, a partir das capacidades mencionadas, a Constituição de 1988 atribuiu explicitamente às competências materiais e legislativas de cada ente da federação.[44] Tais competências foram divididas em: (a) horizontais, as quais compreendem as competências exclusivas e privativas de cada ente federal; e (b) verticais, abrangendo as competências comuns (materiais) e concorrentes (legislativas).

Precisamente, é a partir do estabelecimento da distribuição de competências horizontais e verticais pela Constituição de 1988 que se adota o federalismo de cooperação como parâmetro de regência da atuação dos entes federativos. Isto porque, a repartição de competências caracteriza-se por impor aos entes federativos o dever de atuarem conjuntamente na consecução das atribuições constitucionais a eles imputadas. Deve-se mencionar que, embora a delimitação das competências comuns entre os entes seja um dos fatores determinantes do federalismo de cooperação, ela não é exclusiva. Outros comandos constitucionais convergem nessa direção, a exemplo dos dispositivos que versam sobre a repartição obrigatória de receitas tributárias entre os entes federativos,[45] e aqueles que dispõem sobre a saúde[46] e educação.[47]

---

42 Regina Maria Macedo Nery Ferrari assevera que a autonomia dos municípios se realizada a partir de quatro capacidades, a saber: capacidade de auto-organização; autogoverno; normativa própria; e autoadministração. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Autonomia municipal...**, p. 201-202.

43 Trata-se de conclusão depreendida do texto constitucional de 1988, o qual estabelece, forte no *caput* do artigo introdutório, que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos".

44 Bercovici e Siqueira Neto defendem que a delimitação das esferas de atuação dos entes federados, a partir da utilização do critério jurídico formal, é o ponto central do federalismo e pressuposto à sua autonomia. BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, abr-jun, 2008 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54059>. Acesso em: 31 ago. 2018.

45 Também denominadas de transferências intergovernamentais, as repartições de receitas são obrigatórias por previsão expressa na Constituição, a qual, em diversas passagens – à exemplo da repartição direta prevista nos art. 157, I, e 158, I, da Constituição federal – impõe que haja essa distribuição dos valores arrecadados. Objetiva-se, com a medida, mitigar a fragilidade dos entes subnacionais em face da União, especialmente das unidades municipais, em que muitas sequer conseguem manter, a partir da arrecadação própria, suas atividades administrativas. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 160-167.

46 São diversos os dispositivos que impõe a todos os entes federados o dever promover o direito à saúde. Nesse sentido, o art. 196 é claro ao prever que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...]" e o art. 198, *caput* e §1º, os quais respectivamente dispõe que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único" e "o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes".

47 Semelhantemente ao que ocorre com a saúde, o direito à educação também é taxado como dever de todos os entes estatais, conforme dispõe o art. 205, *caput*, da Constituição Federal. O âmbito cooperativista

A atual hermenêutica compreende que a cooperação entre os entes políticos é intrínseca ao hodierno conceito de federalismo, uma vez que "faz parte da própria concepção de federalismo esta colaboração mútua".[48] No entanto, a mera interpretação do texto constitucional não consistiu em medida suficiente para promover ações cooperadas mais incisivas, fazendo-se necessárias outras previsões constitucionais quanto a isso. O conteúdo do parágrafo único, do art. 23, vem a reforçar essa conclusão, ao passo que autoriza os atores federativos a criarem "normas para cooperação [...] tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". No mesmo sentido, fez-se necessária a introdução do art. 241, a partir da promulgação da EC nº 19/98, o qual autorizou a realização da gestão associada de serviços públicos através dos instrumentos de consórcio público ou convênio de cooperação. Do somatório dos referidos dispositivos constitucionais é que se consegue extrair a plena acepção do cooperativismo positivado pela Constituição.

Especificamente no que tange às competências verticais, extrai-se da estrutura de distribuição de competências estabelecida no texto constitucional as matérias nas quais os entes políticos deverão trabalhar conjuntamente, seja coordenada ou cooperativamente, em prol da consecução do interesse público. Quanto a isso, esclarece-se que os institutos da *cooperação* e *coordenação* são tecnicamente distintos, sendo que a atuação integrada entre entes federados pode ser definida a partir de uma ou outra categoria. O termo *cooperação*, quando analisado sob uma perspectiva ampla (*lato sensu*), é gênero, do qual se subdividem duas espécies: a coordenação e a cooperação propriamente dita.[49]

A coordenação consiste no "modo de atribuição e exercício conjunto de competência, no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação".[50] A vontade dos envolvidos permanece livre e em parâmetro de igualdade, sendo que se mantém a autonomia para cada ente decidir, no âmbito das respectivas competências, "de maneira separada e independente, com a ressalva da prevalência do direito federal, que estabelece as camadas 'normas gerais'".[51]

---

também é facilmente percebido em outros dispositivos, a exemplo do art. 211, ao prescrever que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino".

48 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 150.

49 Trata-se de classificação sistematizada por Bercovici. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...**, p. 149 - 156.

50 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...**, p. 150.

51 BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, abr - jun, 2008 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54059>. Acesso em: 31 ago. 2018.

De fronte a essas características, constata-se que a materialização da coordenação no texto constitucional ocorre nas hipóteses de competências concorrentes, prevista nos art. 24 e parágrafos da Constituição Federal. Tratam-se de hipóteses em que União, Estados-membros e Municípios concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos, decidindo cada parte, de modo independente, dentro da sua esfera de poder.[52] Por outro lado, na cooperação propriamente dita, a atuação dos entes federados não pode ser isolada dos demais, devendo as competências serem exercidas conjuntamente.[53] Isto porque a cooperação stricto *sensu* encontra fundamento no art. 23 da Constituição Federal, na qual estão dispostas as competências materiais comuns.

Por competência material comum entende-se "o conjunto de matérias que devem ser exercitáveis conjuntamente, em parceria, pelos entes integrantes da Federação". [54] Cuidam-se de tarefas, particularmente de natureza e âmbito social,[55] as quais precisam ser promovidas conjuntamente pela União, Estados-membros e Municípios ou Distrito Federal. Noutros termos, o custo político para implementação das competências comuns recai sobre todos os entes federados. Ressalta-se, no entanto, que a expressão "atuação conjunta" deve ser interpretada em sentido amplo, não se restringindo somente à prestação material propriamente dita da função pública, mas a outros meios de colaboração, como o financiamento das atividades a serem executadas.[56]

Nesse influxo, afirma-se que a competência comum se diferencia das competências concorrentes ou exclusivas pelo fato de existir interdependência em diversas matérias e programas, dificultando a sua concretização de modo estanque e isolado por um único ente.[57] Diferentemente da coordenação, a cooperação pressupõe mecanismo unitário de decisão, a qual, em verdade, se materializa na soma de dois momentos: primeiro, em nível federal, em que são determinas as linhas norteadoras das medidas a serem adotadas, uniformizando a atuação dos demais entes na matéria regulada; segundo, em nível estadual ou

---

52 BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. **O artigo 23 da Constituição...**, *online*.

53 ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismmo y cooperacion em la Republica Federal Alemana.** Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 369, *apud* BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais**... p. 152.

54 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição...**, p. 113.

55 Almeida assevera que, dentre as competências estabelecidas pelo art. 23, da Constituição Federal, "é bem nítida a preocupação com o atendimento de objetivos, principalmente de índole social, que a todos interessam. É o que deixa transparecer a previsão de competência comum para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, e à ciência; [...] para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento", dentre outros exemplos previstos no art. 23. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição...**, p. 115.

56 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...** p. 153-154.

57 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...**. p. 153.

local, quando a decisão central é adaptada ao conjunto das características e necessidades locais.[58]

Verificadas as principais diferenças entre a *coordenação* e a *cooperação propriamente dita* no ordenamento nacional, retorna-se ao aspecto central deste tópico: o federalismo cooperativo (*latu sensu*) como instrumento redutor das assimetrias locais e desenvolvedor das regiões do Estado brasileiro. Nessa linha de raciocínio, Gilberto Bercovici, ao descrever sobre a importância dos instrumentos jurídicos para atuação cooperada, destaca que a utilização destes instrumentos pretende "buscar resultados unitários e uniformizados sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade".[59]

Em um país de enorme dimensão territorial como o Brasil e em que persistem intensas desigualdades (sociais, políticas, financeiras, geográficas), prepondera elevada assimetria entre as entidades federativas subnacionais, sendo que a inserção de um sistema cooperativo de atuação interestatal, conforme empregada pela vigente Constituição, faz-se imperiosa.[60] Afinal, "a igualização das condições sociais de vida em todo o território nacional é a diretriz fundamental do nosso federalismo cooperativo".[61]

As assimetrias podem ser observadas a partir de dois prismas. Conforme leciona Thiago Magalhães Pires, a assimetria jurídica (*de jure*) refere-se a igualdade ou não de regimes jurídicos para os entes de uma mesma classe. Sob esta perspectiva, o federalismo nacional mostra-se simétrico, visto que prevê normas idênticas quanto organização e competência a todos os entes federados da mesma classe.[62] É dizer: os entes federativos subnacionais, ao compará-los sob a mesma categoria, possuem idênticas competências materiais e legislativas a serem exercidas, independentemente da localidade em que se situam.

De outra ponta, a assimetria também pode ser *de facto*, concernente à realidade – histórico, demográfica, econômica, social, política – de determinado ente federativo. Resulta-se dessa assimetria, a preocupação quanto à efetiva capacidade de os entes políticos exercerem suas competências. Isto porque tais entes, muito embora estejam em patamares

---

58 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...**. p. 154.

59 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 157.

60 No mesmo sentido caminham as considerações de Grotti, ao afirmar ser certo "que no Brasil as unidades federadas não se apresentam homogêneas e, ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa". GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A federação brasileira...**, p.130.

61 BERCOVICI, Gilberto. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...** p. 242.

62 PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito administrativo: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, maio - ago, 2017, p. 132-133.

fáticos distintos, igualmente precisam cumprir com todas as tarefas constitucionais que lhes foram atribuídas, especificamente no que se refere à promoção dos direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos.[63]

No Brasil, os problemas decorrentes da assimetria fática ganham contornos ainda mais significativos, eis que a Constituição Federal, no seu art. 3º, incisos II e III, impõe como objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais.[64] Na medida em que a consecução desses objetivos, de igual modo, recai indistintamente sobre todos os entes federativos, independentemente das assimetrias fáticas as quais estejam submetidos, não restam dúvidas de que o alcance de tais objetivos, na realidade brasileira, representa um grande desafio para federação.

Conforme leciona Eros Grau, a introdução do inciso III evidencia um quadro de subdesenvolvimento que, embora caracterize a realidade nacional (pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais), pretende-se reverter.[65] Consciente e preocupado com esse panorama, o constituinte, ao delimitar os objetivos fundamentais da República, expressamente impôs ao Estado o dever de promover o desenvolvimento, de modo que compeliu "a atuação de todos os Poderes Públicos à otimização da qualidade de vida da população".[66]

Este caráter imperativo inerente aos objetivos, o qual condiciona a interpretação das normas jurídicas e conforma a atuação dos entes estatais na direção de realizá-los, tem por fundamento a natureza jurídica principiológica a eles inerente. Como princípios fundamentais, os objetivos inseridos no artigo terceiro possuem a função de identificação do regime político-constitucional a ser buscado. Representam a "expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para órgãos e agentes estatais e para a sociedade ou, ao menos, aos detentores do poder econômico ou social fora da esfera estatal".[67]

---

63 PIRES, Thiago Magalhães. **Federalismo, flexibilidade...**, p. 132-133.

64 Nos termos do artigo 3º, da Constituição Federal, constituem em objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil: "I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

65 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 243.

66 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul - set, 2013, p.155.

67 Bercovici, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**, 2005, p. 110.

Com efeito, os objetivos elencados no texto constitucional, quando interpretados em harmonia com os inúmeros direitos individuais e sociais, assegurados como fundamentais aos cidadãos, demonstram nitidamente que a ideologia escolhida para reger o Estado brasileiro é a do bem-estar social. A consecução de tais objetivos impõe que os poderes públicos não somente incentivem o desenvolvimento econômico, mas intervenham nas relações sociais, através de políticas públicas e ações estatais,[68] a fim erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Não se pode deixar de apontar que a Constituição de 1988, a partir da interpretação acima proposta, relacionando os direitos fundamentais e o estabelecimento dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, supera a concepção de um "simples abstrato programa normativo de 'dirigismo' constitucional, porém constitucionaliza os instrumentos destinados a reduzir as diferenças-desigualdades e valorizar as diferenças-especificidade".[69] Ou seja, dos objetivos estabelecidos pelo texto constitucional, extraem-se comandos normativos que impõem condições na atuação dos agentes públicos.

Dessa forma, as ações promovidas pelo Estado, indiferente em qual âmbito sejam tomadas – elaboração legislativa, da interpretação judicial ou na implementação pelos órgãos do executivo –, quando não se coadunam substancialmente com os objetivos traçados pelo art. 3º, padecem de legitimação constitucional e, até mesmo, podem incorrem em vícios material de inconstitucionalidade.[70]

Acrescenta-se que não se deve cometer o equívoco de relacionar desenvolvimento à simples noção de crescimento econômico. Conquanto não exista desenvolvimento sem a melhora das condições econômicas da sociedade, estas compreendem apenas a perspectiva quantitativa daquele. Desenvolvimento compreende muito mais. Conforme conceituado pela Organização das Nações Unidas, cuida-se de "um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de

---

68 Bercovici é crítico no que se refere à análise do desenvolvimento sob o prisma exclusivo das políticas públicas. Isto porque, para o autor, "o processo de desenvolvimento compreende visão global e regionalizada (visão esta do desenvolvimento e planejamento) ao invés de uma visão setor e fragmentada das políticas públicas". Bercovici, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**, 2005, p. 63.

69 CARDUCCI, Michele. Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul - set, 2012, p. 22.

70 Posicionamento defendido por Bercovici, ao asseverar que a inconstitucionalidade material ocorre pelo fato de haver "desajuste entre o conteúdo dos preceitos constitucionais e o conteúdo das normas hierarquicamente inferiores". Bercovici, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**, 2005, p. 111.

todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes".[71]

Desenvolver significa imprimir esforços nas áreas econômicas, socioculturais e políticas, pressupondo o avanço concomitantemente delas para que se promova o bem-estar da sociedade. Desenvolver é garantir a realização de um "processo de dinâmicas mutações" e "de mobilidade social contínuo e intermitente",[72] no qual o Estado, a partir da intervenção no domínio econômico-social, deve implementar ações consecutivas, através da efetivação de políticas públicas, da criação de programas estatais de distribuição de subsídios e renda, dentre outros. Em suma, objetiva-se com o desenvolvimento concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos, garantindo-lhes o incremento na qualidade vida.

Até porque, "quando não ocorre nenhuma transformação, seja no social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas de simples modernização": mantém-se os níveis de crescimento econômico, porém as desigualdades são agravadas.[73] É dizer, a inexistência de ações estatais que promovam transformações institucionais e socioeconômicas, sob o "escopo de uniformizar os benefícios do progresso econômico e social dentro de uma mesma sociedade",[74] incrementando assim qualidade de vivência à sociedade, não representada nada mais do que um processo de modernização.

Em suma, a compreensão do termo desenvolvimento abrange um processo multidisciplinar, cuja ação está voltada para a promoção de melhorias nas condições econômicas, políticas e sociais de toda uma sociedade, diminuindo-se as desigualdades regionais e locais. E, no que se refere ao ordenamento nacional, a determinação expressa dos incisos II e III, do art. 3º, da Constituição Federal, faz com que a atuação do poder público seja obrigatoriamente direcionada para a consecução dessas finalidades.

Ademais, ressalta-se que a promoção do desenvolvimento, o qual deve resultar no melhoramento da qualidade de vida dos cidadãos, também abrange a resolução das inúmeras desigualdades regionais, ou seja, a redução das assimetrias federativas assinaladas. A tentativa

---

71 ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986**. Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> Acesso em: 20 set. 2018.

72 GRAU, Eros Roberto. **A ordem** econômica..., p. 238.

73 Bercovici, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**, 2005, p. 53.

74 Para Emerson Gabardo e Clayton S. do Couto, o direito ao desenvolvimento serve de "instrumento de uniformização dos benefícios do progresso econômico e social dentre de uma mesma coletividade". GABARDO, Emerson; COUTO, Clayton Santos do. O desenvolvimento para além das fronteiras nacionais: entre universalismo e subsidiariedade. *In* RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coor.). **Coleção direito internacional multifacetado** convergência e divergência: entre ordens jurídicas. Curitiba: Juruá, vol. V, 2015, p.114.

de desenvolver determinadas regiões foi operacionalizada pela União, a exemplo da implementação das políticas federais elaboradas para o desenvolvimento do Nordeste[75] e da criação da Zona Franca de Manaus.[76]

Foi sob a vigência da Constituição de 1946 que as políticas de desenvolvimento e integração regional passaram a ganhar importância no debate político nacional, com o início da atuação estatal federal descentralizada em áreas até menos desenvolvidas.[77] É a partir dessa data, portanto, que a União "passou a dispensar tratamento sistemático ao desenvolvimento regional, mediante a criação e a sustentação com recursos federais de órgãos incumbidos de corrigir as disparidades regionais".[78]

O objetivo pretendido com o desenvolvimento regional, a partir de políticas de intervenção estatal, era o de diminuir desníveis existentes entre os vários polos do país, evitando-se o aumento dos desiquilíbrios regionais notados na época.[79] Para tanto, estruturaram-se múltiplos instrumentos, a exemplo da SUDAM, SUDENE, SUDESUL,[80] os quais se caracterizavam por serem autarquias federais incumbidas da coordenação e organização das atividades de desenvolvimento em suas respectivas áreas de atuação.

As políticas de incentivos variaram para cada região e, de certa maneira, mostraram-se bem-sucedidas justamente por criarem meios de intervenção particularizados para cada região.[81] Nesse influxo, foram conferidos às regiões menos desenvolvidas incentivos fiscais e tributários, destinação de recursos específicos para as regiões, dentre outras. Sucede-se que ao longo dos anos, por inúmeros fatores,[82] as autarquias perderam a

---

75 Nesse sentido, interessante a análise tecida por Bercovici sobre a tentativa de promoção do desenvolvimento do Nordeste através da criação da Sudene. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e o desenvolvimento regional no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out - dez, 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56010>. Acesso em: 31 ago. 2018.

76 Segundo o Decreto Lei nº 288-67, art. 1º, "A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatôres locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos". BRASIL. **Decreto Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967**. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0288.htm> Acesso em: 23 jan. 2019.

77 BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988...**, *online*.

78 Horta, Raul Machado. **Estudos de Direito...,** p. 360.

79 BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988...**, *online*.

80 Horta, Raul Machado. **Estudos de Direito...,** p. 360-361.

81 BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988...**, *online.*

82 Bercovici destaca que as agências de desenvolvimento passaram a cobrar taxas de corretagem, aumentando os custos de captação de recursos. Acrescenta, também, que diante da natureza autárquica, os entes incumbidos do desenvolvimento passaram a perder a capacidade de organizar as ações federais nas localidades, uma vez que viraram balcão de negócios do próprio governo federal. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988..., *online.*

capacidade de sistematizar as ações federais e organizar os investimentos, razão pela qual foram perdendo a importância nos últimos anos.

O decaimento do formato de desenvolvimento regional iniciado pela União, entretanto, em nada influencia o contínuo dever do Estado em promover meios para alcançar o desenvolvimento equilibrado delas. Especialmente após a positivação do princípio do desenvolvimento na Constituição de 1988, o dever de criar políticas que pretendam reduzir e mitigar as desigualdades fáticas tornou-se obrigatória, na medida em que "o esforço de coordenação, articulação e cooperação de todos os níveis de governo no Brasil para o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais é tão ou mais importante do que o ocorrido na década de 1950".[83]

Nessa esteira, apesar do planejamento desenvolvimentista ter sido iniciado em âmbito federal,[84] mostra-se evidente que os programas estatais concernentes à diminuição das desigualdades não devem se restringir ao âmbito federal e à pessoa da União. A implementação do desenvolvimento, após a Constituição de 1988, deve necessariamente ser promovida e implementada em âmbito local, a partir da atuação do Estado e dos Municípios. Isso se justifica especialmente pelo fato de também existirem, dentro dos limites territoriais dos entes subnacionais, inúmeras assimetrias fáticas. Localidades de um Estado-membro são acometidas por diferentes índices de desenvolvimento, bem como cidades amargam a existência de acentuados desníveis sociais.[85]

Nesse ponto, requer-se atenção especialmente aos Municípios, porquanto se grande parcela destes não possui receita orçamentária própria para, ao menos, manter a estrutura estatal local,[86] quem dera para a consecução das competências constitucionais a eles

---

83 BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988...**, *online.*

84 Conforme leciona Bercovici, "na questão das disparidades regionais, o papel da União é fundamental: os entes federados não podem suprir o planejamento e decisões que exigem visões supra-regionais, nem têm como obter, isoladamente, grandes recursos". BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988...**, *online*

85 O índice de desenvolvimento dos municípios brasileiros de 2018, elaborado pela Firjan com base no ano de 2016, avaliou a diferença entre os 500 municípios mais e os 500 menos desenvolvidos. O resultado encontrado foi o que "o Brasil continua sendo um país fortemente dividido, com extremos cada vez mais evidentes". Mais precisamente, dos 500 municípios mais desenvolvidos, 98,2% encontram-se nas regiões Sul (41,4%), Sudeste (49,8%) e Centro-Oeste (7,0%). No lado oposto, dos 500 municípios menos desenvolvidos, 96,4% estão situados no Norte (28,4%) e Nordeste (79,4%). FIRJAN. **Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal**. Ano-base 2016: recorte municipal. Disponível em: <https://www.firjan.com.br/ifdm/> Acesso em: 30 jan. 2019.

86 Segundo o Índice Firjan de Gestão Fiscal de 2017, ano-base 2016, "dos 4.544 municípios analisados, 3.905 (85,9%) apresentaram situação fiscal difícil ou crítica (Conceito C ou D no IFGF), apenas 626 (13,8%) boa situação fiscal (Conceito B) e tão somente 13 (0,3%) excelente situação fiscal (Conceito A). Assim, 2016 foi o ano com o maior percentual de prefeituras em situação fiscal difícil e com o menor número em situação excelente de toda a série do IFGF, iniciada em 2006". FIRJAN. **Índice FIRJAN de Gestão Fiscal de 2017**. Ano-base 2016: recorte municipal. Disponível em: < http://www.firjan.com.br/ifgf/> Acesso em: 30 de jan. 2019.

impostas, mormente no que se concerne à prestação dos serviços públicos – nitidamente áreas sensíveis que demandam contínuo e elevados investimentos, seja para o melhoramento da infraestrutura, seja para a capacitação dos agentes envolvidos na prestação.

É nesse ponto que a atuação cooperada entre entes locais se faz necessária. A implementação de ações integradas, ampliando a atuação estatal para além dos limites territoriais de um único ente público, permite que a intervenção estatal na consecução de suas competências – para planejá-las, prestá-la, direta ou indireta, ou regulá-las – viabilize a diminuição das desigualdades entre os municípios locais e beneficie todos os cidadãos residentes naquela região. Tenta-se evitar, a partir dessa atuação cooperada, não somente a criação de programas locais contraditórios e descontínuos e a duplicação de esforços (financeiros e técnicos) dos entes locais envolvidos,[87] bem como se garante flexibilidade ao federalismo, permitindo-lhe lidar com a dinâmica e a sobreposição à multiplicação de entes autônomos.[88]

Para além destes benefícios, são diversas as vantagens que a atuação conjunta dos entes políticos pode proporcionar aos cidadãos e à própria Administração. Medaur e Oliveira apontam, dentre outras, a "racionalização do uso dos recursos existentes, destinados ao planejamento, programação e execução de objetivos de interesse comuns, [...] e a instrumentalização da promoção do desenvolvimento local, regional e nacional".[89] Os referidos autores ainda destacam como outra vantagem inerente a conjugação de esforços públicos, a hipótese de promoção e de atendimento das necessidades da população, as quais não seriam realizadas diante de um quadro de escassez de recursos.[90]

Posto isto, indubitável que os instrumentos para atuação cooperativa dos entes políticos exsurgem como elementos necessários à atenuação das externalidades produzidas pelas assimetrias fáticas locais, devendo integrar a agenda dos entes federativos. Particularmente, no que se refere aos Municípios, a utilização de instrumentos de ação cooperada oportuniza não somente a promoção dos serviços públicos locais, como também possibilita a criação de entidades adequadas à regulação interfederativa destes. Essa foi a

---

87 Ciro de Benatti Galvão é categórico ao defender que "a coexistência de entes locais que compartilham certos interesses públicos e que visualizam a possibilidade de racionalizarem suas respectivas e parcelares gestões públicas, propicia o fortalecimento local em termos de planejamento eficiente de determinadas políticas públicas de sobrelevada importância para os contextos sociais que representam. Desperdiçar essa potencial e propulsora força cooperativa em termos de planejamento, quando viável e indicado, significa se comportar na contramão da eficiência administrativa". GALVÃO, Ciro Di Benatti. Planejamento administrativo e concretização das atribuições administrativas dos entes municipais. A**&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 221-235, out - dez, 2015, p. 228.

88 PIRES, Thiago Magalhães. **Federalismo, flexibilidade...**, p.131.

89 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos...**, p. 23.

90 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos...**, p. 23.

intenção do constituinte, ao estatuir o federalismo sob sua perspectiva cooperada como forma de estado, a partir da definição de competências comuns e atribuições de autonomias político-administrativas próprias ao estes federativos.

Sucede-se que o texto constitucional, por si só, não forneceu os instrumentos jurídicos – ou melhor, as pormenorizações normativas destes – necessários para balizar a atuação colaborativa entre os entes. Nesse influxo e objetivando criar cenários que permitam a utilização integral do federalismo de cooperação consignado na Constituição, precisaram ser editadas leis e regulamentos que autorizassem, padronizassem e conferissem segurança jurídica para tal atuação. Diante disso, apresentar-se-á, na próxima parte deste trabalho, não somente algumas dessas legislações, mas também os motivos pelos quais o paradigma da consensualidade administrativa influenciou no modo de agir da Administração Pública e na edição de tais regramentos.

1.2 A evolução no modelo de atuação da Administração Pública e a inserção do art. 241 na Constituição Federal: previsão normativa para gestão associada

Analisar os instrumentos jurídicos que permitem a operacionalização de ações cooperadas entre entes federativos pressupõe o estudo do contexto político-normativo que influenciou a introdução desses mecanismos no ordenamento jurídico nacional. Essa conjuntura abrange, tanto as mudanças pelas quais o Estado e a Administração Pública têm atravessado desde o final do século XIX, como também – e paralelamente – a evolução da categoria jurídica denominada contratos administrados.

No capítulo antecedente, indicou-se como as mudanças políticas, sociais e econômicas vivenciadas ao longo do século XX foram determinantes para reformular a compreensão de Estado federalista, o qual superou a percepção dualista para alcançar um modelo de cooperação e coordenação. Isto a partir da superação das divisões estanques de competências e, conjuntamente, a inserção de competências comuns e concorrentes, o que proporciona a atuação conjunta dos entes federados na consecução de suas atribuições.

Não podendo ser diferente ao afirmado no tópico anterior, as mudanças conjunturais da sociedade, especialmente no século XX, com o estabelecimento do paradigma social e, posteriormente, com a ascensão da democracia na maior parte da sociedade ocidental, também provocaram transformações nos assentos estruturantes da Administração

Pública, a qual tem alterado o seu modo unilateral de agir em proveito da utilização de instrumentos consensuais para a tomada de decisão.[91]

Estas transformações que marcaram os paradigmas da Administração Pública podem ser subdivididas em três grandes momentos, conforme leciona Maria Tereza Fonseca Dias: o primeiro referente ao paradigma do Direito formal e da administração agressiva; o segundo, a partir das constituições sociais, o paradigma do direito materializado e da administração prestadora; o terceiro, a partir da redemocratização de diversas sociedades, o paradigma do Estado Democrático de direito (paradigma procedimental) e uma Administração Pública consensual.[92]

A delimitação do conceito e das características que fundamentam a Administração Pública, as quais foram desenvolvidas conjuntamente com o nascimento da disciplina Direito Administrativo, coincide com o primeiro paradigma e, para a história do Direito, é recente. Nos termos que esclarece Gustavo J. de Oliveira, esse ramo do Direito originou-se das bases do modelo liberal do Estado de Direito, vigente a partir do século XIX após a destituição do Regime absolutista, "período em que a *imperatividade* (noção que expressava a autoridade do Estado perante os indivíduos, decorrente da soberania) acabou por conformar os institutos e categorias desse ramo jurídico",[93] inclusive os acordos e contratos administrativos. No mesmo sentido sintetiza Bitencourt Neto, ao afirmar que o ramo do direito administrativo, "nascido a partir das transformações decorrentes da Revolução Francesa, forjou-se, em seus primeiros tempos, por consequência, como Direito especial de uma Administração Pública de cariz autoritário, que manteve feições da organização administrativa pré-liberal [...]".[94]

Depreende-se desta primeira etapa uma das características basilares do Direito administrativo, a qual, até hoje, permeia as relações da Administração para com os "administrados", a saber: o autoritarismo.[95] Exatamente neste contexto, exsurge a ação

---

91 É exatamente esta a linha de raciocínio de Eurico Bitencourt Neto, o qual assevera que "se o Estado de Direito experimentou profundas mudanças com a edificação de um novo paradigma, democrático e social, outra coisa não se poderia esperar da Administração Pública que não uma extraordinária transformação, seja sob o ponto de vista orgânico, seja sob o aspecto material ou funcional". BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 111.

92 DIAS, Maria Tereza Fonseca. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 65-76, jan. 2014. p. 68

93 OLIVEIRA. Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

94 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa...**, p. 39.

95 Em sequência, apresentar-se-á o posicionamento de Emerson Gabardo e Daniel W. Hachem, os quais destacam que há significativa diferença entre o termo autoritarismo, utilizado para o período vivenciado durante a pré-revolução francesa, do conceito de autoritarismo utilizado após a ordenação do Estado de Direito.

administrativa típica, que possuía como principal instrumento de veiculação de suas ações os atos administrativos "cujos atributos essenciais sujeitavam-se à noção de autoridade".[96]

Acrescenta-se, ainda, como sendo traços característicos da Administração autoritária, decorrente do binômio autoridade (poder público) – liberdade (sociedade), a relação de "(i) desigualdade entre a Administração e os indivíduos e (ii) atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes de autoridade sobre os mesmos".[97] Até mesmo, a organização administrativa desse período, o qual prevaleceu até o final da Segunda Guerra Mundial, representava esta centralização, a partir de uma estrutura altamente centralizada e de hierarquia rígida.

Também não consistem em atributos da Administração pública liberal "a abertura da Administração Pública à participação externa, a institucionalização de uma regulação procedimental, a consolidação da independência e da amplitude do contencioso administrativo e o escrutínio público da administração intestina".[98] Isto porque tais atributos, em que pese hoje podem ser facilmente atribuídos às Administrações Públicas negociais, não se mostram compatíveis com o viés autoritário e, em boa medida, são provenientes de virtualidades do princípio democrático".[99]

É sob esse contexto de soberania que nasce a teoria dos contratos administrativos, formando-se os seus primeiros pressupostos. Ainda que, nesse período, a teoria do serviço público já indicava um novo fundamento à atuação estatal,[100] a doutrina contratual administrativa francesa pautou-se no alicerce da posição autoritária do Estado para criar um regime especial público de contratação, o qual inclui "possibilidades, para a Administração, de alteração unilateral do contrato, de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público e de ação unilateral executória também em outras medidas inerentes à execução contratual: basicamente um poder de direção e controle e um poder de sanção"[101] – ao contratado restaria apenas o direito "a imutabilidade do equilíbrio econômico financeiro".[102]

Ressalta-se que, anteriormente a criação da teoria do contrato administrativo, "aceitava-se com naturalidade que entidades estatais celebrassem contratos" seja com pessoas

---

96 OLIVEIRA. Gustavo Justino de. **Contrato de gestão...**, p.33.

97 OLIVEIRA. Gustavo Justino de. **Contrato de gestão...**, p.39.

98 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa**..., p. 67-68.

99 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa**..., p. 67-68.

100 Fernando Dias Menezes de Almeida expressamente afirma que a "possibilidade de afirmação teórica do contrato administrativo pressupõe a troca, como fundamento do direito público, da noção de soberania estatal pela noção de serviço público". MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 152.

101 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**, p. 340-341.

102 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**, p. 341.

privadas ou ainda entre entes estatais.[103] Exemplo disso são os contratos de concessões celebrados pelo Estado no decorrer do século XIX.[104] No entanto, é a partir do século XIX e início do XX que a teoria contratual supramencionada passa a estipular um regime jurídico de potestades à Administração, apartando-a da submissão das regras gerais do direito privado contratual sob a justificativa de ser o Estado o único legitimado a garantir o interesse público.

Com efeito, a marcante acepção autoritária da Administração pública conformou as bases dogmáticas dos contratos administrativos, influenciando significativamente na teoria contratual desenvolvida no Brasil. Nesse sentido, esclarecedora a posição de Vivian C. Lima Lopes Valle, a qual descreve que:

> A relação contratual administrativa, desde o século XIX até os dias atuais, foi gradativamente enquadrada como expressão da condição de autoridade do Estado, como reflexo da condição de potestade pública da Administração Pública e materializou-se no direito positivo no Brasil a partir da segunda metade do século XX pela unilateralidade, noção de autoridade e superioridade jurídica da Administração Pública contratante e pela desigualdade jurídica de posições entre a Administração Pública contratante e o contratado.[105]

A influência teórica e consequências dessas características no ordenamento nacional serão abordadas na sequencia deste capítulo. Voltando-se ao contexto do Estado, cabe ressaltar, no entanto, que a concepção de autoridade instituída pelo regime do Estado de Direito, no qual a Administração Pública passa a se submeter aos ditames da lei e da vontade do povo, é diferente daquela que caracterizava o regime absolutista. É nesse sentido que esclarecem Emerson Gabardo e Daniel W. Hachem, ao afirmarem que a lógica do Direito administrativo moderno se constrói a partir das "ideias de (i) *soberania popular,* (ii) *separação de poderes* e (iii) *supremacia da lei* – considerada esta como expressão da *vontade geral*", sendo estes os pressupostos que devem servir de "alicerce para a limitação dos

---

103 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**,, p. 120

104 Emerson Gabardo e Nahima P. C. Razuk descrevem que a prestação indireta dos serviços públicos, através das concessões, não se caracteriza em um fato recente ou exclusivo do atual sistema constitucional. Para os autores "ao contrário do que se pode parecer, originalmente, os serviços públicos começaram a ser prestados de forma indireta, desde que introduzidos por D. João VI". GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes de reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento. *In*. FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.). **Saneamento básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 209-235, 2009, p. 209.

105 VALLE, Vivian Cristina Lima López**. Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Curitiba, 2017. 265 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 14.

poderes da Administração Pública e para a proteção do pleno desenvolvimento das liberdades individuais".[106]

O mesmo raciocínio, nos termos fundamentados pelos autores, também deve ser estendido à concepção de interesse público, eis que, no regime jurídico administrativo do Estado de Direito "o interesse público pautado na vontade geral (soberania popular) possui uma característica original e radicalmente distinta que é a *sujeição como contrapartida da prerrogativa*",[107] contrapartida que inexistia no poder do soberano. Exatamente por haver uma significativa diferença na concepção de autoridade e de interesse público existente na transição dos referidos períodos, é que a ressalva se faz necessária, uma vez que "a busca de uma 'gênese autoritária' identificada nos fatos ocorridos na passagem do século XVIII para o XIX, além de ser uma visão bastante restritiva dos acontecimentos do período, conduz a uma análise teórica pouco consistente [...]".[108]

O contexto social vivido nesse período pautava-se pelo individualismo, no qual compreendia-se a sociedade a partir da seguinte lente: o indivíduo, como ser capaz de providenciar todos os bens essenciais a sua sobrevivência, independendo de quaisquer prestações estatais para a promoção destes, bastando que o Estado apenas se abstivesse de atuar ou interferir na esfera privada. Observe-se que Constituições editadas nessa época possuíam como objetivo, quase que exclusivo, estabelecer a "estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governadores, os chamados direito de liberdade".[109]

Ocorre que os pressupostos fáticos e teóricos estruturantes do Estado Liberal – e consequentemente, da Administração liberal – não resistiram as mudanças sociais ocorridas entre o final do século XIX e meados do século XX, impulsionadas especialmente pela "intensificação da questão social [...] por direito laborais e prestacionais, bem como pela devastação, material e moral, provocada pela II Guerra Mundial".[110] Proclamava-se por uma maior atuação estatal, objetivando que este suprimisse as necessidades básicas da população, a qual, em sua grande maioria, não conseguia alcançá-las individualmente.

---

106 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito Administrativo – uma crítica da crítica. *In* **Direito Administrativo e Interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. Romeu Felipe Bacellar e Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 191.

107 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter...**, p. 193.

108 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter...**, p.191.

109 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** Malheiros: São Paulo, 1996, p. 204.

110 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa...**, p. 69.

Neste cenário, emerge-se o Estado Social de Direito, caracterizado por ter elevado ao *status* constitucional direitos de cunho sociais, tendo por principais exemplos os direitos à educação, à saúde, a previdência social, ao trabalho e outros correlatos, como transporte público e saneamento básico. Tais garantias foram somadas aos direitos de liberdade já estabelecidos pelas Constituições liberais e o dever de promovê-los foi imputado Estado. Este panorama refere-se ao segundo paradigma supraindicado, no qual materializam-se nos textos constitucionais direitos de abrangência social, recaindo ao Estado a incumbência de prestá-los.

Ressaltando a importância da constitucionalização de direitos e garantias dos cidadãos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que a introdução de uma ordem de valores como alicerce constitucional "teve o mérito de incorporar o direito administrativo e, por assim dizer, o *constitucionalizar*, com imensa vantagem para o cidadão e para o conjunto da sociedade".[111] Dessa forma, restringe-se a atuação da Administração pública aos preceitos constitucionais do Estado democrático de direito, limitando-os quando editados de forma contrária aos princípios e garantias constitucionais.

No entanto, a partir da década de 70 o paradigma prestacional encontrou "limitações econômicas, decorrentes de um limite tolerável de socialização de bens e serviços, aliados a outros fatores (a exemplo das questões ecológicas), acarretaram a paulatina transferência da prestação de várias atividades, econômicas e sociais, à iniciativa privada".[112] Essas limitações econômicas decorreram, em síntese, da impossibilidade de o Estado prestar adequada e eficientemente todos os serviços a ele incumbidos, bem como de financiá-los individualmente, uma vez que o aumento da carga tributária passou a onerar significativamente tanto os setores produtivos, quanto os próprios cidadãos.

Além disto, é com a redemocratização das sociedades – acrescentando-se aos direitos sociais – e da instituição do Estado Democrático de Direito, que a Administração consensual (procedimental) passa a ganhar espaço, a partir da maior legitimidade, em prejuízo da concepção autoritária.[113] Em verdade, na medida em que há a transição do Estado de Direito para o Estado Democrático e Social de Direito, já se pode afirmar que há "um

---

111 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 231, p. 129-156, jan-mar. 2003, p. 137.

112 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa...**. 105-106.

113 Perceba-se que os paradigmas *social* e *democrático* não são excludentes e, muito menos, indicam a superação do modelo pelo novo. Pelo contrário, a constitucionalização dos direitos sociais e a consolidação da democracia são movimentos que se caracterizam pela complementaridade, os quais decorrem do desenvolvimento social-político-tecnológico promovidos pelas sociedades no decorrer do século XX.

princípio do consenso em construção, que pode ser sumariamente definido como o *primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado"*.[114]

Paralelamente ao advento destes paradigmas, a sociedade ganhou contornos cada vez mais heterogêneos e passou a efetivamente influenciar nas decisões tomadas pelo Estado. Trata-se, na expressão utilizada por Diogo Figueiredo Moreira Neto, do "*Estado Pluriclasse",* o qual "*ascende então como organização política dominante*, passando a refletir nos Parlamentos e nos Governos a pluralidade da própria sociedade e a determinar as mudanças de atuação".[115]

Sintetizando sobre as mudanças ocorridas com a alteração do Estado providência para o Estado Regulador, inserido em um contexto democrático, Bitencourt Neto constata que são verificadas duas fases principais no Estado de direito democrático e social: "um inicial modelo de Estado prestador e sua Administração constitutiva, e um subsequente modelo de Estado regulador e de Administração infraestrutural".[116] E continua, ao afirmar que a mudança ocorrida na transição destes períodos, "especialmente a partir da década de 1970 na Europa e da década de 1990 no Brasil, foi a forma de organização e atuação da Administração Pública para perseguir os fins sociais das constituições democráticas", uma vez que a ordem de valores pautada pela sociabilidade se manteve como núcleo central das atuais Constituições.

Pois bem, no que se refere ao Brasil, o marco da virada paradigmática ocorre com a promulgação da Constituição de 1988 e a reforma gerencial empreendida nos anos 1990, a qual foi consolidada via promulgação da emenda constitucional nº 19/98. A primeira, porque consolidou o Estado democrático e social de direito, impondo à Administração o dever de pautar suas ações pela juridicidade, especialmente no que se refere respeito aos princípios e garantias fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional. A segunda, porque inseriu uma nova racionalidade administrativa – intitulada Modelo Gerencial de Administração –, fundada no *New Public Management* e que "pretendia não apenas mitigar os procedimentos burocráticos, como também incluir mecanismos que diminuíssem a participação estatal na

---

114 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos...**, p. 133.

115 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39.

116 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa...**, p. 111. Em outro trabalho, Bitencourt Neto aponta seis diferentes formas de manifestação da Administração Pública do século XXI, passando a caracterizá-las de acordo com essas manifestações. Dessa forma, a Administração pode ser denominada de: "infraestrutural; procedimentalizada; multipolar; em rede; concertada; e, eficiente". BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais – NINC**, Curitiba, vol 4, n. 1, p. 207-225, jan-abr, 2017.

economia, direcionando a atuação estatal apenas para o caminho da promoção, regulação e fiscalização do mercado".[117]

Todos estes aspectos indicam uma mudança de postura que tem sido impelida à Administração, a fim de atuar de maneira participativa e consensual, em detrimento das ações arrimadas em atos unilaterais. Com efeito, na atual conjuntura social, econômica e jurídica que permeia a atuação da Administração Pública, nota-se uma nítida evolução das relações administrativas, as quais passam "de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade)".[118]

A esta Administração, dinâmica e que prefere adotar medidas negociais com os atores que com ela interagem, em detrimento de atos unilaterais e imperativos, atribuem-se as denominações de administração pública consensual, concertada, paritária e dialógica. Tratam-se de expressões que "sinalizam um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação e a transação".[119]

Nessa mesma direção, mas em outro trabalho sobre a temática, Gustavo Justino de Oliveira complementa sua posição, afirmando existir um módulo de contratualização administrativa, a qual emerge "nova forma de administrar, caracterizada pela utilização (em larga escala) de técnicas negociais voltadas à busca do consenso entre as partes envolvidas na discussão de assuntos públicos, como caminho preparatório e preferencial às tomadas de decisões pela Administração Pública".[120] Deve-se, no entanto, ressalvar que o movimento da consensualidade não se limita à utilização de novos módulos convencionais de contratação – movimento da contratualização – pela Administração, havendo distinção entre eles. [121] Isto é, ainda que a Administração consensual utilize com mais intensidade as formas contratuais clássicas ou outras que venham agregá-las ou substituí-las, "o espírito de consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito".[122]

---

117 NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocrática**. Impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

118 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, nº 32, abr - jun, p. 31-50, 2008, p. 4.

119 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual...**, p. 39.

120 OLIVEIRA. Gustavo Justino de. **Contrato de gestão...**, p. 154.

121 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**, p. 340-341.

122 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**, p. 341.

Quanto às inúmeras possibilidades de utilização do "espírito de consenso" pela Administração pública, confere-se a classificação proposta por Juliana B. de Palma, a qual classifica a extensão conferida ao termo consensualidade em ampla, amplíssima e restrita. No sentido amplíssimo, a consensualidade abrange a participação do particular no procedimento, caracterizando-se "pela abertura dos procedimentos, pela administração para que o particular possa participar, a exemplo dos instrumentos participativos, consultas públicas e audiências".[123]

Na outra ponta, o sentido restrito limita o conceito à "técnica de gestão administrativa por meio da qual, acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual no processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade (prerrogativas públicas)", [124] tendo-se como exemplos principais os TACs (Termos de Ajustamento de Conduta),[125] TAG (Termos de Ajustamento de Gestão).

Por sua vez, é o sentido amplo que contempla as "formas de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral".[126] Para o fim que se propõe este trabalho, é esta classificação que será adotada, eis que compreende os contratos intergovernamentais, tais qual o contrato de consórcio público.[127]

Perceba-se que, independentemente da classificação que se adote, em todas elas, as formas negociais apresentam-se não como um fim em si, mas consistem "em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao acordo administrativo". [128] Independente da finalidade para qual a Administração esteja utilizando os meios negociais –

---

123 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 110.

124 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...**, p. 111.

125 Nesse sentido, recente é a decisão do TCU a qual, após analisar a possibilidade de as Agências Reguladoras negociarem a substituição da aplicação de multas de responsabilidade aos agentes regulados por Termos de Ajustamento de investimento (acordo substitutivos), manifestou-se pela legalidade da medida, quando respeitadas as regras estabelecidas na decisão. Dentre os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Contas, destaca-se o seguinte: "tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento." BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acordão n.º 2.121/2017, disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2.121%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 15 out. 2018.

126 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...**, p. 110.

127 No próximo capítulo, apresentar-se-ão as razões pelas quais se compreende porque o instrumento que institui os consórcios públicos possui natureza contratual.

128 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...**, p.112.

seja para a *promoção, realização* ou *recuperação* do interesse público, conforme leciona Moreira Neto[129] – a consensualidade se materializa no transcurso do processo de tomada de decisão, uma vez que o ato, acordo, ou contrato será celebrado apenas ao final.[130]

Atente-se para o fato de que a atuação concertada se materializa como instrumento procedimental, caracterizando-se por ser apenas um dos meios colocados à disposição da Administração Pública para que ela possa atingir os seus fins. Cuida-se de posicionamento majoritário da doutrina. Somando-se aos posicionamentos mencionados, Luísa C. Pinto e Neto assevera que a administração concertada se sustenta como "composição de interesses atividade administrativa, manifestados no procedimento que prepara a decisão".[131] Em semelhante linha de pensamento, mas após fazer ressalvas referentes à abordagem democrática e de liberdade da consensualidade, Almeida assevera que "não se pode perder a dimensão instrumental dos mecanismos de consenso no Direito administrativo e na prática da Administração: instrumental em relação à concretização do Direito geral, consistente nas normas gerais e abstratas de ordem constitucional ou legal.[132]

Duas conclusões parciais podem ser retiradas a partir da consolidação do modelo consensual como mais um instrumento jurídico apto a ser manejado pela Administração – e que são de extrema importância para a manutenção do regime jurídico administrativo. A primeira, de uma forma geral, refere-se à garantia de maior qualidade e eficácia da decisão administrativa, ao passo que se confere celeridade ao procedimento e a tomada decisão, como também eleva a segurança jurídica da relação jurídica concretizada;[133] a segunda, concerne-se à manutenção do interesse público como objetivo a ser alcançado pela Administração. Isto porque, consoante apresentado, a consensualidade caracteriza-se por ser um instrumento, somente modificando o meio para alcançar o interesse público, e não o relativizando.

---

129 Apoiando-se sobre o critério das *finalidades administrativas imediatas*, Moreira Neto propõe uma classificação tripartite para enumerar os momentos nos quais a Administração pode utilizar da concertação para atingir o seus objetivos, dividindo-os em: (a) *promoção do interesse público*, compreendida como "função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto"; (b) *realização do interesse público*, em referência à "função executiva das decisões abstrata ou concretamente tomadas", transformando o ato em fato; (c) *recuperação do interesse público*, concernente à técnica de superação de conflitos em que "se reaprecia da juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicativas de que caibam recursos". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais...**, p. 147.

130 PALMA, Juliana Bonacorsi de. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...**, p. 115.

131 PINTO E NETO, Luísa Cristina. Interesse Público e Administração Concertada. **Revista Brasileira de Direito Municipal RBDM**, Belo Horizonte, n. 12, ano 5, abril - jun, 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12215>. Acesso em: 28 ago. 2018.

132 Almeida, em sequência do raciocínio, ainda acrescenta: "como instrumento, a técnica convencional deve ser usada na mediada necessária e não sempre buscada, como se importasse fim em si mesma". ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**, p. 347.

133 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...**, p. 237.

A segunda conclusão se justifica na preocupação que se erigiu quanto ao fato de a Teoria contratual brasileira ter tomado "por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição de sobranceira, superior, assimétrica",[134] sob a justificativa que essa desigualdade teria por fundamento, tal qual definido pela escola francesa, a competência da Administração na tutela do interesse público.[135] Observe-se que é exatamente esta lógica que respalda os contratos administrativos disciplinados pela lei geral de licitações e contratações (Lei Federal nº 8.666/93).

Nos termos do referido diploma, os contratos administrativos caracterizam-se por se submeterem a um regime jurídico administrativo próprio, em que a Administração Pública, obrigatoriamente uma das partes integrantes do instrumento contratual, detém prerrogativas públicas em relação ao particular contratante; e, em tese, sujeições, ao ter que alcançar e sujeitar-se ao interesse público.[136] Exemplo destas prerrogativas são as cláusulas exorbitantes,[137] as quais concedem à Administração a atribuição para alterar e rescindir unilateralmente as condições previamente pactuadas.

Sucede-se que a utilização de meios consensuais não afasta a submissão da Administração ao regime jurídico administrativo: trata-se, somente, da utilização de outros meios – *in casu*, o negocial – para alcançar o fim pré-estabelecido no ordenamento. E isto porque "não há oposição absoluta entre interesse público e interesses privados, de que não se trata de interesses inconciliáveis e excludentes",[138] sendo que a concretização de acordos, por vezes, corresponde "a própria expressão do interesse público".[139] E o mesmo pode-se dizer para os acordos ou relações negociais realizadas entre entes federativos, uma vez que não há

---

134 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 107, 2009. p. 76.

135 Nos termos em que descreve Luísa Cristina Pinto Neto, o interesse público foi concebido, e ainda o é, para parcela da doutrina, "como responsabilidade exclusiva do Estado, já que ainda não se encontra superada a compreensão do Estado e da Sociedade como setores estanques aos quais correspondem, respectivamente, o interesse público e os interesses privados". PINTO E NETO, Luísa Cristina. **Interesse Público...**, *online*.

136 A exposição das características tradicionais dos contratos administrativo é destacada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao apontar que os contratos administrativos, no sentido próprio e estrito, são apenas aqueles que abrangem "acordos de que a administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derrogatório e exorbitante do direito comum, podem ser apontadas as seguintes características: 1. Presença da Administração Pública como Poder Público; 2. Finalidade pública; [...] 5. Natureza de Contrato de Adesão; [...] 7. Presença de Cláusulas exorbitantes". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

137 Sob uma perspectiva crítica, Vivian C. L. L. Valle assevera que, por si só, o termo exorbitante já permite entender o seu significado: tratam-se das cláusulas que "exorbitam do direito comum e concedem à Administração Pública uma posição privilegiada". VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. *In* GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais.** Curitiba: Ithala. 2016, p. 459.

138 PINTO E NETO, Luísa Cristina. **Interesse Público...**, *online*.

139 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 178.

fundamento para a utilização das prerrogativas administrativas quando os polos contratantes dessas relações são os próprios entes, entidades ou órgãos da Administração, em que todos os envolvidos possuem o idêntico objetivo de assegurar o interesse público e de desenvolver suas atribuições constitucionais e/ou legais.

Adverte-se, entretanto, que a relativização das potestades da Administração por meios negociais não é uma questão de fácil resolução no âmbito do atual regime juspublicista. Quanto a isso, evidencia-se o posicionamento de Valle, a qual leciona que a negociação das prerrogativas da administração não se caracteriza pela flexibilização ou pela extinção dessas potestades,[140] eis que ainda permanecerá a obrigatoriedade de compatibilização desse novo paradigma com o Estado Democrático de Direito, o regime jurídico administrativo e o interesse público.[141]

Pode-se, nessa esteira, defender que no contexto da Administração concertada não há o abandono do regime jurídico administrativo e das potestades administrativa,[142] mas há "um deslocamento do eixo da autoridade para consensualidade",[143] onde as prerrogativas públicas são reposicionadas a uma condição subsidiária, em contraste com a postura negocial prévia à edição dos seus atos[144] – por óbvio, quando a Administração entender que esse será o melhor meio para desenvolver suas ações e assim atingir o interesse público. Caso assim não se entenda, todo o instrumental unilateral permanecerá à disposição para garantir que o interesse social seja alcançado.

O pragmatismo, somando-se à perspectiva democrática inserida com a Constituição de 1988, também consiste em um dos componentes integrantes da consensualidade, notadamente no que tange à governança pública e à instrumentalização dos mecanismos de operacionalização da Administração na promoção mais eficiente das atribuições a eles imputadas.[145] E isto se justifica pelo fato de a 'eficiência' ter sido elevada, a

---

140 Luísa Cristina Pinto e Neto alcança similar conclusão, ao afirmar seguramente que a admissão da "administração concertada não significa advogar o abandono de toda e qualquer forma de atuação administrativa unilateral impositiva; visa-se, ao revés, a colocar em relevo a necessidade de superar o modelo de atuação administrativa unicamente unilateral, dando ênfase a formas consensuais". PINTO E NETO, Luísa Cristina. **Interesse Público...**, *online*.

141 VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Autoridade e consenso...**, p. 452.

142 Tal afirmativa se configura em premissa para correta compreensão, eis que "a ascensão do contrato – no sentido que lhe confere a nova Contratualização administrativa – como forma preferível atuação administrativa não invalida nem afasta a adoção do ato administrativo para o desenvolvimento da ação administrativa". OLIVEIRA. Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão...,** p. 244-245.

143 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo...**, p. 80.

144 VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Autoridade e consenso...**, p. 458.

145 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...,** p. 112.

partir da reforma administrativa efetivada pela EC 19/98, ao patamar de princípio constitucional, assumindo a função axiológica de balizador da atuação administrativa.[146]

Posicionando-se acerca do viés pragmático da consensualidade, Juliana B. de Palma assevera que a utilização de acordos administrativos "consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais".[147]

Acrescenta-se que a tentativa de se adotar práticas mais eficientes, por meio da utilização de novos instrumentos contratuais, coaduna-se com o contexto contemporâneo de hipercomplexificação das relações contratuais[148] – especialmente pela setorização das contratações. Em medida, a complexidade de vários setores da sociedade não mais comporta um único modelo de contratação para nortear todas as ocorrências a serem contratadas pelo poder público, mostrando-se imperiosa a realização de acordos específicos para que a Administração promova, com eficiência, os objetivos pretendidos.

Diante disso, "é a Administração Consensual que mais perfeitamente harmoniza-se com os novos desafios com que se depara os órgãos e entidades administrativas no século XXI",[149] incluindo-se aí as ações cooperadas (*latu sensu*) a serem promovidas pelos entes federativos. Trata-se de conclusão que, efetivamente, se alinha à atuação cooperada federativa mencionada no capítulo anterior, a qual se efetiva através da composição de interesses entre os entes federativos, permitindo-se a concretização de interesses comuns – o que não seria possível através dos tradicionais atos e, em algumas situações, na acepção clássica dos contratos administrativos.

É sob esse contexto que a concertação administrativa, compreendida na acepção ampla – isto é, como acordo de vontades envolvendo entes, entidades e órgãos da Administração –, mostra-se relevante. Seja por força da promulgação da EC 19/98, seja por consequência de seus efeitos, foram introduzidas hodiernas modalidades contratuais no ordenamento jurídico nacional, destacando-se os seguintes instrumentos:[150] protocolos de

---

146 Deve-se ressalvar que os efeitos do reconhecimento da eficiência como princípio constitucional, conforme observado por Nohara, podem ser opostos aos pretendidos, na medida que a constitucionalização "significa, do ponto de vista jurídico, provocar uma restrição da discricionariedade administrativa, e não a sua ampliação". NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...**, p. 183.

147 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo...**, p. 112.

148 DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Acordos administrativos...**, p. 67.

149 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração...**, p. 37.

150 Outros instrumentos contratuais também foram introduzidos no ordenamento sob a influência da EC 19/98, a exemplo das concessões patrocinadas e administrativas instituídas pela Lei 11.079/05; a concessão urbanística; o contrato de gestão, disciplinado pela lei 9.637/98; o termo de parceria inserido pela lei 9.790/99; e, mais recentemente, os termos de colaboração e fomento, inseridos pela lei 13.019/14.

intenções; consórcios públicos;[151] contratos de programa, de rateio e de repasses; contrato de gestão; convênios administrativos[152] e de cooperação.

Sem prejuízos de outras,[153] todas essas modalidades enquadram-se na categoria denominada Módulo Convencional de Cooperação, nos termos da classificação proposta por Fernando Menezes de Almeida.[154] Para este autor, o elemento essencial em todas essas figuras é a "identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não se identificar situação de prestações contrapostas".[155] E, para os fins deste trabalho, centralizar-se-ão os esforços na análise dos consórcios públicos, na medida em que é sob a estrutura destes que as agências reguladoras supralocais poderão ser criadas.

Historicamente, foi o texto da Constituição de 1937, a partir da redação conferida pelo art. 29, que primeiramente normatizou o agrupamento de Municípios da mesma região para os fins de "instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns", cabendo aos Estados-membros regular as condições nas quais os agrupamentos seriam constituídos, formados e administrados.[156] Em sequência, a Constituição de 1946, embora

---

151 Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA ratificam este entendimento ao afirmarem que "a nova disciplina legal dos consórcios públicos está afinada com um perfil contemporâneo de Administração Pública, em que há destaque para atividades e procedimentos negociais que culminem com a conciliação e a compatibilização de todos os interesses envolvidos em torno da causa comum". MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos:** comentários à lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 30.

152 Trata-se de uma excepcionalidade ao momento de inserção no ordenamento, uma vez que o pressuposto normativo para realização de convênios administrativos tem como fundamento o art. 116 da Lei 8.666/93.

153 Embora não tenha caráter contratual, a Região Metropolitana também é instrumento de cooperação local, na medida em que a sua instituição, mediante lei complementar do Estado-membro, tem por escopo "integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum", nos termos prescritos pelo art. 25, §3º, da CF1988. Conjugando a leitura deste dispositivo com a definição legal conferida ao termo "interesse comum", pelo art. 2º, inciso II, da Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), pode-se concluir que a instituição de regiões metropolitanas coloca-se como importante instrumento para aprimorar as políticas públicas interlocais: seja porque a promoção da política seria inviabilizada se promovida no limite territorial de um único município; seja porque as externalidades positivas daquela ação estatal atinjam municípios limítrofes.

154 Após a inserção de novos instrumentos de contratação no ordenamento, a doutrina passou a sugerir novas formas para classificar esses pactos, tal qual apresentada por Menezes de Almeida. Outro exemplo é a classificação proposta por Maria Tereza Fonseca Dias, ao pautar-se sob o fundamento de que os contratos administrativos, tutelados pela 8.666/93, não mais abarcam a complexidade das formas de pactuação da Administração Pública. Para a autora, os pactos da Administração podem ser caracterizados do seguinte modo: os acordos (como gênero), dos quais depreender-se-iam as categorias dos convênios e dos contratos administrativos. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Acordos administrativos...**, p. 54-60.

155 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo...**, p. 241. Em momento posterior, o autor complementa a definição alusiva aos módulos de cooperação, afirmando que nesta categoria "a Administração e a outra parte contratante (estatal ou particular) conjugam esforços para alcançarem um *firm comum [...]* expressão tomada no sentido de fim comum individual e concretamente definido na convenção". ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...**, p. 365.

156 Trata-se de regramento previsto no art. 29, *caput* e parágrafo único, os quais prescrevem que: "art 29 - Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins. Parágrafo único: caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração". BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**.

tenha garantido "maior acesso e certa autonomia no que diz respeito à fisionomia dos Estados",[157] não previu dispositivo específico para regulamentar a atuação conjunta dos entes federados.

Somente nas Constituições seguintes – de 1967 e de 1969, com as alterações impostas pela EC nº 1/69 – são encontradas referências à atuação conjunta entre entes federativos. Diante da conjuntura existente naquele momento, a qual centralizava atribuições na pessoa da União, os textos conferiram competência a ela para, mediante lei complementar, "estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica". No caso do texto originário de 1967, o que não foi reproduzido no subsequente, ainda havia previsão sobre o objeto a ser pretendido com a medida, a saber: "realização de serviços de interesse comum".[158]

Observe-se que, embora alguns mecanismos de atuação cooperada já estivessem previstos pelas constituições, eles se assemelhavam ao aspecto normativo que atualmente é conferido às regiões metropolitanas, e não ao conceito de consórcio público. Não só isso e nos termos indicados anteriormente, a autonomia dos municípios foi drasticamente reduzida neste período, o que dificultava a estruturação de atuações cooperadas entres eles.

Descrevendo sobre a evolução normativa conferida aos consórcios públicos e aos convênios de cooperação no ordenamento constitucional nacional, Pedro Durão destaca que "a ideia de consórcio público e convênios de cooperação [...] não tinha uma destinação nítida e bem delineada para o benefício dos Estados interligados".[159] E o autor complementa, ao asseverar que os textos constitucionais anteriores a Constituição de 1988 recebiam "uma menção vaga e pouco simétrica quanto aos reais propósitos de integração estatal".[160] Percebe-se que os textos das Constituições de 1934 e seguintes, em que pese já eram arquitetados sobre um federalismo de cooperação, não definiram e, muito menos, criaram instrumentos jurídicos necessários à atuação interfederada.

Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao//Constituicao34.htm> Acesso em: 19 out. 2018.

157 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios públicos:** gestão, teoria e prática. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 69.

158 Cuida-se do art. 157, § 10, da Constituição Federal de 1967, o qual prescrevia que: "a União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum". BRASIL. **Constituição da República...**, *online.*

159 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios...**, p. 68.

160 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios...**, p. 68.

De fato, a fundamentação constitucional a qual permitiu, com grau de segurança jurídica desejável, aos entes federativos firmarem convênios de cooperação ou se associarem em consórcios públicos só se operacionalizou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 e a correspondente inserção do art. 241 no texto constitucional. Em seguida, os instrumentos foram disciplinados pela Lei 11.107/05 e regulamentados pelo Decreto Federal nº 6.017/07.[161]

Isso não significa que, no período compreendido entre a promulgação da atual Constituição e a edição da Lei federal regulamentadora do art. 241 do texto constitucional, os entes federativos não objetivaram criar consórcios interfederativos.[162] Ao contrário, a elevação de atribuições constitucionalmente imputadas aos entes municipais, somando-se à retomada da autonomia federativa local e a criação de elevado número de novos munícipios, movimentos estes ocorridos após a redemocratização do país, são circunstâncias que estimularam a busca de atuações conjuntas entre os entes municipais.[163]

É nesse sentido que leciona Negrini, o qual, após analisar o período compreendido entre a promulgação da atual Constituição e a edição da Lei 11.107/05, destaca que "antes mesmo do advento de qualquer marco regulatório, criou-se, entre nós, uma tradição de consorciamento, imposta pela necessidade de se buscar uma economia de investimento, acompanhada de uma otimização da produção e uma redução das perdas".[164] Percebe-se, dessa forma, que a ausência de previsão normativa específica para a criação de consórcios públicos após 1988 não se constituiu em obstáculo, porquanto tal prática se

---

161 Corroborando com o supra exposto, Marcos Fey Probst e Ubaldo Cesar Balthazar asseveram que "após o advento da Lei dos Consórcios Públicos, em abril de 2005, percebeu-se um grande crescimento no número de consórcios públicos, nas mais diversas áreas de atuação do Poder Público, o que reforça o avanço em relação a essa modalidade de cooperação federativa". PROBST, Marcos Fey. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Dez anos da Lei 11.107/05: avanços e incertezas em torno dos consórcios públicos. **Interesse público – IP**, Belo Horizonte, a. 17, n. 92, p. 163 – 187, jul - ago, 2015, p. 184-185.

162 Ricardo Augusto Negrini descreve que, no interstício informado, "a ausência de regras claras no ordenamento, que emprestassem aos consórcios, por exemplo, maior estabilidade jurídica, não se mostrou empecilho para a disseminação do instituto". NEGRINI, Ricardo Augusto. **Os consórcios públicos no direito brasileiro**. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 71.

163 Em estudo empírico sobre a temática, no qual foram mapeadas as quantidades de CNPJs ativos registrados como de titularidade de consórcios públicos até o ano de 2012, Vicente Carlos Y Plá Trevas registrou os seguintes números: até 1987, o número acumulado de consórcios públicos era de apenas 8; entre o ano de 1988 e de 2004, antes da edição da Lei Federal nº 11.107/05, o número consolidado saltou para 214; entre 2005 e 2012, o número consolidado de alcançou a marca de 401. TREVAS. Vicente Carlos Y Pla. Consórcios públicos e o federalismo brasileiro. *In:* CHERUBINE, Marcela; TRAVAS Vicente (org). **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**, p. 23-24. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/Consorcios-Trevas-ok.pdf> Acesso em: 21 out. 2018. Percebe-se que, proporcionalmente, o maior número de registro de novos consórcios ocorreu após a edição da correlata lei, totalizando o montante de 189 no período de 8 anos.

164 NEGRINI, Ricardo Augusto. **Os consórcios públicos...**, p. 71.

mostrava necessária à promoção de serviços públicos de responsabilidade local pelos Municípios.

Sucede-se que, na ausência de suporte normativo regulamentador, determinava a natureza jurídica dos consórcios formalizados neste período: todos do tipo administrativo. Como consequência disso, de um lado havia a facilidade de implementação, ante a simples adesão do município interessado; na outra ponta, pesava a fragilidade do acordo, uma vez que os consórcios poderiam ser desfeitos a qualquer tempo, bastando a retirada dos entes envolvidos,[165] sem que com isso sofressem quaisquer penalidades.

Esta falta de suporte jurídico específico para concretização, organização e manutenção dos consórcios públicos – especialmente quando constituídos para resolução de problemas mais complexos, os quais dependem de quantidade vultuosa de recursos e prazo dilatado para operacionalização[166] – culminou em resultados abaixo do esperado, razão pela qual surgiram demandas por normas jurídicas próprias, aptas a conferir segurança jurídica aos entes contratantes.[167] Nessa esteira e antes mesmo da normatização em nível nacional, algumas Constituições Estaduais passaram a disciplinar os consórcios públicos para atender a essas reivindicações, a exemplo dos Estados de São Paulo e de Santa Catarina.[168]

Em âmbito nacional, a autorização normativa que fundamenta consórcios públicos a gerirem associadamente os serviços públicos somente sobreveio com inserção do art. 241 na Constituição Federal. O referido artigo disciplina que os entes federados poderão, por meio do convênio de cooperação ou por consórcios públicos, conduzirem em conjunto a gestão associada do serviço público interlocal, bem como disciplinarem a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.[169] Entretanto e consoante prelecionado, a introdução deste dispositivo no texto

---

165 FERREIRA, Ana Paula Lima; MESSEMBERG, Roberto Pires; LINHARES, Paulo de Tarso Frazão Soares. Transformações na federação brasileira: o consórcio intermunicipal no Brasil do início do século XXI. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 12, p. 67 – 74, jul - dez, 2017, p. 69.

166 FERREIRA, Ana Paula Lima; MESSEMBERG, Roberto Pires; LINHARES, Paulo de Tarso Frazão Soares. **Transformações na federação**..., p. 69.

167 Trata-se de análise tecida por Negrini, o qual afirma que "a experiência vinha demonstrando que muitos desses consórcios obtinham resultados aquém do esperado, tendo alguns deles chegado a fracassar em sua missão, por conta de sua fragilidade jurídico-institucional". NEGRINI, Ricardo Augusto. **Os consórcios públicos...**, p. 72.

168 No caso da Constituição catarinense, o próprio texto originário, datado de 1989, permitiu aos Municípios criarem "associações, consórcios e entidades intermunicipais para a realização de ações, obras e serviços de interesse comum", consoante prescrito pelo art. 114, §3º. BRASIL. Co**nstituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html> Acesso em: 21 out. 2018.

169 *In litteris*, o texto do art. 241 preceitua que: "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". BRASIL. **Constituição da**

constitucional, por si só, não foi capaz de formatar, com a segurança jurídica necessária, consórcios públicos estruturados para gerirem objetivos mais complexos.

Apenas com a edição da Lei 11.107/05 e, em seguida, do decreto regulamentador nº 6.017/2007, conferiu-se aplicabilidade ao art. 241, na medida em que foi delimitado o regramento jurídico necessário para a estruturação e manutenção dos consórcios públicos. Foi a legislação infraconstitucional que, de modo geral, organizou e estruturou o modelo a ser seguido pelos entes federativos para contratarem os consórcios públicos. Por sua vez, o decreto regulamentador pormenorizou a referida norma, assegurando-a a sua efetiva execução.

Nessa esteira, deve-se anotar que a compreensão do conceito gestão associada precisa ser analisada a partir da regulamentação a ele conferida. Cuida-se do art. 2º, IX, do referido Decreto Federal nº 6.017/07, a qual definiu, na primeira parte, a gestão associada como sendo o "exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados". Por sua vez, a segunda parte do referido dispositivo prevê que a gestão poderá ser "acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".[170]

Diante da análise do texto normativo, consegue extrair que, para além das atividades de planejamento e de prestação dos serviços ou de quaisquer outras funções correlatas, a gestão associada também pode ser estruturada a fim de proporcionar a execução conjunta da atividade regulatória e fiscalizatória.[171] Noutros termos, pode-se afirmar que a gestão associada poderá ser organizada a fim de abranger, única e exclusivamente, a atividade regulatória, devendo os entes federativos criarem uma estrutura consorciada específica para tanto, conforme será apresentado em sequência.[172]

Neste capítulo, objetivou-se demonstrar de que forma as mudanças ocorridas a partir do século XIX influenciaram na transformação das características do Estado brasileiro

---

República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 ago. 2018.

170 Sem quaisquer rupturas, o mencionado dispositivo disciplina a gestão associada nos seguintes termos: " exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos"

171 Informa-se que, o conteúdo concernente à transferência da função regulatória à entidade suprafederativa, inclusive a anotação dos atributos característicos das agências regulatórias, serão analisados no capítulo 3, primeira parte, desta dissertação.

172 A conceituação, caracterização e demais pormenorizações acerca dos consórcios públicos e dos outros instrumentos inseridos pela Lei 11.107/05 e pelo decreto regulamentador serão realizadas no próximo capítulo, itens primeiro e segundo.

e, paralelamente, na disciplina dos contratos administrativos e na própria Administração Pública. Particularmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 e da inauguração do Estado Democrático e Social de Direito, essas mudanças induziram o modo de atuar da Administração pública brasileira. Somando-as às inúmeras vertentes da consensualidade, a Administração Pública brasileira contemporânea passou a intensificar as formas de contratualização, inclusive a partir de negociações com os seus próprios pares.

Nesse cenário, a inserção do art. 241 no texto constitucional, somada à edição da legislação regulamentadora correlata, forneceu-se o substrato normativo necessário a amparar, através de consórcios públicos formados entre entes federativos, a gestão associada dos serviços públicos. Tal como analisado, deve-se lembrar que a gestão associada a serviço público não se restringe à mera prestação propriamente dita dos serviços, contemplando também a gestão da regulação dos serviços. Dessa forma, no próximo capítulo, abordar-se-á as características da parametrização normativa conferida aos consórcios públicos pela edição da Lei 11.107/05 e do correspondente Decreto Regulamentador nº 6.017/07.

CAPÍTULO 2 - A ESTRUTURAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS A PARTIR DA LEI 11.107/05: PRESSUPOSTOS NORMATIVOS, CARACTERÍSTICAS E PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS QUE DECORREM DA NORMATIZAÇÃO

2.1 Características inerentes ao instrumento contratual consórcio público e outras modalidades contratuais inseridas pela Lei 11.107/05

A Lei Federal nº 11.107/05 e o Decreto regulamentador nº 6.017/07, tal qual assinalado no capítulo anterior, foram editados com o objetivo de conferir aplicabilidade e segurança jurídica à gestão associada autorizada pelo 241 da Constituição Federal. Para isso, a legislação infraconstitucional não somente estabeleceu os requisitos e os critérios indispensáveis à estruturação, organização e manutenção dos consórcios interfederativos, como também delineou conceitos e características e introduziu outros instrumentos de gestão associada no ordenamento jurídico. Passa-se a apresentar os pontos mais importantes da referida legislação.

Antes de avançar, deve-se fazer uma distinção terminológica importante a fim de evitar ambiguidades quando da interpretação da legislação. De acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida, a Lei 11.107/05 utiliza a expressão "consórcios públicos" sob duas conotações distintas:[173] ora significando um tipo contratual, a exemplo do que se vê no art. 2º, § 1º, inciso II ou art. 5º), ora referindo à pessoa jurídica criada pelo contrato (p. e., art. 1º, §1º, art. 3º ou art. 6º).[174] Diante da ambiguidade de sentidos, a melhor maneira de extrair o significado da expressão "consórcio público" é levar em consideração o contexto, evitando-se interpretações equivocadas quanto à legislação.

A lei federal em comento, instituiu no ordenamento jurídico "as normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum", consoante se compreende do seu artigo introdutório. De início, ressalta-se que a expressão "contratarem" deve ser lida como sendo o "modo de formação, formalização e operacionalização a ser seguido pelos entes federativos

---

173 Carvalho Filho, analisando as definições descritas nos artigos 2º, inciso I, e 6º, do Decreto 6.017/07, obtém a mesma conclusão, ao dispor que "ambos os sentidos estão corretos: tanto pode considerar-se consórcios o contrato firmado entre entes federativos, quanto é lícito qualifica-los como a pessoa oriunda do ajuste". CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p. 29.

174 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo...,** p. 253-254.

quando celebrarem consórcios públicos entre si",[175] ou seja, o dispositivo refere-se às regras que nortearão todas as etapas do consorcioamento público, desde a criação até a sua extinção.

A primeira característica que se extrai do dispositivo refere-se à delimitação dos sujeitos que poderão contratar os consórcios públicos e, consequentemente, passarão a integrar e participar da sua estrutura. A escolha política foi antecipada pelo próprio art. 241 e reproduzida pela legislação infraconstitucional, conferindo-se exclusivamente aos entes federativos (entes políticos) a legitimidade para serem partes contratantes. Dessa forma, foram excluídos dessa modalidade contratual tanto os órgãos da administração direta, quanto as entidades pertencentes à Administração indireta.

A segunda característica que se retira do artigo consiste no estabelecimento da via contratual como meio de formalização dos consórcios públicos.[176] Sob essa concepção, a contratação dos consórcios se assemelha a estrutura das sociedades ou associações, na medida em que, da figura contratual, origina-se uma pessoa jurídica, trazendo elementos de objetividade para a nova relação jurídica estabelecida.[177]

Não há problema em relação à essa categorização sob a ótica da Teoria Geral dos Contratos, visto que os contratos não se caracterizam exclusivamente pela contraposição de interesses entre duas partes (bilateralidade): podem, também, assumir feição plurilateral, uma vez que os contratantes, mesmo nessa modalidade, continuam mantendo interesses contrapostos. Isto é, nos contratos plurilaterais, em que pese haja por parte dos contratantes um interesse comum a ser atingido, isso não representa a inexistência de interesses individuais entre os envolvidos, razão pela qual o acordo mantém sua natureza contratual.[178] Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, os "convênios e os consórcios correspondem aos contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns".[179]

Em conformidade com o que ocorre nas demais relações obrigacionais, ao se conferir natureza contratual à associação entre entes federativos, ficam estabelecidos os direitos e deveres para todas as partes envolvidas no acordo, o que tanto impede saídas voluntárias da relação sem que haja contrapartida a isso, com também garante maior

---

175 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 20.

176 O art. 3º, da legislação em estudo, novamente dispõe sobre a natureza contratual dos consórcios, ao estabelecer que o "consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções".

177 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo...**, p. 254.

178 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 125-144, p. 129.

179 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 635.

segurança jurídica ao pacto, permitindo-se gerir e dispor sobre objetos mais complexos. Em suma, o contrato de consórcio público "disciplina as relações entre todas as entidades federativas que dele participam, estipulando os direitos, as obrigações e os deveres que cada uma das partes terá para com o consórcio e para com as outras partes, visando a consecução de atividades de interesse comum".[180]

Noticia-se que a legislação em comento, ao expressamente assinalar a natureza jurídica dos consórcios como contratual, harmonizou-se "com as linhas contemporâneas de atuação administrativa, em que é ampliado o uso de figuras contratuais ou convencionais – seja entre a Administração Pública e os particulares, seja entre órgãos e entidades da Administração – para a consecução de objetivos de interesse comum entre as partes (parcerias em sentido amplo)".[181] Em que pese a natureza jurídica dos consórcios seja contratual, isso não significa, entretanto, que tais acordos se classifiquem ou possam ser assemelhados aos contratos administrativos.

A valer, os consórcios públicos distinguem-se dos tradicionais contratos administrativos (acordos regidos, em regra geral, pela Lei 8.666/93) na medida em que, nos termos supraditos, estabelecem-se como uma nova modalidade contratual. É, por isso, que a doutrina ainda não estabeleceu um consenso acerca da classificação imprimida aos consórcios, sendo que o único ponto comum encontrado consiste na manutenção dos consórcios como modalidade de negócio jurídico inserido na mesma categoria ou assemelhado aos convênios.

Nesse sentido, Carvalho Filho dispõe que, quando o conceito de convênio for interpretado em sentido mais amplo – isto é, visto como acordo celebrado por pessoas para alcançar o mesmo fim – os consórcios públicos se classificariam como convênios.[182] Resultado semelhante é obtido por Araújo e Magalhães, ao classificarem os consórcios como espécie de convênios e subespécie de contratos.[183] Divergente é a categorização proposta por Almeida. Ao estabelecer uma nova classificação para todas as modalidades contratuais em que a Administração participa e que haja a criação de uma nova situação jurídica, o autor classifica os consórcios públicos como sendo uma das espécies contratuais integrantes do

---

180 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 68

181 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 21.

182 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos...**, p. 28.

183 Os autores concluem que "os consórcios constituem espécie de convênio entre entidades políticas para as quais se exige um requisito específico (autorização legislativa) e se estabelece um efeito específico (constituição de pessoa jurídica). Tomando-se os contratos como gênero, seguem os convênios como espécie (contratos plurilaterais), e, como subespécie, os consórcios administrativos". ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios e consórcios...**, p. 135

módulo convencional de cooperação, sendo este modulo caracterizado pela atuação conjunta dos entes para o mesmo fim.[184]

Nos termos da lei 11.107/05, portanto, os consórcios públicos consistem no contrato plurilateral firmado entre os entes federados interessados em atingirem determinado objetivo comum. Por consistir em cooperação recíproca plurilateral, entende-se que o contrato pode ser subscrito por todos aqueles entes interessados em cooperarem e alcançarem o objetivo determinado,[185] desde que os requisitos estabelecidos pelo contrato sejam cumpridos e não haja impedimento legal.

Trata-se de outra característica importante aos consórcios públicos, em razão da inexistência de qualquer limitação legal específica concernente ao número de entes que podem integrar os consórcios públicos. As limitações decorrem de outros fatores, jurídicos ou não, a saber: restrições constitucionais, especialmente pela restrição de competências estabelecidas para cada ente pela Constituição; limitação material do consórcio, não sendo possível aumentar ou diminuir a estrutura sem que haja prejuízo na atividade exercida, a exemplo dos consórcios criados para produzirem energia elétrica a partir dos resíduos sólidos e de esgotamento sanitário; e limitações na estrutura – financeira, pessoal, operacional – do próprio consórcio, as quais impossibilitam o aumento de municípios sem que a execução do objeto seja prejudicada.

Por outro lado, o fato de o consórcio pressupor um acordo de vontades estabelecido entre entes federativos, significa dizer que a estruturação deles não ocorre compulsoriamente, mas a partir da escolha espontânea e autônoma de cada um dos entes.[186] Escolha essa de natureza política, na medida em que o ente federativo, após ponderar sobre a maneira pela qual promoverá as competências públicas que lhe são atribuídas,[187] exercerá a opção por integrar ou não o consórcio público.

---

184 O autor dividiu as contratações com a Administração em que há criação de uma nova situação jurídica em três módulos convencionais, sendo eles: Módulos convencionais de Cooperação; de Concessão; e os Instrumentais. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo...**, p. 240 - 260.

185 Carvalho Filho ressalta essa característica, ao descrever que "o ajuste de consórcio, a seu turno, é plurilateral, comportando tantos polos quantas sejam as pessoas consorciadas". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 28

186 JUSTEN FILHO, Marçal. Consórcios Públicos Municipais. *In*: **Gestão Pública e Direito Municipal**: Tendências e desafios. Gilmar Ferreira Mendes e Rafael Araripe Carneiro (Org.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121 - 144, p. 126.

187 Consoante afirmar Justen Filho, essa escolha política deverá "assegurar a solução mais satisfatória possível para os interesses coletivos e as necessidades comuns". JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 126.

Do mesmo modo que nenhum dos entes federados pode ser obrigado a se consorciar, eles também não podem ser forçados a permanecer consorciados.[188] Por se configurar uma relação contratual, no entanto, a saída voluntária de algum dos entes do consórcio público possui limitações. Destaca-se, dentre outras limitações, o dever de a retirada respeitar o procedimento contido no contrato instituidor daquele consórcio e a proibição de o ente se eximir e prejudicar as obrigações já estabelecidas – independente da natureza dessas –, as quais serão extintas somente com o pagamento prévio das indenizações devidas.[189] Dessa forma, respeitando-se as restrições supra e não configurando hipótese de extinção do próprio consórcio, poderá o ente federado voluntariamente retirar-se daquela estrutura.

Indo avante, deve-se analisar quais são as atividades que podem constituir o objeto de atuação dos consórcios públicos, visto que a constituição e a legislação regulamentadora não delimitaram quais seriam os objetivos de interesse comum a serem consorciados. Pelo contrário, a legislação, alicerçada sob o princípio da autonomia federativa, atribuiu aos entes a faculdade para escolherem os objetivos a serem geridos em conjunto, impondo como única restrição os limites estabelecidos pela Constituição. Cuida-se, em específico, do art. 2º, *caput*, da lei em análise, a qual dispõe que "os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais".

Embora a legislação federal não tenha se pronunciado especificamente sobre quais seriam as possíveis atividade a serem perseguidas pelos consórcios, o Decreto Regulamentador o fez nos incisos do seu artigo 3º.[190] Note-se, no entanto, que são ao menos

---

188 Em que pese não houvesse necessidade de haver previsão normativa sobre a questão, diante da natureza contratual e voluntária da avença, entendeu-se por trazer, no Decreto Regulamentador, previsão expressa acerca da retirada do ente federado do consórcio. Trata-se do art. 24, do Decreto 6.017/07, o qual prescreve que: "nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado".

189 Trata-se do conteúdo prescrito pelo §2º, art. 11, da Lei 11.107/05, *in verbis:* § 2º A retirada ou a extinção do consórcio público não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

190 O artigo 3º prescreve que serão admitidos, sem prejuízo de outras hipóteses, os sequentes objetivos: "I - a gestão associada de serviços públicos; II - a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados; III - o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal; IV - a produção de informações ou de estudos técnicos; V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres; VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente; VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas; VIII - o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados; IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum; X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o

três os motivos que revelam a natureza exemplificativa deste rol. Primeiro, porque não poderia, o decreto, o qual tem a função de regulamentar a norma, criar restrições sequer impostas pela Constituição e pela própria lei regulamentada. Segundo, porque a legislação, em que pese não indique precisamente quais atividades englobam o termo gestão associada, não somente deixa a cargo dos entes signatários a liberdade para escolherem quais atividades gerenciarão em conjunto, tal qual assinalado supra, como também disciplina que a gestão associada pode compreender o exercício das atividades de planejamento, regulação ou prestação.[191] Assim, ao se comparar as atividades elencadas no rol do art. 3º com todas as matérias constitucionalmente atribuídas aos entes federativos, constata-se que o rol enumerou número significativamente inferior às competências atribuídas constitucionalmente aos entes federativos: restringi-las, significaria violar tanto o texto legal quanto a própria constituição. Terceiro, porque o próprio *caput*, do artigo 3º em comento, expressamente admite *outras atividades* como objetivo dos consórcios, para além daquelas lá enumeradas.

De fato, as hipóteses descritas na referida listagem não são taxativas "e, na verdade, nem poderia sê-lo, visto que é praticamente impossível conceber todos os tipos de atividades para as quais os entes federativos possam consorcia-se".[192] Para Pedro Durão, não há dúvida alguma, de que o objeto dos consórcios "é variado como a ação dos serviços da Administração Pública para o cumprimento de suas finalidades e a satisfação concreta do fim específico de suas atividades e dos ajustes administrativos".[193] Dessa forma, caso os entes federativos pretendam se associar para a consecução de outras finalidades – a exemplo das atividades que integram o conceito da gestão associada de serviços públicos –, basta que as delimitações constitucionais sejam respeitadas para que se justifique o consorciamento interfederativo.

Pois bem, depreende-se da hermenêutica do texto normativo que os objetivos de interesse comum se relacionam diretamente com as competências constitucionalmente atribuídas aos entes que integrarão o Consórcio.[194] Anota-se, contudo, que as competências comuns disciplinadas pelo art. 23 da Constituição não se confundem com os possíveis objetos que integram o conceito interesse comum. Isto porque, o rol de atividades previsto naquele

---

disposto no art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.717, de 1998; XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário; XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, sócio-econômico local e regional; e XIII - o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação".

191 Sobre as atividades que englobam o conceito de gestão associada, ver explicação tecida com maior precisão na segunda parte do capítulo anterior.

192 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 53.

193 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Públicos...**, p. 135.

194 PROBST, Marcos Fey; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05....**, p. 170.

artigo não esgota todas as competências constitucionalmente atribuídas aos entes federados e, portanto, aptas a ensejar a atuação cooperada.[195] Isto demonstra a multiplicidade de objetivos passíveis de serem consorciados, bem como justifica a investidura dos atributos inerentes à titularidade do encargo pelo consórcio.

No entanto, há algumas restrições quanto à escolha do objetivo a ser alcançado. As atividades a serem consorciadas se restringem àquelas de natureza administrativa, não se estendendo às funções de natureza política, legislativa ou jurisdicional.[196] Medauar e Oliveira discorrem no mesmo sentido, ao lecionarem que "os objetivos dos consórcios cingem-se às atividades essencialmente administrativas e operacionais, daí por que, antes da edição da presente lei, os consórcios eram amplamente conhecidos pela expressão *consórcios administrativos*".[197]

E a justificativa para tanto é simples, contanto que é na Constituição que se assenta a organização do sistema federativo e a estrutura dos Poderes estatais, vedando-se qualquer tentativa de alteração dessas matérias.[198] A título exemplificativo, perceba-se que os entes políticos municipais, não poderiam associar-se para criarem uma Assembleia legislativa regional, a partir da delegação das atribuições políticas dos seus Poderes Legislativos para entidade supralocal. Por força desse limite funcional, o qual afronta diretamente o texto constitucional, torna-se irrealizável constituir consórcio público que tenha por pretensão a remodelagem da estrutura político-estatal.

Para além dessa restrição funcional, ainda há dois limites que devem ser obrigatoriamente observados quando da estipulação dos objetivos, sendo eles: a autonomia federativa e a repartição de competências. No que concerne à autonomia federativa, percebe-se que ela funciona como duas faces da mesma moeda: se, por um lado, ela justifica a amplitude dos objetos que podem vir a serem consorciados; por outro, no entanto, ela cria restrições, ao impedir que nenhuma das autonomias inerentes aos entes sejam restringidas.

O artigo 18, *caput*, da CF, conforme dissertado no capítulo primeiro, expressamente preconiza que todos os entes da federação são autônomos entre si, atribuindo-

---

195 Trata-se de advertência realizada por Medauar e Oliveira, os quais afirmam que "os objetivos de interesse comum podem ou não coincidirem com as competências constitucionais comum, visto que o primeiro compreende mais atividades do que o segundo". MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**,, p. 25.

196 JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 129.

197 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 35

198 Qualquer tentativa de alteração da estrutura federativa ou política dos entes federados seria flagrantemente inconstitucional. Não somente porque violaria o art. 18, *caput*, do texto constitucional e todos os demais dispositivos que versem sobre a organização político-administrativa estatal, mas também porque as matérias relativas à forma federativa de Estado e a separação dos Poderes são insuscetíveis de serem emendadas, nos termos previstos pelo art. 60, §4º, incisos I e III, da Constituição Federal.

lhes as autonomias política, organizacional, legislativa e administrativa, sendo justamente por isso que o objeto a ser consorciado jamais poderá, sob pena de violação constitucional, restringir quaisquer uma dessas autonomias. É dizer, "a formação dos consórcios públicos jamais poderá afetar ou ferir a autonomia dos entes federativos, em especial no campo das decisões precipuamente políticas, como, por exemplo, relação entre os Poderes ou relações com organismos internacionais".[199]

Em observação a essa autonomia federativa, a própria lei dos consórcios permite ao ente federativo subscrever parcialmente o protocolo de intenções, ou seja, reserva-lhe o direito de ratificar a termo o protocolo de intenções com reserva.[200] Trata-se da ratificação parcial ou condicional e depende da aceitação pelos demais subscritores, uma vez que o ente não se sujeitará às obrigações e aos deveres não subscritos; contudo, por outro lado, ele também não receberá qualquer proveito resultante da parcela não ratificada do acordo. Esta faculdade evidencia a preocupação do legislador em manter e garantir a autonomia dos entes signatários, visto que, caso seja aceito por estes, permite-se a adesão parcial – ratificação com reserva – do protocolo de intenções.

Já no que tange à repartição de competências, ressalta-se que, ao escolher o objeto de atuação do futuro consórcio, os entes contratantes deverão obrigatoriamente considerar a delimitação de competências materiais estabelecidas pela Constituição. Noutros termos, "os objetivos dos consórcios públicos devem estar adstritos às competências constitucionais dos entes federativos que os integram".[201] Dessa forma, municípios que pretendem consorciarem-se entre si, não poderão instituir como finalidade do consórcio interlocal matéria que seja de competência administrativa exclusiva da União ou do Estado, sob pena de usurpação de competência federativa e, consequentemente, afrontamento direto à Constituição.

Caso as finalidades determinadas pelos entes não respeitem os limites constitucionais supramencionados, o objeto do contrato de consórcio será inconstitucional. Por isso, no momento da escolha da atividade a ser consorciada, torna-se necessário respeitar, não somente a autonomia dos entes federativos, sendo vedado restringi-la ou extirpá-la, como também a delimitação das competências materiais organizadas pela Constituição.

Observados tais limites, o objeto poderá recair sobre quaisquer atividades que sejam de competência dos entes consorciastes. Inclusive, poderá haver pluralidade de objetos

---

199 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 34.

200 Trata-se do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei 11.107/05, o qual dispõe que: "§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional".

201 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 35.

consorciativos, visto que a atuação dos consórcios não se limita a uma ou outra finalidade isolada: o consórcio poderá ser responsável pela consecução de uma diversidade delas.[202] Esse posicionamento tem assento no próprio texto legal, o qual se utiliza da expressão "objetivos" no plural, nos termos do art. 2º acima transcrito. Para não haver quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de se constituir consórcio com um ou mais objetivos, o diploma regulamentador, no art 3º, §1º, expressamente consigna que "os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles".[203]

Entretanto, ressalta-se que as atividades deverão ser determinadas e específicas, não havendo fundamento jurídico que permita a constituição de consórcios públicos absolutos.[204] Isto porque, configurar-se-ia "inconstitucional um consórcio amplo e ilimitado, que resultasse na supressão a estrutura federativa do Estado".[205] Nesse influxo, os fins para quais o consórcio será constituído, seja ele de objetivo singular ou plúrimo, deverão ser expressamente assinalados no ato constitutivo de contratação.

Ademais, as atividades deverão possuir correspondência entre si, uma vez que o consórcio dificilmente alcançará os objetivos pretendidos – isto é, resultados que sejam mais eficientes se comparados com a execução individual da atividade consorciada – caso ele seja estruturado para exercer duas ou mais funções que sejam totalmente díspares entre si.[206] Embora não haja qualquer proibição legal neste ponto, deve-se compreender que a contratação de consórcio tem por assento a consecução de interesses que, até então, ou não eram promovidos ou eram precariamente ofertados.[207]

---

202 Diante da quantidade de objetivos a serem promovidos, Medauar e Oliveira lecionam que os consórcios podem ser classificados como de objetivo uno ou de objetivo múltiplos. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 30. Carvalho Filho também discorre acerca da possibilidade de se instituírem um ou mais objetivos específicos para os consórcios. Este autor, no entanto, prefere utilizar a terminologia "consórcio de objetivo singular" ou "consórcio de objetivo plúrimo" para classificar os consórcios interfederativos criados, respectivamente, para a consecução de uma única finalidade ou mais de uma. CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p. 52

203 Destaca-se que, em todas as oportunidades nas quais o decreto versa sobre os objetivos a serem consorciados, ele utiliza o referido termo no plural, o que corrobora com a conclusão aqui esboçada.

204 Utiliza-se a expressão absoluto "para indicar uma associação equivalente a uma fusão entre os consorciados". JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 125.

205 JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 125.

206 Observe que é totalmente diferente a existência de consórcio que possua um objeto específico (ex: abastecimento de água potável) ou vários objetivos correlatos (abastecimento de água potável, coleta de esgoto sanitário e drenagem e manejo de água pluviais urbanas); da existência de consórcios com objetos díspares, possuindo como objetivo, além do abastecimento de água, a compra e distribuição de medicamentos.

207 Justen Filho esclarece que o consórcio público destina-se não apenas aos casos em que é impossível a satisfação da necessidade mediante a atuação isolada do ente federativo. Também se admite o consórcio público para os casos em que a atuação conjugada propicia resultados mais eficientes e vantajosos". JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 120.

Nesse contexto, para que o consórcio promova com maior eficiência o objeto para o qual foi idealizado, ela deverá especializar-se em suas atividades, a serem realizadas através do desenvolvimento e aperfeiçoando de *know-how* específico, em especial, pela profissionalização técnica dos funcionários e dos conselheiros, além da otimização dos recursos. Sendo assim, mostra-se de difícil operacionalização, ainda que não haja proibição expressa, a estruturação de entidade que seja responsável por promover duas atividades distintas.

Considerando que a escolha do objetivo a ser consorciado vincula-se inerentemente às atribuições conferidas a cada um dos entes federados, deve-se também esclarecer quais são os limites territoriais de atuação dos consórcios. É perguntar-se: qual área territorial estará sujeita à atuação do consórcio público? Por força da clara dicção conferida à matéria pela legislação ordinária, não há maiores dificuldades em estabelecer os limites territoriais. No entanto, essa questão merece atenção pelo fato de se tratar de cláusula que obrigatoriamente integrará o protocolo de intenções.[208]

Em regra geral, mas não absoluta, a área de atuação dos consórcios abrange o somatório do limite territorial daqueles entes que integram o consórcio. Dessa forma, os incisos do, art. 4º, §1º, estabelecem que a extensão de atuação abrangerá a área dos Municípios, quando o consórcio for formado exclusivamente por municípios ou por estes e o Estado que os contém; envolverá o território dos Municípios e do Distrito Federal, quando o for estabelecida atuação conjunta entre esses entes; e abarcará a área dos Estados integrantes, quando o consórcio for formado por mais de um Estado membro ou entre esses e o Distrito Federal. Deve-se ressalvar que a extensão da área de atuação, conforme acima descrito, independe de figurar a União como ente consorciante.[209] Assim, o fato de a União integrar determinado consórcio não significa que a área de atuação abrangerá o país inteiro, ficando limitada à extensão territorial referente aos demais entes federativos participantes.

A Lei 11.107/05 também estabeleceu o procedimento para contratação de consórcios públicos,[210] os quais somente serão celebrados após a subscrição do protocolo de

---

208 O art. 4º, da Lei 11.107/05, ao elencar as cláusulas que obrigatoriamente deverão integrar o contrato de consórcio público, elege, no inciso III, como necessária a "indicação da área de atuação do consórcio".

209 Cuida-se do conteúdo previsto pelo art. 4º, §1º, o qual prescreve que: "[...] considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios".

210 Carvalho Filho esclarece que a constituição de consórcios pressupõe três etapas: em primeiro lugar, os interessados em participar devem firmar negócio jurídico preliminar, denominado ***protocolo de intenções***; firmado tal ajuste, celebram os interessados o ***contrato de consórcio público***; em consequência deste, diligenciam no sentido da constituição de ***pessoa jurídica***". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 71.

intenções.[211] Isto é, a contratação do consórcio público não se opera de pronto, mas pressupõe, como etapa antecedente a sua formação, a prévia negociação entre os entes federados a qual se materializará no documento denominado protocolo de intenções. Embora os referidos instrumentos compartilhem de conteúdo material muito semelhante, justificando a análise conjunta deles, deve-se frisar que se tratam de modelos contratuais distintos, em virtude de peculiaridades inerentes a cada um deles.

Em que pese a legislação não confira ao protocolo de intenções uma definição clara acerca do seu significado, pode-se conceituá-lo com o "negócio jurídico com caráter de ajuste, no qual as partes ou os interessados, mediante forma expressa, formalizam o seu desiderato de celebrar o acordo principal".[212] No âmbito do direito público e da gestão associada dos serviços, pode-se afirmar que é através do protocolo de intenções que os entes federativos assinalam a intenção de cooperarem e associarem entre si, "em vista da consecução de objetivos de interesse comum, visando a futura celebração de um contrato de consórcio público".[213]

Dessa forma, pode-se dizer que o protocolo de intenções é o meio pelo qual os entes federados preliminarmente demonstram,[214] em documento próprio e inegável caráter cooperativo, a intenção de formalizarem o contrato de consórcio administrativo. Extrai-se, dessa conceituação, duas das características centrais dos protocolos de intenções, a saber: possui natureza de acordo plurilateral, na medida em que não há limite numérico estabelecido pela legislação quanto ao número de participantes do consórcio; consiste no assentimento prévio (etapa preliminar, em que se expõe a intenção de realizar algo) à ratificação do contrato de consórcio,[215] indicando-se à sociedade acerca da possibilidade de o ente federativo participar do consórcio que se formará num futuro próximo.[216]

---

211 Para facilitar a interpretação dos dispositivos sequentes, o termo "consórcio público" deverá ser interpretado, no primeiro caso, como sendo a entidade a ser formada a partir da celebração do contrato de consórcio e, no segundo, como o próprio contrato. Assim, reza o art. 3º: "o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções". Na regulamentação, o art. 4º dispõe: "a constituição de consórcio público dependerá da prévia celebração de protocolo de intenções subscrito pelos representantes legais dos entes da Federação interessados".

212 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 72.

213 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p.46.

214 Killdare Gusmão Chaves enfatiza o caráter antecedente do protocolo de intenções, ao defini-lo como sendo o "instrumento jurídico preliminar à formação, configurando a materialização da vontade dos entes federativos em celebrar o consórcio". CHAVES, Killdare Gusmão. Os consórcios públicos como instrumento de intervenção dos municípios no domínio econômico. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, p. 39-62, out - dez, 2012. p. 10.

215 O inciso II, art. 2º, do Decreto, assenta este entendimento, ao conceituar o protocolo de intenções como o contrato preliminar que, ratificado pelos entes da Federação interessados, converte-se em contrato de consórcio público.

216 Para conferir efetividade à publicação, o art. 4, 5º, da Lei 11.107/05 determina que o "protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial"

Para além disso, o protocolo inaugural também tem por função definir "as condições que nortearão a avença definitiva",[217] devendo nele ser inseridas as cláusulas imprescindíveis à constituição do contrato. Noutros termos, é o protocolo de intenções que comportará as regras que deverão ser observadas por todas aquelas partes que tenham pretensão de participar da futura avença, até porque, várias delas serão replicadas no próprio contrato. O protocolo de intenção, na forma prevista na Lei 11.107/05, seguramente espelha esse arranjo, na medida que submete à validade do contrato principal à inserção, na avença preliminar, das principais cláusulas que o integrarão.

Com efeito, sob o enfoque de uniformizar e parametrizar a criação de consórcios públicos, a Lei em comento elencou, ao longo do art. 4º, um extenso rol de elementos que minimamente deverão ser incluídos em todos os protocolos de intenções a serem avençados.[218] Nesse contexto, configuram-se como cláusulas necessárias, desde as mais simples, a exemplo da definição da finalidade, prazo e indicação dos entes signatários, passando por cláusulas de gestão corporativa e de organização do quadro de funcionários, alcançando as mais complexas, como as condições para que o consórcio autorize a gestão associada, com a definição dos critérios para cálculo do valor das tarifas ou taxas.[219]

Considerando que objeto envolvido no contrato de consórcio representa "uma modalidade de cooperação estável e permanente, com a delegação de poderes a um sujeito jurídico autônomo",[220] o extenso rol de condições se justifica pelo fato de que ele deverá ser submetido aos Poderes Legislativos para discussão e validação.[221] Exatamente por isso é que o acordo prévio, a ser autorizado pela edição de lei específica editada pelo Poder Legislativo

---

217 JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 134

218 O mencionado artigo deverá ser interpretado com o seu correspondente dispositivo no Regulamento. Trata-se do art. 5º o qual, além de pormenorizar o enunciado dos incisos, acrescenta no ordenamento ao dispor que os elementos listados na legislação funcionam como piso-mínimo, sendo que a não inclusão dessas cláusulas poderá ensejar a nulidade do contrato.

219 As cláusulas obrigatórias mencionadas, sem prejuízo de outras, são encontradas nos sequentes incisos do art. 4º, *in verbis:* "Art. 4º [...]: I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio; II – a identificação dos entes da Federação consorciados; VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público; VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações; VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado; IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos [...]; XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão".

220 JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 134

221 O procedimento para celebração do contrato de consórcio encontra-se estabelecido no art. 5º e parágrafos da Lei em estudo. Forte no *caput* do referido dispositivo, retira-se que "o contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções". Excepcionalmente (§4º, do mesmo artigo), dispensa-se essa ratificação caso já se tenha disciplina, por lei aditada anteriormente à subscrição do protocolo de intenções, a participação do ente no consórcio público.

correlato, deverá prever minuciosamente todas as principais cláusulas (definição do objeto, estrutura de governança, autorizações de deleções, etc) que nortearão a atuação do consórcio público. Até porque, a não inserção delas no protocolo inaugural poderá ensejar tanto a nulidade do instrumento,[222] como também a sujeição do gestor público em ato de improbidade administrativa, quando a finalidade do consórcio consistir na gestão conjunta da prestação de serviço público.[223]

Interessante notar que, por se tratar de um acordo prévio, a edição do protocolo dependerá de intensa negociação política, sucedendo a "vários tramites informais, implicando prévias conversações, negociações, permutas, conciliação e compatibilização de interesses e busca de consenso entre os futuros membros do consórcio".[224] Depreende-se que, a escolha por submeter determinada atividade pública à responsabilidade de consórcio interfederativo não somente inicia com uma escolha política, como também depende dela para que todos os futuros participantes cheguem a um acordo. Entretanto, excepciona-se essa hipótese quando já existe um consórcio devidamente formado – e, consequentemente, com todos os seus instrumentos contratuais já definidos – e um novo ente venha a se consorciar. Nesses casos, a inclusão de novo membro será feita por adesão às cláusulas já avençadas, havendo pouco espaço para negociação.

Com nitidez, percebe-se que há um vínculo entre o Protocolo de Intenções e o Contrato de Consórcio, caracterizado pela identidade do conteúdo que integra os referidos instrumentos.[225] E isto porque a lei 11.107/05, ao detalhar o conteúdo das cláusulas que devem integrar o protocolo de intenções, contemplando todos os principais aspectos necessários à constituição do consórcio, não abre margem para disposições substanciais em contrário, fazendo com que o conteúdo dos documentos seja idêntico.[226]

---

222 De acordo com Carvalho Filho, a inexistência de uma das cláusulas não acarreta, de imediato, a nulidade do protocolo. Para ele, deverá ser considerado o princípio da economia procedimental, sendo nulos apenas os vícios de natureza gravíssima ou incontornáveis. Sendo contornável, o vício poderá ser sanado com a sua inclusão a partir da edição de termo aditivo complementar. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 73.

223 O artigo 18, da Lei dos Consórcios, inseriu na lei de Improbidade Administrativa duas novas hipóteses que se enquadram como atos que geram lesão ao erário. Dentre estas hipóteses, destaca-se aquela prevista no inciso XIV, a qual dispõe que: "celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei".

224 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p.47.

225 Killdare Gusmão Chaves alcança mesma conclusão. Ao comentar sobre o momento da celebração do Contrato de Consórcio, o autor aduz que "o texto de tal contrato deverá, rigorosamente, obedecer ao texto da fase de pré-contratação, havendo, na verdade, apenas a alteração da nomenclatura do documento, passando de protocolo de intenções para contrato de consórcio". CHAVES, Killdare Gusmão. **Os consórcios públicos...,** p. 10.

226 Gustavo Gomes Machado e Caroline Bastos Dantas após afirmarem que "o texto do Contrato de Consórcio será rigorosamente fiel ao texto firmado na fase pré-contratação, cambiando-se, exclusivamente, o nome do documento para Contrato de Consórcios", fazem tecem uma ressalva, referente à ratificação parcial: "se

Acrescenta-se, ainda, que tais cláusulas foram estabelecidas após um complexo processo de negociação e de ratificação pelos respectivos Legislativos, do qual sua alteração dependeria tanto da retomada do processo de negociação entre os entes, como também da aprovação das alterações novamente pelo Legislativo. Tratam-se de situações que, indubitavelmente, são sensíveis ao contexto político momentâneo e, ao haver alteração da configuração política inicial, podem sofrer mudanças significativas de entendimento.

Indo afrente, acrescenta-se que a lei em comento inseriu duas outras modalidades contratuais que auxiliam na operacionalização dos consórcios. Tratam-se dos instrumentos denominados contrato de rateio e contrato de programa, os quais devem ser ajustados para estabelecer objetivos específicos inerentes aos contratos de consórcio e, por isso, possuem características que os distinguem daqueles.

Por expressa vedação legal, o contrato de consórcio não pode conter cláusulas orçamentário-financeiras que versem sobre o financiamento da pessoa jurídica do consórcio pelos entes que a integram, sendo nulo qualquer dispositivo que preveja a transferência de recursos destes para aquele.[227] Formatou-se, diante da importância da matéria, o entendimento de que questões atinentes à transferência de encargos financeiros aos consórcios precisariam estar disciplinadas em instrumento negocial distinto das demais obrigações inerentes ao contrato de consórcio. [228]

Para tanto, o legislador criou a figura do contrato de rateio, constituído como o instrumento "por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público".[229] Por consistir numa nova modalidade contratual, ele possui características próprias, diferenciando-o do contrato de

---

houver reservar, e estas forem aceitas, deve a redação do Contrato de Consórcio explicitar que cláusulas foram reservadas e para que entes federados não são vigentes". DANTAS, Caroline Bastos; MACHADO, Gustavo Gomes. Constituição de consórcios públicos e implicações da Lei nº 11.107/2005 nas associações intermunicipais anteriores. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 165-192, p. 183.

227 O art. 4º, §3º, da lei em comento, expressamente prescreve que "é nula a cláusula do contrato de consórcio que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público". O mesmo dispositivo insere 3 exceções à regra geral, as quais poderão ser disciplinadas no Contrato do Consórcio, são elas: "a doação; a destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis; e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos".

228 Discorrendo sobre a finalidade pretendida com a separação das obrigações financeiras em contrato específico, Medauar e Oliveira afirmam que, certamente, se trata de incentivo ao planejamento e à programação aos entes que pretendem consorciar-se. Acrescentam que "tal fato acaba provocando o fortalecimento dos vínculos entre as partes consorciadas, além de criar um ambiente de segurança jurídica para todos aqueles que futuramente terão relações com o consórcio". MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 83.

229 Consoante definição exposta pelo art. 2º, VII, do Regulamento 6.017/07.

consórcio,[230] sendo duas as principais diferenciações, a saber: a primeira delas alude-se aos sujeitos contratantes e a segunda refere-se à natureza acessória.

Diferentemente da pluralidade de partes contraentes para a formação do consórcio, o contrato de rateio se caracteriza pelo fato de cada ente federativo firmar, individualmente, o contrato com a pessoa jurídica do consórcio. Configura-se, portanto, uma relação de bilateralidade tradicional, na qual cada ente consorciado se compromete a repassar periodicamente valores econômicos ao consórcio; em contrapartida, este entregará àquele os resultados obtidos com a promoção das finalidades para as quais foi formado. Por consequência da natureza bilateral, compreende-se que devem existir "tantos contratos de rateio quantos forem os entes consorciados, cada qual prevendo as responsabilidades financeiras de cada um".[231]

A segunda característica depreende-se da primeira e refere-se à dependência do contrato de rateio ao contrato de consórcio, sendo o primeiro necessariamente vinculado ao segundo. Conforme supramencionado, o contrato de rateio é o pacto efetuado entre o ente consorciado para com a pessoa do consórcio público, sendo assim, este instrumento somente poderá ser editado se preexistente o consórcio público. Conforme leciona Carvalho Filho, ao contrato de rateio não pode ser imputado grau de autonomia, porquanto ele só tem expressão real quando atrelado ao contrato de consórcio público.[232]

A legislação ainda vincula uma série de obrigações às quais devem ser respeitadas pelos entes administrativos em face do contrato de rateio. Dentre elas, ressalta-se a necessidade de o contrato ser formalizado em cada exercício financeiro e possuir prazo de vigência limitado ao das dotações orçamentárias, salvo quando os programas e ações estiverem contemplados no plano plurianual ou a gestão associada de serviço público for custeada exclusivamente por tarifas ou outros preços públicos.[233] Ainda, destaca-se a possibilidade de o ente federativo ser suspenso ou, até mesmo, excluído do consórcio quando

---

230 O regramento disciplinante do contrato de rateio está previsto no art. 8º e parágrafos, da Lei 11.107/05, bem como nos artigos 13 a 17, do Decreto regulamentador 6.017/07.

231 TEIXEIRA, Ana Caroina Wanderley. As novas figuras contratuais nos consórcios públicos. *In:* PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-164, p. 156.

232 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 104.

233 No caso de ser o consórcio público instituído para a finalidade regulatória, entende-se que, a depender da quantidade inicial de entes consortes, a receita deles poderá ser constituída exclusivamente pela taxa de regulação, independendo da transferência de recursos dos entes participantes do consórcio.

"não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio do contrato de rateio".[234]

Outra modalidade contratual inserida pela Lei 11.107/05 é o contrato de programa, o qual consiste no "instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa".[235] Utilizando por fundamento o art. 13, da lei em estudo,[236] Carvalho Filho propõe uma conceituação mais ampla ao contrato de programa, definindo-o como o "ajuste mediante o qual são constituídas e reguladas as obrigações dos contratantes decorrentes do processo de gestão associada, quando dirigida à prestação de serviços públicos ou à transferência de encargos, serviços e pessoal, ou de bens necessário ao prosseguimento regular dos serviços transferidos".[237] Retiram-se dessas definições supra dois dos principais elementos que caracterizam essa modalidade contratual, quais sejam: os sujeitos habilitados a serem partes contratantes e a especificidade do objeto.

Quanto aos sujeitos, o contrato de programa possui um leque peculiar de legitimados, podendo ser celebrado em diversos formatos, sendo eles: entre dois entes da federação; entre um ente da federação para com um consórcio público; ou entre uma entidade integrante da administração indireta para com outro ente federativo ou consórcio público. Cuida-se, portanto, de contrato bilateral, formalizado entre os sujeitos acima indiciados. Perceba-se que o contrato de programa, embora esteja disciplinado pela Lei dos 11.107/05, não é vinculado necessariamente aos consórcios públicos, tal qual como ocorre com o contrato de rateio, podendo ser formalizado independentemente da participação deles.[238] Para que o contrato seja celebrado, faz-se necessário que haja a avença apenas entre dois dos legitimados, os quais não necessariamente serão consórcios públicos.[239]

---

234 A importância deste dispositivo (art. 8º, §5º, Lei 11.107/05) é significativa. Isto porque, nos termos previsto pelo artigo 18 da referida Lei, o gestor público poderá incorrer em ato de improbidade administrativa, por ato de lesão ao erário, caso não consigne na lei orçamentária as verbas referentes ao contrato de rateio.

235 Definição prescrita pelo art. 2º, XVI, do Decreto 6.017/07.

236 As regras norteadoras do contrato de programa estão disciplinadas no art. 13 e seus parágrafos, da Lei 11.107/05, e art. 30º e ss. do correspondente decreto. O referido art. 13, *caput*, inova no ordenamento ao dispor que "deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos".

237 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos...**, p. 138.

238 JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...,** p. 141

239 No Estado do Paraná é comum este tipo de ajuste na área de saneamento básico. A Sanepar, sociedade de economia mista estatal, presta os serviços de saneamento em praticamente todos os municípios paranaenses. Por pertencer ao quadro da administração indireta do Estado, ela formata diretamente com os entes municipais a prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário, o qual é formalizado por meio de contratos de programa.

A segunda característica inerente aos contratos de programa cinge-se ao objeto a ser avençado. O negócio jurídico integrante dessa modalidade contratual deverá versar, exclusivamente, sobre a parcela da gestão associada referente à prestação de serviços públicos ou em razão da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços, conforme previsto pelo *caput*, do art. 13, supratranscrito. Nesse cenário, anote-se que a celebração do contrato de programa é medida que condiciona a validade das ações cooperadas para a prestação de serviços públicos, constituindo, até mesmo, ato de improbidade administrativa a não celebração desse diploma específico.[240] Em contraponto a esse rigor técnico intrínseco ao contrato de programa, a lei dos consórcios alterou a 8.666/93 para incluir como uma das hipóteses de dispensa de licitação a formalização contrato de programa.[241]

Ademais, se é certo que o contrato de programa serve tão somente para disciplinar o objeto mencionado, é igualmente correto que a existência de cláusula que atribua ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização (demais atividades inerentes à gestão associada) também seja nula.[242] A despeito de haver previsão normativa expressa, tal conclusão decorreria de uma dedução lógica do sistema, uma vez que a função regulatória – normatização e fiscalização –, diverge da atividade prestacional, com ela não se confundindo.

Pois bem, sendo nulo o dispositivo do contrato de programa que delegue a atividade de regulação à outra parte contratante, não se faz necessário verticalizar nas demais características desse instrumento contratual. Isto porque, o objeto do presente trabalho alude-se justamente na delegação da atividade regulatória à consórcio intermunicipal, ou seja, pretende-se verificar a possibilidade e as consequências de se constituírem consórcios interfederativos locais para o fim do exercício conjunto da atividade regulatória.

No presente tópico, verificaram-se os elementos essenciais à celebração do contrato de consórcio, apontando para tanto as características e os requisitos inerentes a essa modalidade contratual. De igual forma, foram apresentados os principais atributos dos outros

---

240 Conforme já assinalado, a lei dos consórcios alterou a lei improbidade administrativa para incluir como hipótese de ato que gera lesão ao erário a não celebração do contrato de programa quando a gestão associada tenha por objeto a prestação de serviço públicos.

241 O art. 24, da Lei 8.666/93, passou a contar com o inciso XXVI, o qual estabelece que é dispensável a licitação: "na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação"

242 Trata-se de proibição expressa no §3º, do art. 13, o qual dispõe ser "nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados".

três instrumentos negociais inseridos no ordenamento pela Lei 11.107/05. Tais análises centraram-se sob a perspectiva contratual dos consórcios públicos, deixando-se para o item sequente a análise da pessoa jurídica criada com a celebração do contrato de consórcio.

2.2 Personificação dos consórcios públicos: diferenças essenciais quanto à estruturação das agências reguladoras intermunicipais

No item antecedente, abordou-se o aspecto contratual do consórcio público, o qual exige para formalizar-se uma série de negociações prévias. Tais negociações serão registradas no protocolo de intenções com a posterior ratificação deste por legislação editada individualmente pelos entes contratantes. Para além disso, verificou-se que nem todos os assuntos podem ser disciplinados via do protocolo de intenções ou pelo contrato de consórcio propriamente dito, razão pela qual a legislação estabeleceu duas outras modalidades contratuais, sendo elas o contrato de rateio, atinente às relações econômico-financeiras entre o ente e o consórcio, e o contrato de programa, para disciplinar a prestação conjugada do serviço público entre entes e entidades da Administração indireta.

No presente item, pretende-se analisar as características inerente aos consórcios sob a perspectiva da pessoa jurídica. Consoante explanado anteriormente, a Lei 11.107/05 confere à expressão consórcio público duas possibilidades de interpretação: como modalidade contratual, tal qual anteriormente analisada, ou em referência à pessoa jurídica criada pelo contrato. Esse segundo significado decorre do fato de a formalização do contrato de consórcio pressupor a criação de uma nova pessoa jurídica como requisito à concretização dos objetivos para os quais foi criado. Trata-se de outra característica importante introduzida com a Lei 11.107/05, a qual obriga a criação de um sujeito autônomo, detentor de direitos e incumbido de deveres, para materializar as atividades do consórcio.[243]

A escolha do legislador por conferir personalidade jurídica própria aos consórcios públicos, em contrário juízo ao que a doutrina majoritária pregava antes da promulgação da

[243] Nesse sentido, o art. 2º, I, do Decreto 6.017/07, não deixa margem para interpretação diversa acerca da criação de uma nova pessoa jurídica, ao definir o consórcio público como sendo "a 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".

lei 11.107/05,[244] justifica-se pelas diversas vantagens que decorrem da constituição de uma nova pessoa jurídica. Dentre elas, a segurança jurídica assenta-se como um dos principais benefícios,[245] na medida em que se "estabelece uma nítida caracterização legal dos consórcios públicos, como sujeitos de direito e obrigações".[246] Diante disso, Medauar e Oliveira asseveram que a personificação confere aos consórcios "mais ágil operacionalização de suas atividades, como também maior certeza e segurança jurídica para os consorciados e para os terceiros nas relações jurídicas com os consórcios públicos".[247]

Exatamente no sentido de evidenciar o aumento da segurança das relações contratuais com a nova pessoa jurídica é que caminha o entendimento de Ubaldo C. Balthazar e Marcos Fey Probst, ao afirmarem que "a formação de consórcios públicos, como pessoa jurídica de direitos e deveres, sintetiza o intuito desses entes em celebrarem uma relação firme e bem regrada em torno de determinado escopo de atuação, dentro de nicho de atribuições de cada ente da Federação".[248] Deve-se anotar que os benefícios da segurança jurídica advinda da personificação não se restringem ao relacionamento entre os consórcios públicos e os entes signatários, mas abrange também as relações instituídas entre aqueles para com outros terceiros. Estes terceiros podem ser outras entidades ou órgãos integrantes da estrutura da Administração Pública ou, até mesmo, pessoas de direito privado que venham a se relacionar com os consórcios.

Outro benefício inerente à independência da nova pessoa jurídica refere-se à versatilidade operacional e funcional desta, permitindo que o consórcio execute suas atividades com maior eficiência, independentemente de manifestações rotineiras ou envolvimento dos entes consorciados. Sobre a questão, Machado e Dantas destacam consequências jurídicas que decorrem desse formato, a saber: capacidades negocial e processual próprias à entidade criada, possibilitando que esta celebre contratos, adquira bens, realize concursos, figure como parte em processos administrativos e judiciais; inexistência de confusão entre a pessoa jurídica do consórcio com as pessoas jurídicas dos entes

---

244 Pedro Durão relembra que, antes do advento da Lei 11.107/05, "tanto o convênio quanto os consórcios não se constituíam em pessoas jurídicas". A doutrina, partindo desse pressuposto, desenhava uma série de características decorrente desta ausência de personalidade. Com o advento da referida lei e a atribuição obrigatória de personalidade jurídica aos consórcios, no entanto, tais características perderam o sentido de ser. Em contraponto, outras vieram à tona, a exemplo da maior eficiência organizacional e a garantia jurídica das ações consorciais. DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Públicos...** p. 179-180.

245 No capítulo antecedente, ficou demonstrado que, com a edição Lei 11.107/05, houve uma elevação de complexidade dos objetos consorciados, bem como da quantidade desses. E um dos motivos de permitiram esse, como dito, foi a segurança jurídica decorrente da edição da Lei.

246 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p 26.

247 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p 26.

248 PROBST, Marcos Fey. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05...**, p. 166.

consorciados, salvo se houver abuso da pessoa do consórcio; existência de patrimônio próprio do consórcio, distinguindo dos entes que o constituíram; existência de obrigações recíprocas entre os entes constituidores para com o consórcio.[249]

Diante disso, percebe-se que a escolha do legislador em personificar os consórcios favoreceu o instituto dos consórcios. Primeiro, porquanto conferiu maior eficiência e eficácia na realização do objetivo para qual o Consórcio foi instituído; segundo, porque elevou a segurança jurídica nas relações, negocias e processuais, em que o consórcio figure como parte, mormente por atribuir à nova pessoa jurídica direitos e responsabilidades próprias, as quais não se confundem com a dos entes consorciados.[250]

Deve-se esclarecer que a escolha sobre a personalidade do consórcio compete aos entes federados e deve ser realizada na fase do Protocolo de Intenções.[251] Assim, dependendo de qual seja o objetivo a ser conjuntamente alcançado, o consórcio será constituído ou sob a personalidade jurídica de direito público ou de direito privado.[252] A formação da nova pessoa jurídica representa o efeito da contratação do consórcio, isto é, consiste no resultado daquele negócio jurídico.[253]

Nesse influxo, os consórcios públicos adquirem as respectivas personalidades jurídicas com a ratificação dos protocolos de intenções pelos entes signatários. Se o consórcio for constituído sob a natureza de associação pública, somente este passo é suficiente para concretizar o ato de personificação,[254] com a exceção dos casos em que leis autorizadoras precedentes já tiverem autorizado a participação dos entes, hipóteses em que a personalidade

---

249 DANTAS, Caroline Bastos; MACHADO, Gustavo Gomes. **Constituição de consórcios públicos...**, p. 185-186. No mesmo caminho, Justen Filho esclarece que a personalidade jurídica autônoma permite ao consórcio "praticar atos em nome próprio, ser titular de patrimônio específico e participar diretamente de relações jurídicas, inclusive promovendo licitações e contratações próprias". JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 137.

250 Os benefícios decorrentes da personificação dos consórcios justificam a escolha dessa modalidade contratual em detrimento da análise dos convênios, principalmente por que a personificação garante que atividades mais complexas sejam executadas pelos consórcios. Conforme se verá adiante, como pessoas jurídicas de natureza pública, os consórcios são autorizados a titularizar e exercerem atividades estritamente estatais, a exemplo da atividade regulatória.

251 Configura-se cláusula obrigatória do Protocolo de Intenção, nos termos prescritos pelo inciso IV, do art. 4º, da Lei dos consórcios. O referido dispositivo indica como obrigatória "a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos".

252 Justen Filho classifica os consórcios de acordo com a personalidade jurídica a eles conferidas, denominando-os de consórcio público-público e consórcio público-privado. JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 131.

253 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 29.

254 Trata-se do art. 6º, inciso II, o qual dispõe que "o consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções".

será adquirida com a publicação do Protocolo de Intenções.[255] No que tange à regra geral, a interpretação literal do dispositivo dá a entender que a criação da pessoa jurídica de direito público, em tese, ocorre em momentos distintos, isto é, a partir do momento em que cada ente ratificasse o protocolo de intenção.

Sucede-se que tal intepretação não é a mais adequada, na medida em que, por depender de ato do Poder Legislativo, a criação parcial do consórcio tanto poderia inviabilizar sua atuação, na hipótese em que um pequeno número de entes ratificasse o protocolo de intenções, sendo em quantidade insuficiente para garantir a operação do mesmo, como também violaria o princípio da unidade da pessoa jurídica.[256] A fim de mitigar esses riscos, Carvalho Filho entende que o próprio protocolo de intenções deverá indicar ou a quantidade de entes mínimos necessários para formar a pessoa jurídica ou quais as condições para tanto, a exemplo da participação específica de um dos contratantes.[257] Para o autor, na ausência de tal regramento no protocolo de intenções, o consórcio se constituirá após a ratificação de todos os participantes, ou seja, somente com a promulgação e início da vigência da última lei autorizadora.[258]

Quando o consórcio for revestido de personalidade jurídica privada, constituindo associação privada sem fins lucrativos, a personificação somente se completará, além da ratificação legal, no momento em que o estatuto for submetido ao registro de pessoas jurídicas, tal qual ocorre com as demais associações civis.[259] Pelo fato de a legislação exigir essa etapa procedimental extra, a problemática supra indicada não se verifica para os consórcios público privados, visto que o estatuto somente será arquivado no registro civil competente após os entes já terem ratificados o protocolo de intenções.

A afirmação de que o consórcio público de direito privado constitui uma associação privada sem fins lucrativos não está claramente disposta pela Lei, sendo que a

---

255 Esta exceção está prevista no art. 7º, §2º, do Decreto 6.017/07 ante a omissão da legislação correspondente. O referido dispositivo prescreve que "caso todos os subscritores do protocolo de intenções encontrem-se na situação prevista no § 7º do art. 6º deste Decreto" – isto é, quando o ente da Federação disciplinar por lei a sua participação no consórcio público antes de subscrever o protocolo de intenções – "o aperfeiçoamento do contrato de consórcio público e a aquisição da personalidade jurídica pela associação pública dependerão apenas da publicação do protocolo de intenções".

256 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 35.

257 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 35. No mesmo sentido, Medaur e Oliveira indicam que a interpretação mais adequada e coerente compreenderia que a personalidade jurídica seria adquirida com mediante a vigência de parcela das leis de ratificação. Para os autores, a autorização para criação parcial, bem como o número de ratificações suficientes devem estar previstas no protocolo de intenções, por força do §1º, do art. 5º, da Lei 11.107/05. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 75.

258 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 35-36.

259 A exceção encontra-se expressamente disciplinada no art. 7º, inciso I, do Decreto 6.017/07, o qual prescreve que "O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: II - de direito privado, mediante o atendimento do previsto no inciso I" – isto é, ratificação por lei própria do protocolo de intenções – "e, ainda, dos requisitos previstos na legislação civil".

única referência a essa categoria jurídica encontra-se prevista no art. 15, o qual dispõe que "no que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis". Em que pese o art. 15 tenha se referido às associações civis, a classificação dos consórcios públicos-privados nessa categoria precisou ser reforçada pela construção doutrinária.[260] Nesse sentido, Carvalho Filho, após tecer considerações sobre as categorias que abrangem as personalidades jurídica de direito privado,[261] conclui que "não há outra categoria de pessoa jurídica de direito privado em que possa alojar-se o consórcio público que não seja na de associações".[262]

Diversamente do que ocorre com os consórcios público-privados, o texto normativo é claro ao atribuir aos consórcios, quando constituídos sob a modalidade de associação pública, a personalidade jurídica de direito público. Isto porque o Código Civil, alterado a partir das modificações introduzidas pela própria Lei dos consórcios, passou a expressamente contemplar as associações públicas como pessoas jurídicas de direito público interno.[263]

Em verdade, sob o formato de associação pública e, portanto, personalidade jurídica de direito público, a legislação equiparou os consórcios públicos às autarquias,[264] conferindo-lhes natureza jurídica idêntica a destas entidades.[265] Defronte a essa equiparação de regime jurídico, a legislação também previu que os consórcios, quando constituídos sob a

---

260 Observe-se que o §1º do artigo introdutório, da Lei dos 11.107/05, simplesmente dispõe que "o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado". A legislação não estabelece, portanto, em qual das categorias existentes de pessoa jurídica de direito privado o consórcio com essa personalidade integrará.

261 O art. 44, do Código Civil, estabelece que "são pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada".

262 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 39. Igualmente, Medaur e Oliveira lecionam que "excluídas todas as formas privadas de organização jurídica, restaria a associação civil como sendo aquela mais consentânea às finalidades dos consórcios públicos". MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 52.

263 Trata-se do art. 16, da Lei em comento, o qual alterou o inciso art. 41, inciso IV, do Código Civil, disciplinando que são pessoas jurídica de direito público "as autarquias, inclusive as associações públicas". Do mesmo modo, o conceito de consórcio previsto no art. 2º, I, do Decreto regulamentador também é expresso ao definir às associações públicas personalidade jurídica de direito público.

264 Extrai-se essa conclusão do conceito proposto pelo Decreto 6.017/07 ao termo "consórcio público", ao defini-lo como sendo "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".

265 O arranjo jurídico estabelecido pela Lei 11.107/05 aos consórcios públicos-públicos, ao conferir-lhes personalidade pública e natureza jurídica autárquica, traz consequências específicas no que se concerne a amplitude da escolha do objeto do consórcio, como será demonstrado.

modalidade de associação pública, passarão a integrar à Administração Pública indireta de todos entes federativos contratantes.[266]

Em que pese a edição dessa regra tenha ensejado questionamentos doutrinários acerca de sua constitucionalidade,[267] corrobora-se com o entendimento de Maria Tereza Fonseca Dias, a qual afirma que a inclusão de uma nova entidade na estrutura organizacional da Administração não incorre em inconstitucionalidade ou ilegalidade, visto que "não há proibição constitucional para se criarem novas espécies de entidades da administração indireta, por lei infraconstitucional, sobretudo se se considerar a natureza autárquica das associações públicas [...]". [268] Independentemente do posicionamento acerca da constitucionalidade desse arranjo organizacional, deve-se esclarecer que a autora propõe que o consórcio público, por resultar do consorciamento entre entes autônomos, não deve integrar a estrutura de todas as Administrações indiretas, uma vez que consiste um "novo arranjo estrutural da administração pública brasileira, que necessita ser redesenhado na legislação pátria, [...]; no âmbito de uma administração pública policêntrica, constituída por autoridades administrativas independentes".[269]

Ademais, observe-se que, a despeito de a legislação ter versado exclusivamente sobre a inclusão das associações públicas na estrutura organizacional das Administrações públicas, a leitura restritiva do dispositivo legal não parece ser a mais adequada, consoante defende Carvalho Filho.[270] Para o autor, o fato de os consórcios serem representados por uma entidade detentora de personalidade jurídica própria, criado para o fim de executar atividades administrativas, faz com que eles "não podem ser inseridos senão no sistema da Administração Indireta, *seja qual for a natureza jurídica de que se revestem*".[271] Cuida-se de um raciocínio por exclusão, uma vez que, ao não ser legitimada integração do consórcio no sistema da Administração direta, à luz da estrutura administrativo-organizacional estabelecida

---

266 O art. 6º, §1º, da Lei dos consórcios, expressamente prescreve que "o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados".

267 Medaur e Oliveira defendem a inconstitucionalidade da inserção dos consórcios como entidade da Administração indireta. Para eles, tal situação não somente fere o federalismo, por caracterizar "um excessivo 'misturar-se' das entidades federativas", como também viola a autonomia dos entes, mormente a auto-organização e auto-administração. Além dessa análise constitucional, os autores revelam ser desnecessária tal inserção, uma vez que, bastando para o adequado funcionamento do consórcio a atribuição de personalidade jurídica de direito público. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 77-78.

268 FONSECA DIAS, Maria Tereza. Consórcios Públicos e organização administrativa, em face da Constituição da República de 1988. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 101.

269 FONSECA DIAS, MARIA Tereza. **Consórcios Públicos e organização...**, p. 111.

270 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 44-45.

271 CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 44.

pela Constituição, somente restaria espaço na Administração indireta para serem alocados os consórcios privados.

Com efeito, a Constituição de 1988 desenha a organização da Administração Pública em direta e indireta. Desse modo, a categorização de uma nova pessoa jurídica, criada pelos próprios entes federados, deverá compreender uma dessas duas categorias: ou será classificada como órgão da Administração Direta ou como entidade da Administração Indireta. E, diante dessa dualidade estabelecida pela Constituição, o posicionamento sustentado por Carvalho Filho, de que todos os consórcios públicos, independentemente da personalidade jurídica que os constituam, passam a integrar a estrutura indireta da Administração pública dos entes consorciados, mesmo que apenas formalmente.[272]

Acrescenta-se que a criação dos consórcios público-privados cumpre todos os requisitos exigidos pelo texto constitucional para caracterizá-los como entidades da Administração Indireta. Dentre esses requisitos, destacam-se os dois principais: a necessidade de a criação dos consórcios público-privados ser autorizada por leis específicas de todos os entes federativos signatários e por estarem submetidos, ainda que parcialmente, ao regime jurídico publicístico. Observe-se que, ao inserir os consórcios público-privados como entidades pertencentes à Administração Indireta, não se está realizando uma interpretação *contra legem*, mas sim uma interpretação em consonância com a estrutura organizacional delimitada pela Constituição de 1988.

Indo adiante, ressalta-se que independentemente da personalidade jurídica do consórcio, se de direito público ou privado, todos eles se submetem ao regime jurídico publicístico, diferenciando somente em relação à intensidade de aplicação deste.[273] Em relação aos consórcios públicos-públicos, não há maiores dúvidas quanto à submissão integral ao regime de direito público. A dúvida persiste em relação aos consórcios público-privados, visto que, embora possuam natureza privada, a sua formação não deixa de ser pública.

Frente a essa situação, a legislação imputou um regime híbrido de autuação aos consórcios com personalidade jurídica privada, delimitando em quais hipóteses essas

---

272 Consoante argumenta Dias, apesar de os consórcios integrarem à estrutura indireta das Administrações Públicas dos entes contratantes, eles não poderão ser submetidos "ao controle ou tutela da administração pública, nos moldes do descrito no Decreto-Lei nº 200/67, visto que seus mecanismos de constituição, funcionamento e controle estão descritos na Lei nº 11.107/2005". FONSECA DIAS, Maria Tereza. **Consórcios Públicos e organização...**, p. 104.

273 Quanto a isso, Justen Filho afirma que "ambas as modalidades de consórcio público subordinam-se ao regime de direito público, ainda que a intensidade seja diversa". JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 133.

entidades deverão se submeter ao regime publicístico.[274] Especificamente, o art. 6º, §2º, determina que tais consórcios deverão observar "as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT".[275] Somando-se essas situações específicas às disposições gerais referentes à formação, organização, funcionando estipuladas pela Lei 11.107/05, percebe-se que parcela significativa das ações dos consórcios privados deverão se submeter ao regime jurídico público. Inclusive, tal qual os consórcios de personalidade pública, os privados também se submetem, em relação à execução das receitas e despesas, às regras de Direito financeiro e à fiscalização pelos Tribunais de Constas competentes.[276]

Na prática, esse regime híbrido prejudica a dualidade de personalidades jurídicas prevista pela lei, uma vez que não delimitou regras próprias para que os consórcios constituídos sob a personalidade jurídica de direito privado desempenhem funções apropriadas a essa natureza.[277] Tal fato pode configurar prejuízos à atuação cooperada, visto que os consórcios privados, independentemente para qual objetivo foram constituídos, deverão exercer a quase totalidade de suas atribuições sob o regime jurídico público. Quanto a isso, corrobora-se com o apontamento deduzido por Probst e Balthazar, os quais defenderem que há relevância prática na existência de dois regimes distintos de atuação para a cooperação interfederativa, ao compará-los com as demais entidades da administração indireta. Para os autores, portanto, existe:

> importância de se estabelecer a cooperação entre os entes da Federação sob dois regimes distintos (público e privado), cada qual afeto às atividades a serem atribuídas ao consórcio público. Assim como se mostra importante para o Direito Administrativo a dicotomia entre as autarquias (regime público), de um lado; e de outro as fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (regime privado), da mesma forma mostra-se fundamental compreender-se a possibilidade de criação de nova pessoa jurídica pelo agrupamento (cooperação) de

---

274 Exatamente é essa conclusão proposta por Carvalho Filho, ao afirmar que "a despeito de revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio submete-se a um **regime hibrido** incidindo normas tanto de direito privado como de direito público". CARVALHO FILHO, **Consórcios Públicos**..., p 41.

275 O texto normativo é praticamente replicado pelo art. 7º, §1º, do correspondente Decreto, ao dispor que: "os consórcios públicos, ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito privado, observarão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, admissão de pessoal e à prestação de contas".

276 Cuida-se de previsão normativa expressa da Lei 11.107/05, preceituada pelo art. 9º, *caput*, conjugado com o correspondente parágrafo único.

277 Probst e Balthazar pontuam que o "equívoco do legislador não está em criar a figura do consórcio de direito privado, mas, sim, na inexistência de um regime jurídico próprio ao mesmo, isto é, regras distintas para a formação e operacionalização das diferentes modalidades de consórcios (de direito público e de direito privado)". PROBST, Marcos Fey; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05…**, p. 170.

> entes da Federação, ora sob o regime de direito público, ora sob o regime de direito privado.[278]

Ante a similaridade de regimes jurídicos proposto pela lei 11.107/05 independentemente da personalidade jurídica conferida ao consórcio, a característica que permite diferenciar os consórcios de personalidade de direito público daqueles de personalidade privada concentra-se no objeto para o qual eles foram constituídos. Nesse influxo, a escolha da personalidade jurídica do consórcio deve estar alinhada aos objetivos para os quais o consórcio foi estabelecido, isto porque não se mostra possível atribuir à entidade constituída sob a personalidade jurídica de direito privado atividade tipicamente estatal, mesmo que esta seja uma associação sem fins lucrativos. Fernando Borges Mânica ratifica esse posicionamento, ao asseverar que:

> a diferença entre um e outro modelo de consórcio público remonta ao regime jurídico incidente sobre a entidade, que deve ser compatível com a natureza das atividades por ela desenvolvidas. Nessa medida, a instituição de um consórcio de direito público deve ocorrer, necessariamente, nos casos em que este assuma a atribuições de interesse comum de seus integrantes, relacionadas ao exercício do poder de império do Estado.[279]

Diante disso, o conjunto de atividades possíveis de serem atribuídas aos consórcios público-privados mostra-se significativamente limitado, [280] restringindo-se às atividades prestacionais ou àquelas de cunho meramente administrativo – vedando-se, em qualquer uma delas, a lucratividade, por força do caráter associativo sem finalidade econômica que caracterizam as associações civis.[281] Isto porque, fora a deficiência de clareza do texto normativo e a divergência doutrinária concernente aos limites de atuação dos consórcios de direito privado,[282] também diminuem o âmbito de atuação destes a natureza essencialmente pública de parcela significativa das atividades a serem exercidas pelos

---

278 PROBST, Marcos Fey. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05...**, p. 169.

279 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. rev. atual. Curitiba: Associação dos Municípios do Paraná, 2017. p. 71.

280 Descrevendo sobre a matéria, Justen Filho destaca que o consórcio público privado "poderá receber competências prestacionais, mas não regulatórias ou de poder de polícia". JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos....**, p. 133.

281 Sob esse mesmo ângulo, Probst e Balthazar argumentam "que os consórcios de direito privado acabam por possuir um leque de atuação muito restrito, limitado às atividades administrativas sem fins econômicos (de obtenção de lucro) e que não exigem a adoção do regime publicista". PROBST, Marcos Fey. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05...**, p. 170. Para os autores, no entanto, essa limitação não diminui a importância da modelagem jurídica de natureza privada, porquanto existe uma série de atividades administrativas de grande relevância ao Poder Público, a exemplo do planejamento e desenvolvimento regional, escola de Governo e desenvolvimento de sistemas de tecnologia e informação voltados aos próprios entes consorciados. PROBST, Marcos Fey. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05...**, p. 172.

282 PROBST, Marcos Fey. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Dez anos da Lei 11.107/05...**, p. 170.

consórcios. Perante esse quadro normativo, veda-se a delegação da atividade regulatória ao consórcio público-privado, uma vez que as atividades de normatização e fiscalização caracterizadoras da regulação são atribuições estritamente estatais.

Noutra posição, encontram-se os consórcios com personalidade jurídica de direito público, os quais possuem legitimidade para exercerem todas as atividades administrativas estatais, inclusive àquelas decorrentes do poder de polícia administrativa,[283] tal qual a regulação (normatização, fiscalização e sanção) dos serviços públicos.[284] Nos termos já antecipadas, a execução das competências típicas de Estado não pode ser delegada às pessoas jurídicas de direito privado, mesmo quando elas integram a estrutura da Administração indireta.

Cuida-se do entendimento consolidado âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual já foi chamado, em mais de uma oportunidade, a se manifestar sobre a questão.[285] No *leading case* ADI nº 1.717, o Tribunal, ao interpretar conjuntamente os artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, chegou à conclusão acerca da "indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados".[286]

---

283 O poder de polícia (administração ordenadora) consiste num "conjunto de regulações sobre a atividade privada, desvinculadas ou complementares a relações especiais de sujeição (estatutárias ou contratuais), dotadas ou não de força coercitiva, conforme o caso, que erigem um *sistema de incentivos* voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídico predeterminados". BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 69.

284 Respondendo o questionamento sobre o alcance do poder de polícia, isto é, se ele poderia ser exercido sobre os serviços públicos prestados mediante delegação, Binenbojm conclui que parece ser claro haver "medida de ordenação econômica e social que conformam também os serviços públicos delegados. Tal se dá, v.g., quando uma agência reguladora pratica atos de disciplina normativa, fiscalização e sanção, previstos em lei, que incidem sobre as atividades das empresas privadas concessionárias ou permissionárias dos serviços". BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação...**, p.72.

285 Dentre os julgados que determinaram a inconstitucionalidade da delegação de atividade tipicamente estatal à entidade privada, destacam-se os sequentes: RE 113.035, rel. Min. Moreira Alves, 1º Turma, j. em 10.04.1987, DJe 15.05.1987; ADI 1.666, rel. Min. Carlos Veloso, Tribunal Pleno, j. em 16.06.1999, DJe 27.02.2004; ADI 1.717, rel. Min Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 07.11.2002, DJe 28.03.2003; e ADI 2310, rel Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. em 19.12.2000, DJ 01.02.2001. Deve-se mencionar que, em pouco tempo, a matéria deverá ser reanalisada pelo Tribunal. Trata-se do ARE nº 662.186, de relatoria do Ministro Luiz Fux, acometido por repercussão geral (Tema 0532), o qual encontra-se pendente de julgamento. O recurso tem por escopo verificar a possibilidade ou não de delegação do exercício do poder de polícia às pessoas jurídicas privadas para fins de aplicação de penalidades.

286 BRASIL Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.717/DF. Relator Min Sydney Sanches. **Pesquisa de Jurisprudência.** Julgado em 07, nov. 2002, publicado em 01 fev. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281717%2ENUME%2E+OU+1717%2EACMS%2E%29+%28%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORL%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORV%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORA%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y79227sa> Acesso em: 13 dez. 2018.

Em que pese o posicionamento do STF sofra crítica por parcela da doutrina especializada,[287] ainda assim se concorda com o posicionamento de que, "caso o consórcio dirija-se a finalidade públicas em sentido estrito, a exigir o manejo de potestades públicas, deverá ser constituído sob a forma de associação pública (...)".[288] Dito em outras palavras, compreende-se que as atribuições administrativas precipuamente estatais deverão ser exercidas, de modo exclusivo, pelos consórcios constituídos sob a personalidade jurídica de direito público.

Nesse cenário, nota-se a ampla quantidade de objetos autorizados pelo ordenamento a serem trespassados aos consórcios público públicos, os quais estarão habilitados a desempenhar, para além de atividades meramente burocráticas ou prestacionais, atribuições típicas de Estado. Nesse âmbito de atuação, os consórcios poderão realizar todas as competências inerentes à titularidade dos serviços públicos,[289] tal qual planejamento, regulação e, inclusive, figurarem como delegantes desses serviços, por meio da outorga de concessões concessão e permissão, à iniciativa privada.[290] Ademais, a legislação também prevê que, para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio de natureza pública poderá "mover desapropriações e instituir servidões", bem como "exercer atividades de arrecadação

---

287 Benenbojm, após averiguar os dispositivos constitucionais invocados pelo STF no julgamento da ADI nº 1.717 para justificar a inconstitucionalidade da delegação de atividade típica estatal à entidade privada, esclarece que "de tais disposições também não se extrai que a delegação seria vedada *tourt court, i. e.*, em todo e qualquer caso (...). É indevida a reprodução acrítica do seu teor e a aplicação mecânica de suas conclusões". Em sequência, o autor conclui que "não é possível extrair diretamente da Constituição um óbice peremptório ao exercício de funções de ordenação por particulares. Não há disposição expressa ou tácita nesse sentido. Tampouco é correto afirmar haver um permissivo constitucional amplo e incondicionado que autorize o Estado a se demitir da atividade de polícia, a ponto de se abster irresponsavelmente de interferir quando isso se mostrar necessário (v.g., quando estiverem em risco direitos fundamentais e os valores inerentes ao Estado democrático de direito)". BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação...**, p. 246-248. Nessa linha, encaixa-se o posicionamento de Flávio H. Unes Pereira ao analisar situações em que concessionárias de serviço exercem o poder de polícia. O autor assevera que, nesses casos, "há deslocamento do poder de fiscalização no tocante ao acometimento de irregularidade por parte do usuário, atrelado à prestação de serviço público. Trata-se de delegação contratual ou negocial, com base na lei. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção**: fundamentos e requisitos da delegação do exercício de poder de polícia administrativa a particulares. Fórum: Belo Horizonte. 2014, p. 92.

288 MOREIRA, Egon Bochmann. **Direito das concessões…**, p. 89.

289 Adverte-se que a possibilidade legal de o consórcio público-público realizar as competências inerente à titularidade dos serviços públicos (organização, regulação e prestação), não se confunde com a possibilidade de serem executadas duas ou mais dessas atribuições concomitantemente. Isto porque, conforme se verá adiante, a atividade regulatória é realizada de modo equidistante aos regulados, razão pela qual a entidade que regula o serviço não pode ser a mesma que o concede ou o executa, sob pena de restar prejudicada a atividade regulatória.

290 A legislação expressamente autoriza a hipótese de outorga de concessão dos serviços públicos pela pessoa jurídica do consórcio público quando assim previsto no contrato de consórcio. Trata-se do art. 2º, §3º, da Lei 11.107/05, o qual possibilita aos consórcios públicos outorgarem concessões, permissões ou autorizações de obras ou serviços públicos, bastando para isto a previsão de autorização no contrato de consórcios. Conteúdo normativo semelhante encontra-se disposto no artigo 20, incisos I e II, do Decreto 6017/07, os quais incluem como requisitos à outorga de concessão ou permissão a obediência à legislação de normas gerais em vigor e a autorização prevista no contrato de consórcio público.

de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos".[291]

Deve-se ressaltar que, para o efetivo exercício, não há a transferência da titularidade das competências públicas: há, entretanto, somente a descentralização destas dos entes consorciados à pessoa jurídica do consórcio de direito público. Ao unirem esforços para constituírem consórcios públicos que possuam por finalidade atribuição tipicamente estatal, os entes contratantes delegam à pessoa jurídica pública a competência para que este possa realizar as atribuições imprescindíveis a atingir o objetivo para o qual foi criado. Nessa esteira, Moreira assevera que não é o caso e, nem mesmo seria válido, falar em transferência da titularidade do serviço: o que ocorre é a "delegação por todos e cada um dos consorciados de parcela do plexo competencial hábil a qualificar a pessoa jurídica 'consórcio administrativo' como concedente do serviço que lhes seja comum (e assim permitir que o consórcio figure no polo ativo do contrato)".[292]

Diante do exposto, posiciona-se no sentido de que, para os fins pretendidos nesse trabalho – qual seja, estruturar consórcio intermunicipal para regular a prestação dos serviços públicos locais – a nova entidade deverá ser constituída sob personalidade jurídica de direito público, na forma de associação pública. Dessa forma, o consórcio não somente passará a integrar a estrutura da administração pública indireta de cada um dos entes signatários (natureza equiparada às autarquias), como também possuirá legitimidade para exercer os poderes normativos e fiscalizatórias, inclusive com a aplicação de sanções aos agentes regulados (poderes típicos estatais).

De mais a mais, a personalidade jurídica própria dos consórcios pressupõe uma estrutura mínima organizacional e de governança a fim de gerenciá-los. Dito de outra maneira, como pessoas jurídicas que são, "os consórcios públicos deverão apresentar-se como uma estrutura orgânica capaz de definir os órgãos internos e as respectivas competências, fatores indispensáveis para uma melhor execução dos objetivos que lhes são cometidos".[293] E, na mesma linha de pormenorização das demais temáticas, esta estrutura encontra-se disciplinada pela Lei 11.107/05, ainda que não adequadamente sistematizadas.

Com efeito, a referida legislação estabelece que as normas referentes à organização e ao funcionamento interno dos órgãos integrantes da estrutura do consórcio

---

291 Trata-se de conteúdo prescrito, respectivamente, pelo art. 2º, §§ 1º, I, e 2º, da Lei em análise.
292 MOREIRA, Egon Bochmann. **Direito das concessões…**, p. 84.
293 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos...**, p. 45.

deverão ser disciplinadas pelos respectivos estatutos.[294] A organização compreende a delimitação do arranjo que formará a estrutura institucional do consórcio, a partir da definição dos órgãos (conselhos, diretorias, coordenadorias, ouvidoria), seus setores específicos (administração, fiscalização, orçamento, regulação, recursos humanos, etc) e do delineamento das competências inerentes a cada um destes. As regras de funcionamento, por sua vez, referem-se à normatização dos procedimentos e da metodologia que permitirá ao consórcio alcançar o objetivo-fim para o qual foi instituído,[295] a exemplo da fixação das atribuições funcionais e das instâncias decisórias, como também da definição do fluxo dos processos (prazos, recursos) e do estabelecimento de procedimentos de pagamento.

Portanto, a legislação conferiu ao estatuto a importância de disciplinar as questões organizacionais e funcionais que ainda não tenham sido normatizadas pelo protocolo de intenções ou pelo contrato de consórcio. Cuida-se de regramento similar ao previsto às associações civis, uma vez que, para estas entidades, o estatuto igualmente representa o documento mais importante no que se refere à organização e ao funcionamento. Até por isso é que a Lei 11.107/05, forte no art. 15 supratranscrito, dispõe que o regramento dos consórcios públicos será disciplinado subsidiariamente pelas regras norteadoras das associações civis.[296]

Ainda, deve-se lembrar que toda a normatização inserida no estatuto, após aprovação pela Assembleia Geral, deverá estar em consonância com as disposições consignadas nas cláusulas do contrato constitutivo, sob pena de nulidade.[297] Até porque, consoante alerta Justen Filho, "não é cabível que, depois de constituído o consórcio público, questões de interesse local e privativas de cada ente consorciado sejam objeto de disciplina inovadora mediante deliberação da assembleia geral".[298] Desse modo, compreende-se que as alterações estatutárias, as quais inovem ou contrariem as normas previamente estabelecidas pelo contrato de consórcio, somente poderão ser editadas após idêntico processo de celebração do contrato de consórcio, ou seja, somente com a ratificação ou prévia autorização

---

294 Trata-se do art. 7º, *caput*, da Lei 11.107/05, o qual prescreve que "os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público".

295 Quanto à delimitação do funcionamento, Carvalho Filho leciona que "aos estatutos caberá especificar as ações que conduzam a um funcionamento mais eficiente do consórcio público". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos...**, p. 46.

296 As regras regulamentadoras das Associações Civis encontram-se previstas nos artigos 44 e seguintes do Código Civil.

297 Embora não houvesse necessidade de normatizar essa advertência, ela foi inserida pelo Decreto 6.017/07, ao estabelecer, no art. 8º, que "o consórcio público será organizado por estatutos cujas disposições, sob pena de nulidade, deverão atender a todas as cláusulas do seu contrato constitutivo".

298 JUSTEN FILHO, Marçal. **Consórcios Públicos...**, p. 140.

dos dispositivos inovadores pelos Poderes Legislativos de cada ente um dos entes consorciados.

Outro regramento institucional previsto pela Lei dos consórcios concerne à previsão de que a Assembleia Geral é o órgão máximo de deliberação, razão pela qual igualmente se estabeleceu que "as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público" deverão constar no protocolo de intenções.[299] Diante da importância da deliberação coletiva numa entidade formada por diversos entes federados, a legislação optou por previamente garantir a existência de um órgão de deliberação coletiva, conferindo-o máxima autoridade hierárquica ao alocá-lo como instância mais elevada dentro da estrutura organizacional do consórcio.[300] Assim, nenhuma decisão referente ao consórcio poderá contrariar às determinações votadas e acordadas no âmbito da Assembleia.

Note-se, nessa linha, que a legislação não limitou a estrutura organizacional do consórcio a um único órgão colegiado, pelo contrário: estabeleceu, ao mínimo, a existência da estrutura Assembleia e também autorizou que outros órgãos colegiados sejam criados para o desempenho de suas funções, permitindo que haja participação de representantes da sociedade civil.[301] Nesse influxo e no que se refere ao objeto deste trabalho, mostra-se necessário a inserção de um Conselho de Regulação na estrutura organizacional, particularmente responsável por dirimir os questionamentos referentes à normatização e fiscalização da atividade regulada, sendo que poderá ser integrado por representantes da sociedade civil.

Acrescenta-se que a Assembleia deverá ser composta por representantes de todos entes federativos consorciados, os quais possuem direito a voto e a participação.[302] Deve-se destacar que, embora a legislação assegure ao menos um voto a cada ente, ela permite que os

---

299 Cuida-se de previsão expressa do art. 4º, VI, da Lei 11.107/05 e reproduzido pelo art. 5º, idêntico inciso, do respetivo Decreto. Segundo Medauar e Justino, "as normas de convocação versarão, por exemplo, sobre quem e de que modo poderá solicitar a instauração da Assembleia Geral e qual o quórum necessário para sua abertura (...). As normas de funcionamento têm por objeto disciplinar, por exemplo, os procedimentos que devem ser seguidos pelos entes consorciados visando à emissão das deliberações; o quórum necessário para a tomada das decisões, em primeira convocação e nas convocações seguintes; os critérios de desempate. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos...**, p. 54.

300 Tais previsões constituem cláusulas a serem obrigatoriamente previstas no protocolo de intenções, nos termos dispostos pelo art. 4º, VII, da Lei em comento, *in verbis:* "a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações".

301 Nesse sentido, o art. 5º, §2º, incisos I e II, são claros ao dispor que serão admitidos, à exceção da assembleia geral, "a participação de representantes da sociedade civil nos órgãos colegiados do consórcio público" e que "órgãos colegiados do consórcio público sejam compostos por representantes da sociedade civil ou por representantes apenas dos entes consorciados diretamente interessados nas matérias de competência de tais órgãos".

302 Trata-se do art. 4º, §2º, da Lei em estudo, o qual dispõe que: "o protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembleia geral, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado".

entes consorciados definam a quantidade de votos que cada um possuirá. Isto é, a depender da influência de determinado ente consorciado na execução e manutenção do consórcio, a ele poderá ser conferido mais de um voto. Justifica-se essa atribuição de quantidade distinta de votos, o que representa uma excepcionalidade, sob o fundamento de que a permanência de que um ou alguns dos signatários seja condição essencial à própria existência e a operacionalização do consórcio: a saída repentina de um deles, por qualquer discordância decisória que houver, inviabilizaria a continuidade do consórcio.[303]

Além disso, o regramento estabelece que as disposições referentes às condições e aos prazos das eleições (a exemplo dos *quóruns* mínimos de presença e de votação), bem como o prazo de duração do mandato dos representantes legais, deverão ser disciplinadas pelo protocolo de intenções.[304] Diante da importância concernente à alternância de poder, a definição do prazo do mandato no protocolo de intenções, o qual deverá ser fixado em um ou mais exercícios financeiros,[305] impede que tais regras sejam arbitrariamente alteradas em momento posterior, mitigando-se eventuais mandatos ininterruptos na direção do consórcio. Observe-se, no entanto, que a legislação não restringe a possibilidade de haver reeleição, transferindo à própria Assembleia a competência para disciplinar essa questão. De qualquer forma, sabe-se que o mais aconselhável é que haja limitação quanto ao número de reeleições, para que haja a oxigenação na administração do órgão de deliberação mais importante do consórcio.

Outra característica que se extrai do mencionado dispositivo, refere-se à representatitvidade do consórcio, a qual obrigatoriamente será exercida por Chefe do Poder Executivo de um dos entes consorciados. A representação legal tem por fundamento a personificação jurídica do consórcio, o qual pressupõe pessoa natural para representá-lo ativa e passivamente, judicial ou extrajudicialmente.[306] Ressalta-se que o mandado do Chefe do

---

303 Nesse sentido, Carvalho Filho, descrevendo sobre a questão, destaca que essa fórmula, por ser discriminatória, "só deve ser empregada em situações excepcionais, para evitar para que seja desnaturada a essência do consórcio – a cooperação mútua. A regra será a de que, sendo associada a gestão, cada integrante emita um voto na assembleia geral". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos...**, p. 79.

304 O art. 4º, inciso VIII, preceitua que constituiu cláusula obrigatória no protocolo de intenções aquela que estabelece "a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado".

305 A definição do prazo em exercícios financeiros, garantindo ao menos o mandato por um exercício, encontra-se disciplinada no art. 5º, §4º, do Decreto regulamentador. O dispositivo assegura que "o mandato do representante legal do consórcio público será fixado em um ou mais exercícios financeiros e cessará automaticamente no caso de o eleito não mais ocupar a Chefia do Poder Executivo do ente da Federação que representa na assembleia geral, hipótese em que será sucedido por quem preencha essa condição".

306 Perceba-se que essa disposição não se confunde com a representação exercida pela pessoa do consórcio em relação aos entes federativos que a integram. Nesta hipótese, versa-se sobre a autorização específica emitida pelos entes à pessoa do consórcio, registrando-a no protocolo de intenções, tal qual disposto pelo art. 4º, V, da Lei 11.107/05.

Poder Executivo cessará imediatamente, caso este não mais ocupe o referido cargo, seja porque o período do mandato eletivo não coincida com o prazo da representação da Assembleia, seja por qualquer outro motivo que o tenha retirado daquela posição. Nessas hipóteses, o representante do consórcio será substituído por aquele que venha a sucedê-lo na posição de Chefe do Poder Executivo.

Diante de sua importância, o regramento em análise atribuiu à Assembleia Geral exclusividade sobre a deliberação de importantes matérias. Nessa linha, a ela compete deliberar sobre todas as alterações estatutárias no transcurso do consórcio; aceitar ou não a admissão do ente que tenha ratificado com reservas o protocolo de intenções ou que o tenha homologado após dois anos da primeira subscrição; decidir sobre a exclusão de ente que tenha, sem autorização dos demais consorciados, subscrito protocolo de intenções de outro consórcio, o qual possua finalidades, iguais, assemelhadas ou incompatíveis;[307] aprovar a alteração ou a extinção do contrato de consórcio público. Nota-se que a disposição normativa prévia destas competências não excluí outras que possam vir a ser exclusivamente atribuídas à Assembleia pelo estatuto do consórcio.

Por derradeiro, deve-se analisar as hipóteses de extinção da personalidade jurídica dos consórcios. Embora a Lei 11.107/05 não apresente um rol de razões que determinem a extinção dos consórcios, o término da avença consorcial pode fundamentar-se em diversos motivos, dentre os quais, pelo alcance da finalidade para o qual foi constituído ou por ausência de interesse dos entes envolvidos na continuidade da ação conjugada. Cuida-se de procedimento similar à constituição do consórcio, na medida em que o instrumento de extinção não somente deverá ser aprovado pela Assembleia Geral, como também deverá ser ratificado por todos os entes envolvidos.[308] Além desses procedimentos legais, a extinção deverá respeitar as disposições a ela estabelecidas no protocolo de intenções, na hipótese deste documento ter previsto algum regramento procedimental específico para tanto.

Assim, após a aprovação da extinção pela Assembleia e à ratificação desta pelos entes envolvidos, o consórcio público perde sua personalidade jurídica e deixa de integrar a Administração indireta dos entes. Consequentemente à extinção do consórcio, cada ente consorciado deverá responder solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo-se o

---

307 O art. 28, do Decreto em estudo, dispõe que "mediante previsão do contrato de consórcio público, poderá ser dele excluído o ente que, sem autorização dos demais consorciados, subscrever protocolo de intenções para constituição de outro consórcio com finalidades, a juízo da maioria da assembleia geral, iguais, assemelhadas ou incompatíveis".

308 O art. 12, *caput*, da Lei 11.107/05, reproduzido pelo art. 29, do correlato Decreto, prescreve que "a alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados".

direito de regresso aos responsáveis, até que sejam individualizadas as obrigações.[309] Em relação ao corpo técnico-profissional do consórcio, a legislação é clara ao apontar que os servidores cedidos retornarão aos seus órgãos de origem; já os empregados contratados diretamente pelo consórcio terão rescindidos, automática e imediatamente, os seus contratos de trabalho, resguardando todos os seus direitos laborais.[310]

Ressalva-se, quanto a esse último ponto, a possibilidade de os entes consorciados proporcionarem desfecho mais benéfico aos funcionários públicos, o qual deverá expressamente constar no protocolo de intenções ou posteriormente ser disciplinado no contrato de consórcio público, respeitado o procedimento de ratificação anteriormente relatado. É dizer, em que pese a lei 11.107/05 estabeleça a rescisão dos contratos de trabalho no caso de extinção dos consórcios, isso não impede os entes consorciados de disciplinarem regramento mais favorável aos funcionários, tanto no que se refere ao regime de contratação, estabelecendo o regime jurídico único (estatutário), quanto em relação à distribuição desses servidores para os entes consorciados com a extinção do consórcio.

Em verdade, em se tratando de consórcios público-públicos, de natureza autárquica, o regime jurídico de contratação deverá obrigatoriamente ser o estatutário, por força do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal. A regra constitucional é clara ao estabelecer o regime jurídico único de contratação para todos os servidores da Administração pública direta, inclusive os das autarquias e fundações públicas.[311] Particularmente em relação aos consórcios constituídos para regular os serviços públicos, acrescenta-se ao regramento constitucional o fato de ser imprescindível a contratação dos profissionais mais capacitados para integrar o quadro de pessoal da agência.[312]

---

309 O art. 12, §2º, da Lei dos consórcios, preceitua que "até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação".

310 Cuida-se do art. 29, §2º, do Decreto 6.017/07, no qual se estabelece que: "com a extinção, o pessoal cedido ao consórcio público retornará aos seus órgãos de origem, e os empregados públicos terão automaticamente rescindidos os seus contratos de trabalho com o consórcio".

311 Embora a Emenda Constitucional nº 19/98 tenha conferido nova redação ao art. 39, *caput*, da Constituição Federal, deve-se lembrar que, após o deferimento da Medida Liminar, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 2.135-4, restaurou-se a redação originária do referido artigo. Assim, reestabeleceu-se o regime jurídico único estatutário para todos os servidores integrantes dos quadros da União, Estados, Municípios, inclusive das respectivas autarquias e fundações públicas. Também se deve lembrar que, em liminar proferida na ADIn nº 2310, suspendeu-se a eficácia dos dispositivos da Lei 9986/2000, os quais estabeleciam o regime celetista como regramento disciplinador das relações de trabalho nas agências reguladoras federais. Em que pese houve um posicionamento do Supremo Federal no sentido da inconstitucionalidade de tais dispositivos, a discussão perdeu objeto pela revogação desse regramento pela Lei 10.871/2004, a qual instituiu o regime jurídico único da União para regular os cargos e carreiras dos servidores das referidas agências.

312 Demonstrar-se-á, no próximo capítulo, que um dos pilares necessários à atuação independente da agência reguladora consiste na autonomia técnica-profissional desta, a qual ocorre com a contratação de servidores com capacidade técnica superior àquela encontrada nos agentes regulados. E uma das maneiras de

Depois de verificadas as principais características inerentes à personificação dos consórcios, apontou-se os benefícios desta para o estabelecimento de relações jurídicas mais estáveis, bem como diferenciou-se os formatos de consórcios constituídos sob a personalidade jurídica de direito privado e público – sendo que somente este último é legitimado a exercer a titularidade de atribuições públicas, tal qual a regulatória. Na próxima parte verificar-se-á como a Lei 11.107/05 interage com outras legislações, para depois verificar como a formatação de consórcio público-público é capaz de estabelecer agência reguladora intermunicipal que possa prestar, com independência funcional, as atividades para os quais foi constituída.

2.3 Integração da Lei nº 11.107/05 com outras legislações: especificidade da lei de saneamento básico na atuação cooperada dos entes federativos

Apresentou-se, nos dois itens que integram este capítulo, os aspectos teóricos acerca da contratação e estruturação de consórcios públicos intermunicipais, explanando as especificações normativas inseridas com a Lei 11.107/05 e regulamentadas pelo Decreto 6.017/07. Ainda, expôs-se os principais requisitos para a constituição dos consórcios, apresentando os principais benefícios e dificuldades dessa formatação, bem como as consequências internas e externas da criação de uma nova pessoa jurídica para assumir a responsabilidade pelo gerenciamento das atividades inerentes ao serviço público a ela delegada.

O escopo do presente item, por sua vez, é demonstrar de que maneira a Lei dos consórcios públicos tem influenciado nos diplomas normativos editados dentro da mesma conjuntura político-social, a qual se remete à atuação cooperada entre entes federativos para concretização das atribuições. Para tanto, apresentar-se-ão outros diplomas normativos que interagem ou aludem-se aos consórcios públicos como instrumento de gestão associada.

A Lei Federal nº 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde – LOS, caracteriza-se por ser uma das pioneiras no que se refere ao consorciamento municipal. Editada para estabelecer as condições para promoção e proteção dos serviços de saúde em todo território nacional, especificamente regulando as "ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou

---

atrair pessoal com esse conhecimento técnico pretendido ao quadro da agência, consiste em conferir-lhes regime jurídico estável de trabalho.

jurídicas de direito Público ou privado",[313] a LOS autorizou a constituição de consórcios para que os entes públicos envolvidos pudessem promover conjuntamente os serviços de saúde que lhes correspondam.[314] Acrescenta-se que os consórcios contratados para gerirem os serviços de assistência à saúde, diante da natureza das atribuições desempenhas, assumem o formato de associações de direito privado (consórcios público-privados), cujo regime jurídico corresponde àquele das fundações estatais, consoante assevera Fernando Borges Mânica.[315]

Denota-se a importância do instrumento de gestão associada para concretização das atribuições inerentes ao serviço de saúde pública, na medida em que, mesmo antes de ser promulgada a lei 11.107/05, a LOS já havia disciplinado esse instrumento como meio de promover os serviços de saúde. E isto porque, a prestação de assistência saúde pública, a qual compreende tanto o fornecimento de medicamentos ao cidadão, a realização de exames e de cirurgias complexas, quanto o aparelhamento dos hospitais e contratação das equipes médicas, é altamente complexa e possui elevado custo de operacionalização e de concretização.

Nesse sentido, constata-se que a gestão associada pode trazer inúmeros benefícios aos entes federativos no que se refere à promoção dos serviços de assistência à saúde. Até mesmo, a Lei 11.107/05 faz menção expressa aos consórcios públicos instituídos na área da saúde ao indicar que, quando constituídos para gerir finalidade vinculado à área de saúde "deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS".[316]

A importância dos consórcios de saúde encontra respaldo nos números oficiais, sendo que o último levantamento realizado pelo IBGE, que tenha aferido dados referentes aos consórcios públicos, foi realizado para o ano de 2015. Naquele ano, apontou-se que 75,9% dos municípios brasileiros encontram-se associados em consórcios constituídos para gerir algum dos serviços inerente à saúde. Número muito significativo, uma vez que, situados em segundo lugar, os consórcios constituídos para gerenciarem os resíduos sólidos somente contavam com o montante de 35,2% de municípios consorciados. [317]

---

313 Conforme definição prevista no artigo introdutório, da Lei Orgânica da Saúde.

314 Cuida-se de redação proposta pelo art. 10, *caput,* da Lei em estudo.

315 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. rev. atual. Curitiba: Associação dos Municípios do Paraná, 2017, p. 73.

316 Cuida-se do conteúdo previsto pelo art. 1, § 3º, da Lei 11.107/05.

317 Dados extraídos do estudo "Perfil dos Municípios Brasileiros", produzido pelo IBGE e que tem por objetivo investigar dados dos 5570 municípios sobre seis temas centrais, abrangendo questões relacionadas a recursos humanos, planejamento urbano, recursos para a gestão, terceirização e informatização, gestão ambiental e articulação interinstitucional. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2015**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf> Acesso em: 26 dez. 2018.

A legislação que instituiu a política nacional de resíduos sólidos, Lei Federal nº 12.305/2010, também contempla dispositivos próprios concernentes aos consórcios públicos, sendo, em específico, dois os comandos normativos que os mencionam. O primeiro, caracteriza os consórcios como instrumentos integrantes da política nacional de resíduos sólidos, incentivando a sua formação diante dos possíveis benefícios a serem obtidos com a elevação das escalas de aproveitamento e com a redução dos custos envolvidos.[318]

Já o segundo dispositivo confere aos consórcios, quando constituídos sob o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação dos serviços públicos envolvendo resíduos sólidos, prioridade na obtenção dos incentivos oriundos do Governo Federal.[319] Perceba-se que a legislação conferiu ampla notoriedade ao instrumento dos consórcios públicos quando estes forem constituídos para objetivo específico de gerenciamento dos resíduos sólidos, na medida em que garantiu-se preferência financeira a essa modalidade de prestação em detrimento das prestações realizadas individualmente por cada ente.

O recém-editado Estatuto da Metrópole, Lei Federal nº 13.089 de 2015, também atribuiu aos consórcios a posição de instrumento a ser utilizado, conjuntamente com uma série de outros recursos, para promover o desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas.[320] Neste caso, o consórcio apresenta-se como um dos mecanismos capazes de concretizar algumas as estratégias e objetivos delimitados no plano urbano integrado.[321] Em específico, aos consórcios poderão recair aquelas atribuições que dependam da pessoa jurídica por ele criada e dos poderes que a ela podem ser delegados pelos entes associados. Cita-se, como exemplo, a hipótese da promoção do transporte intermunicipal, nos limites territoriais instituídos pela região metropolitana, partir da concessão desse serviço à iniciativa privada.

---

318 O art. 8º, inciso XIX, da Lei 12.305/10, assim dispõe: "são instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: XIX – o incentivo à adoção de consórcios ou de outras formas de cooperação entre os entes federados, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos".

319 Cuida-se do conteúdo previsto pelo art. 45, da Lei 12.305/10, ao dispor que: "os consórcios públicos constituídos, nos termos da Lei nº 11.107, de 2005, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de serviços públicos que envolvam resíduos sólidos, têm prioridade na obtenção dos incentivos instituídos pelo Governo Federal".

320 O art. 9º, do Estatuto da Metrópole, elenca dez instrumentos que podem ser utilizados para promover o desenvolvimento integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas, destacando-se, além dos consórcios públicos indicados no inciso VI, os seguintes instrumentos: "II – planos setoriais interfederativos; IV – operações urbanas consorciadas interfederativas; VII – convênios de cooperação".

321 Nos termos do art. 2º, inciso VI, caracteriza-se o plano de desenvolvimento urbano integrado como sendo "instrumento que estabelece, com base em processo permanente de planejamento, viabilização econômico-financeira e gestão, as diretrizes para o desenvolvimento territorial estratégico e os projetos estruturantes da região metropolitana e aglomeração urbana".

Outra política nacional que abarca a ideia de cooperativismo federativo para promover os seus objetivos, refere-se à política nacional de mobilidade urbana (PNMU), instituída com a Lei Federal nº 12.587 de 2012. Fundamentada sob os princípios de "acessibilidade universal", "desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais", "equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo",[322] a PNMU estabelece os consórcios públicos como instrumentos para os quais poderão ser realizadas as articulações interinstitucionais imprescindíveis à regulação da política tarifária do transporte público coletivo.

A partir da correlação anteriormente apresentada entre a natureza jurídica e possíveis objetivos dos consórcios, deve-se anotar que a regulação do transporte público por consórcio não se restringe exclusivamente à regulação da mobilidade intermunicipal ou à política tarifária. Observe-se que nem a Lei 11.107/05 faz essa restrição e, muito menos, a Lei ora em análise: o PNMU apenas enumera a articulação interinstitucional dos consórcios públicos como uma das diretrizes a orientar a política tarifária dos transportes públicos coletivos.

Nesse influxo, assevera-se que a abrangência de atuação dos consórcios públicos, quando constituídos para regularem os serviços de transporte público locais, poderá incluir todas as etapas inerentes à atividade regulatória, como também incidir sobre os transportes públicos locais, intermunicipais ou ambos.[323] Até mesmo, a regulação intermunicipal dos transportes locais prescindirá do consorciamento do Estado,[324] podendo ser exercida por consórcio constituído exclusivamente por entes municipais. Trata-se de previsão expressa do Plano Nacional Mobilidade Urbana, o qual permite que os Estados deleguem aos Municípios "a organização e a prestação dos serviços de transporte público coletivo intermunicipal de caráter urbano, desde que constituído consórcio público ou convênio de cooperação para tal fim".[325]

---

322 Conforme previsto respectivamente pelos incisos I, II e III, do art. 5º, da Lei 12.587/2012.

323 Na última pesquisa quantificativa do IBGE, o percentual de municípios que integram consórcios públicos constituídos para finalidade relacionada ao transporte público – sem especificar se a finalidade do consórcio é a prestação, o planejamento à regulação do serviço – era somente de 7,5%. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2015**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf> Acesso em: 29 dez. 2018.

324 Deve-se lembrar que, por força do art. 25, §1º da Constituição Federal, é do Estado a competência para promover o transporte intermunicipal. Além do dispositivo constitucional, trata-se de previsão do art. 17, inciso I, da PNMU, a qual prescreve que são atribuições dos Estados: "I - prestar, diretamente ou por delegação ou gestão associada, os serviços de transporte público coletivo intermunicipais de caráter urbano, em conformidade com o § 1º do art. 25 da Constituição Federal".

325 Conforme disposição expressa pelo art. 17, parágrafo único, da Lei 12.587/12. Ressalta-se que a PNMU prevê idêntica disposição para as hipóteses em que a competência do serviço de transporte é da União. Nesse caso, o art. 16, § 2º, preceitua que, observado o art. 178 da Constituição Federal, poderá a União "delegar aos

Outras duas legislações que possuem relação com os consórcios são: as Leis das Concessões (Lei nº 8.987/95) e das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04). A concessão comum de serviços públicos ou de obras públicas, prevista na Lei 8.987/95, pode ser definida como sendo "o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que execute em seu nome próprio, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço".[326] Cuida-se de conceito elaborado a partir de uma leitura sistemática da referida legislação, uma vez que definição do termo jurídico "concessão" não é especificamente proposto pela norma e, muito menos, é unânime na doutrina.[327]

Por sua vez, as modalidades contratuais previstas na Lei das parcerias público-privadas também são definidas como concessões.[328] Nessa esteira, define-se a concessão patrocinada como sendo a concessão prevista na Lei nº 8.987/95 e que ainda envolva, adicionando-se à tarifa imposta aos usuários, contraprestação pecuniária da Administração Pública ao parceiro privado.[329] No que se refere à concessão administrativa, o art. 2, §2º, da Lei em análise, conceitua-a como sendo "o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".

Os consórcios público-públicos, consoante apontado no item antecedente, podem outorgar concessões e permissões aos particulares, havendo previsão expressa nesse sentido. Para tanto, deverão ser constituídos especificamente para essa finalidade, além de precisarem receber dos entes consorciados, via delegação de competências, autorização expressa para exercerem a outorga.[330] Dessa forma, definindo-se as modalidades contratuais acima

---

Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios a organização e a prestação dos serviços de transporte público coletivo interestadual e internacional de caráter urbano, desde que constituído consórcio público ou convênio de cooperação para tal fim".

326 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

327 Em verdade, conforme assevera Egon Bochmann Moreira, é impossível "lançar uma definição estática e uniforme da realidade jurídica contemporânea que atende por concessão de serviço público". MOREIRA, Egon Bochmann. **Direito das concessões…**, p. 89.

328 Deve-se ressaltar que as parcerias público-privadas aqui tratadas são aquelas categorizadas em sentido estrito da palavra, uma vez que "a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a *concessão patrocinada* e a *administrativa*". SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

329 Conforme definição prevista no art. 2º, § 1º, Lei 11.079/04. Perceba-se que a diferença primordial entre a concessão comum e a privada refere-se ao sistema tarifário, sendo que, na segunda modalidade, somando-se às tarifas pagas pelos usuários deverá haver contraprestação pecuniária da Administração Pública ao parceiro privado.

330 Exatamente nessa direção, discorrem Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira, ao lecionarem que a outorga de concessões por consórcios púbicos exige o preenchimento de três requisitos, a saber: "(a) anuência no contrato de consórcio público; (b) indicação de forma específica, neste contrato, do objeto da concessão (...);

apresentadas como concessões, mostra-se interessante a relação que pode ser gerada entre elas e os consórcios: a criação de um consórcio público específico para gerenciar determinada concessão (comum, administrativa ou patrocinada), a ser prestado no âmbito dos municípios consorciados.

Última legislação que se pretende analisar e que se encontra fortemente integrada à contextura dos consórcios federativos é a Lei Federal nº 11.445/07, a qual estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Mais conhecida como Lei Nacional do Saneamento Básico ou LNSB, a Lei 11.445/07 revogou a então vigente Lei Federal nº 6.528/78, a qual, conjuntamente com diversos planos de saneamento básico editados desde a década de 70 – em especial o Planasma e, nos anos 1990, o Funasa – regulamentavam os parâmetros concernentes à prestação e à cobrança das tarifas dos serviços de saneamento básico.[331] Planos esses que, aliás, foram constantemente revistos e alterados, sem conferindo segurança jurídica necessária para o planejamento, regulação e operacionalização de um sistema de saneamento.

Diante desse contexto, a LNSB "veio preencher sensíveis lacunas legislativas, porquanto faltava, no setor de saneamento básico, uma norma federal transitiva direta que viesse ordenar, sistematizar e efetivar a universalização e integralização do acesso a tais serviços e fruições".[332] Noutros termos, a Lei 11.445/07 estabeleceu regramento sistematizado no que concerne às diretrizes do saneamento básico, já que o planejamento nacional em área tão sensível, até então, restringia-se a "planos" momentâneos e leis esparsas, sendo por isso que ela foi considerada como o marco regulatório do setor. Positivaram-se os princípios jurídicos norteadores do setor, bem como foram delimitadas as regras inerentes ao planejamento e aos aspectos econômicos, técnicos e sociais envolvidos na promoção do saneamento básico.

A positivação dos princípios jurídicos constitui preceito de significativo valor, sendo que o princípio da "universalização do acesso" é o que merece maior destaque. A

(c) estabelecimento das condições que deverão ser preenchidas, com observância da legislação de normas gerais em vigor, como, por exemplo, a Lei Federal 8.987/95". MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos...**, p. 45

331 Sobre a trajetória histórica do saneamento básico no Brasil, ver interessante trabalho elaborado por Dinorá Grotti, o qual descreve a evolução e analisa todas as políticas públicas de saneamento implantadas no Brasil desde metade do século XIX até a edição da Lei 11.445/07. GROTTI, Dinorá Adelaine Musetti. A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico. *In* DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 16-30.

332 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O saneamento básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado. *In* FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. Org. **Saneamento básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007.** Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 105-136, 2009, p. 109.

importância deste sustenta-se pelo fato de ser o comando normativo que garante a constante expansão do serviço, de modo progressivo conforme estabelecido no plano de metas de ampliação, até que todas as residências sejam integralmente contempladas pelo serviço. Em outras palavras, o princípio da universalização do acesso "expressa direito de todo ser humano, em qualquer ponto do território nacional, ter acesso efetivo aos serviços públicos de saneamento básico e o dever do Poder Público de assegurá-los concretamente".[333]

A promoção e a regulação dos serviços pertinentes ao saneamento básico, em especial o abastecimento de água e de esgotamento sanitário,[334] é de excepcional importância porque impulsiona a concretização de outros direitos fundamentais garantidos ao cidadão pela Constituição de 1988. Dentre esses direitos, destaca-se o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e, também, a promoção da dignidade da pessoa humana.[335] Nessa esteira, o princípio da universalização, o qual é definido como sendo "a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico",[336] caracteriza-se por ser um direito fundamental de natureza social que exige a prestação ativa por parte do Poder Público para seu atendimento".[337]

E uma das possibilidades para viabilizar a concretização da universalização do serviço concentra-se na atuação cooperada entre os entes federativos titulares do serviço. Circunscrita em um ambiente pautado no federalismo de cooperação, a Lei 11.445/07, ao estruturar a prestação regionalizada dos serviços de saneamento, utilizou da combinação dos instrumentos inerentes à gestão associada para ofertar à Administração Pública meios para

---

333 LOMAR, Paulo José Vilela. Dos princípios fundamentais. *In:* MUKAI, Toshio. Coord. **Saneamento básico:** diretrizes gerais. Comentário à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

334 O serviço de saneamento básico, nos termos do art. 2º, inciso I-A, da Lei 11.445/07 e alterações legislativas posteriores, compreende o conjunto "de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, pela disponibilização, pela manutenção, pela infraestrutura e pelas instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, pela disponibilização e pela manutenção de infraestrutura e das instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até a sua destinação final para a produção de água de reuso ou o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes". Todas as alíneas atualmente estão redigidas com a redação incluída pela Medida Provisória nº 868, de 2018.

335 Taiane L. de Castro defende que é notável a relação direta da universalização do acesso com o princípio da dignidade da pessoa humana CASTRO, Taiane Lobato de. Os princípios Legais do Saneamento Básico – uma análise do artigo 2º da Lei nº 11.445/07. *In* DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56.

336 Cuida-se de definição prevista no art. 2º, inciso III, da LNSB, com a redação dada pela MP nº 868/2018.

337 LOMAR, Paulo José Vilela. **Dos princípios...**, p. 15.

promoverem a adequada prestação do serviço de saneamento básico. A importância na oferta de meios que autorizam a prestação regionalizada, não somente se assenta na justificativa para reduzir as assimetrias federativas locais, como também decorre da própria natureza do serviço de saneamento básico, o qual se caracteriza por ser tecnicamente complexo e exorbitantemente oneroso.

Nesse contexto, a LNSB definiu a gestão associada como sendo a "associação voluntária entre entes federativos, por meio de convênio de cooperação ou de consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição".[338] Noutros termos, no que se referem às atividades de saneamento, a gestão associada poderá ser realizada ou por meio da celebração de convênios de cooperação entre os entes ou pela formação de consórcios públicos.[339] Relembre-se, tal como indicado na segunda parte do primeiro capítulo, que a *gestão associada* não se restringe à prestação material propriamente dita, mas também abrange as atividades de planejamento e regulação.

A clara diferença entre estas atividades está positivada no art. 8º, *caput*. Este dispositivo expressamente disciplina que "os titulares dos serviços públicos de saneamento poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005". Ou seja, a LNSB situou separadamente os dispositivos que disciplinam as atividades referentes à regulação e fiscalização regionalizada, de um lado, e de prestação propriamente dita dos serviços, de outro.

No que refere à prestação regionalizada propriamente dita, o art. 16 autoriza ser realizada por dois grupos distintos: um deles, por entidades integrantes da administração pública e o outro por empresas do setor privado. Nessa seara, o art. 16 autoriza a delegação da prestação à "órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação" ou a "empresa a que se tenham concedido os serviços".[340] Observe-se, portanto, a possibilidade expressa de ser constituído consórcio público para prestar os serviços de saneamento.

---

338 Conforme se depreende do art. 2º, II, da Lei 11.445/07, com a redação conferida pela MP nº 868/2018.

339 Trata-se de disjunção exclusiva, sendo que a dicção legal não confere outra opção ao administrador público: a decisão do ente federativo "pela associação, pode ser feita por meio de um desses dois novos instrumentos", consoante ensina Vera Monteiro. Para autora, ambos os instrumentos contratuais objetivam a promoção da gestão associada de serviços públicos e, por essa razão, cumprem a mesma função. MONTEIRO, Vera. Prestação do serviço de saneamento por meio da gestão associada entre entes federativos. *In* FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.). **Saneamento Básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 287.

340 Conforme dispõem, respectivamente, os incisos I e II, do art. 16, da LNSB.

Na primeira opção, a transferência da prestação do serviço exige a celebração de contrato de programa específico para esse fim, independentemente se a gestão tenha sido estabelecida por contrato de consórcio ou convênio cooperação.[341] Consoante prelecionado, o contrato de programa é o instrumento específico no ordenamento apto a permitir a transferência da prestação de serviços públicos entre entes da Administração direta ou entidades da indireta.[342]

Excepcionalmente, não será necessário celebrar contrato de programa quando a entidade já for criada para a finalidade de subdelegar o serviço, a exemplo da criação do consórcio público com a finalidade de delegar a terceiros a tarefa da prestação ou, nas hipóteses de contrato de programa, quando houver autorização expressa do titular do serviço autorizando a subdelegação do serviço.[343] Já a segunda alternativa, ocorre quando o ente titular do serviço delega, mediante contrato de concessão, ao setor privado a prestação do serviço. Nessa hipótese, a prestação do serviço será regulada ou pela Lei 8.987/95 ou pela Lei 11.079/04, dependendo da modalidade de concessão escolhida pelo ente titular do serviço.[344]

Por sua vez, no que tange às disposições alusivas à atividade regulatória, o art. 15, inciso II, preceitua que a regulação e a fiscalização dos serviços de saneamento poderão ser exercidas "por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços".[345] O marco regulatório, em capítulo específico, autoriza a descentralização da função regulatória, pelos entes titulares, a qualquer entidade reguladora, devendo o ato de delegação disciplinar a forma de atuação e abrangência das atividades a serem desempenhas pelo regulador.[346] Há, portanto, previsão normativa expressa autorizando aos titulares do serviço

---

341 Cuida-se do conteúdo previsto no art. 10, *caput*, da lei e m estudo, o qual prescreve que: "a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária".

342 Conforme indicado neste capítulo, a celebração de contrato de programa consiste em uma das hipóteses de dispensa de licitação, permitindo-se, assim, a direta entre os envolvidos, sem que haja processo licitatório.

343 Trata-se de hipótese incluída pelo art. 11-B, da MP 868/18, a qual preconiza que: "na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato de programa, o prestador de serviços poderá, desde que haja autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado total ou parcialmente".

344 Para Camila Pezzino Balaniuc Dantas essa segunda opção se mostra vantajosa ao desenvolvimento dos entes municipais. Isto porque "atração do capital privado para investimentos na melhoria e ampliação da infraestrutura, em uma época de recursos públicos escassos e comprometidos com o pagamento de dívidas, constitui excelente oportunidade de desenvolvimento econômico dos Municípios mais carentes". DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. *In* **Saneamento Básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007**. FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. Org. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 75.

345 O Decreto 7.217/2010, que regulamenta a Lei 11.445/07, dispõe no art. 31, I, que "as atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: [...] inclusive consórcio público do qual participe.

346 Cuida-se do art. 23, § 1º, com a redação alterada pela MP 868 de 2018.

para executem cooperadamente a atividade regulatória.[347] Tais dispositivos, em tese, deveriam ser suficientes a promover a gestão associada no setor de saneamento.

Sucede-se que, em sua redação original, a LNSB deixou de especificar de modo claro a quem competiria o exercício de titularidade relacionada ao saneamento, existindo aí perigoso vácuo legislativo sobre a questão. Omissão legislativa, diga-se, prejudicial para o que o federalismo cooperativo brasileiro pretende. Isto porque, para além da delimitação das competências constitucionais e da inserção de instrumentos cooperativos no ordenamento – disposições essas que não necessariamente fornecem soluções práticas para os problemas federativos que possam ocorrer –, faz-se imperiosa a positivação de opções legislativas racionais no que tange à titularidade de competências, para que elas possam conferir fluidez à operacionalização das atribuições do federalismo.[348]

Observe-se a importância e a necessidade da definição clara sobre a titularidade do serviço. A LNSB impôs ao titular do serviço a obrigatoriedade de elaborar o plano de saneamento básico, cujo qual consiste em elemento obrigatório no processo de planejamento da política pública de saneamento.[349] Não somente isso, o plano também é importante porque condiciona a validade de todos os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico.[350] Note-se, assim, a importância de se determinar com precisão e clareza sobre quem recai a titularidade do serviço de saneamento. Afinal, somente com a definição do responsável é possível conferir legitimidade à atuação do ente e proporcionar segurança jurídica aos atores envolvidos, especialmente os cidadãos, destinatários finais do serviço.

---

347 Nessa linha também é a conclusão de Marcos Frey Probts ao afirmar que "não restam dúvidas de que há previsão legal para que os consórcios públicos possam exercer as atribuições de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico, quer pela interpretação do artigo 241 da Constituição da República, quer pela própria previsão textual da Lei nº 11.445/2007". PROBST, Marcos Frey. **Agência intermunicipal de regulação do saneamento**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7759> Acesso em: 04 jan. 2019.

348 Esse é o posicionamento defendido por Caroline Muller Bittencourt e Janriê Rodrigues Reck, ao asseverarem que: "a adoção do Federalismo como forma jurídica da organização política não exime o Direito de ter de decidir o tempo todo por suas opções e justificá-las racional e comunicativamente, ao contrário do que pretende fazer crer boa parte da doutrina e jurisprudência brasileira, defendendo uma posição ingênua de que a solução para problemas relacionados com repartição de competência, aplicação da subsidiariedade, preponderâncias de interesses, dentre outros, podem ser extraídos de mera interpretação do texto constitucional". BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do Federalismo, uma observação pragmática-sistêmica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul - set, 2012, p.174.

349 Conforme previsto pelos arts. 9º, I, da LNSB, e 24, I, do correlato Decreto regulamentador nº 7.217/10.

350 Cuida-se de regra prevista expressamente pelo art. 11, inciso I, da LNSB.

Diante desse vácuo legislativo, a doutrina majoritária defendeu a tese de que o serviço de saneamento seria de titularidade dos Municípios,[351] uma vez que configurariam atividades intrínsecas ao interesse local.[352] A discussão só teve desfecho com o julgamento da ADI nº 1842/RJ, em 2013, pelo STF, em que o Tribunal decidiu pertencer ao Município a titularidade do serviço de saneamento básico.[353] Em verdade, a decisão foi um reflexo do federalismo dinâmico e cooperativo delimitado pela Constituição, ao passo que reconheceu a compatibilidade entre a titularidade e autonomia municipais do serviço de saneamento, de um lado, e a instituição da região metropolitana pelo Estado membro.

Foi com a publicação da Medida Provisória 868/2018, em dezembro de 2018,[354] que foram estabelecidos parâmetros mais objetivos concernentes à titularidade do serviço de saneamento nas hipóteses de estes serem geridos associadamente pelos entes municipais. Noutros termos, foi a Medida Provisória que parametrizou, com a precisão normativa devida, as regras de titularidade necessárias à promoção cooperada nas ações de saneamento básico.

Incorporando à legislação tal julgamento do STF, o art. 8º-C assentou definitivamente aos Municípios e ao Distrito Federal a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. E o dispositivo foi além, ao dispor que o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico, onde houver interesse comum,[355] será realizado por dois

---

351 Nesse sentido, posiciona-se Dantas, ao asseverar que "no caso do serviço de saneamento básico, para grande parte da doutrina, não sendo o serviço de competência político-administrativa de outro ente federativo, e enquadrando-se no conceito de interesse local, a sua titularidade será do Município" DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc **A questão da competência**..., p. 79.

352 Após analisar o termo "serviços públicos de interesse local", disciplinado pelo art. 30, V, da Constituição de 1988, Regina Ferrari sustenta que o critério que deve embasar a interpretação do dispositivo baseia-se na preponderância de interesses. Ou seja, deve ser o responsável pela promoção do serviço aquele ente que "atenda, de modo mais afetivo, interesse comum, vale dizer, o que se encontra mais perto da população cuja necessidade deva ser atendida, o que, entre nós, vem retratado na pessoa do Município". FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 180.

353 Consoante estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 1.842/RJ, em 2013. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1842/RJ. Relator Ministro Luiz Fux; Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Julgado em 06, mar. 2013, publicado em 16 set. 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281842%2ENUME%2E+OU+1842%2EACMS%2E%29%29+E+S%2EFLGA%2E&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/yd5q327j> Acesso em: 26 dez. 2018.

354 Deve-se mencionar que, antes da edição da Medida Provisória em análise, também foi publicada outra Medida Provisória – MP nº 844, de 2018 – com conteúdo normativo e objetivos praticamente idênticos. No entanto, pelo fato de não ter sido apreciada pelo Congresso em tempo, a MP 844 perdeu validade, razão pela qual foi publicada a MP nº 868, em 28 de dezembro de 2018. Ambas MPs tiverem por objetivo atualizar o marco regulatório do saneamento, a fim de adequá-lo aos desafios enfrentados e observados nesses dez anos de vigência da Lei 11.445/07.

355 Tecnicamente, é o Estatuto da Metrópole (Lei Federal nº 13.089/2015, supramencionada) quem definiu o conceito de interesse comum. De acordo com o art. 2º, II, do Estatuto, a função pública de interesse comum consiste na "política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes".

meios: (a) "de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião"; ou (b) "de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição".[356]

Em consonância com os demais dispositivos relativos à gestão associada apresentados, o art. 8º-C, §3º, ainda definiu que o exercício da titularidade poderá ter como objeto a prestação, conjunta ou separadamente, de todas atividades integrantes do saneamento básico. Ademais, em se tratando de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, a LSNB, alterada pela MP, estabeleceu que a regulação deverá ser executada por entidade reguladora estadual, regional ou intermunicipal.[357] Ou seja: a alteração legislativa passou a obrigar que a regulação do serviço nas regiões urbanamente aglomeradas seja realizada por entidade supralocal. Deve-se mencionar que, tal obrigação não retira a titularidade do ente municipal sobre o serviço de saneamento, uma vez que apenas o exercício da titularidade é delegado. Assim, permanecem com os Municípios, titulares plenos do serviço, a competência pelo formato de regulação que incidirá sobre os serviços de saneamento básico locais.

Ao se determinar com clareza a competência sobre qual ente recai o exercício da titularidade, tal como positivado pela MP 868/2018, assegura-se legitimidade nas ações praticadas pelos municípios no âmbito da atuação cooperada. Note-se que a escolha legislativa ao estabelecer a quem compete o exercício dessa titularidade, mormente no que tange à gestão associada, não afronta o pacto federativo, pelo contrário: o favorece. Isto porque, o fato de a titularidade recair sobre entidade coletiva – órgão colegiado interfederativo, seja do consórcio ou da região metropolitana –, confere-lhe a segurança jurídica imprescindível para planejar, normatizar, fiscalizar ou promover a função pública para o qual foi instituído.

A LNSB interage com os consórcios públicos em mais uma oportunidade. Conforme previsto no art. 13, *caput*, autoriza-se a contratação de consórcios públicos para que instituam fundos com o objetivo de custear, a partir de parcelas de receitas ou outros recursos, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico. Cuida-se de mais uma hipótese a qual autoriza os entes municipais a atuarem cooperativamente na promoção do princípio da

---

356 Cuidam-se do conteúdo previsto no art. 8-C, §1º, incisos I e II, incluído pela MP 868/2018.

357 Em específico, trata-se do art. 8º-C, § 5º, da LNSB, incluído pela MP 868/2018, o qual dispõe categoricamente que "os serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões serão fiscalizados e regulados por entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal, que observará os princípios estabelecidos no art. 21".

universalização, criando-se fundo específico para gerenciarem a distribuição dos recursos nele aportados.

Nesta etapa do trabalho, indicaram-se as legislações que utilizam a figura dos consórcios públicos como um dos instrumentos aptos a promover os objetivos por elas estabelecidos. Com exceção da lei orgânica de saúde e das legislações concernentes às concessões, todas as demais foram editadas posteriormente à Lei 11.107/05, significando que elas se utilizaram do ambiente cooperativo inserido pela referida legislação para ampliarem as possibilidades de concretização das suas disposições, independentemente da matéria disciplinada (ambiental, urbana ou de saúde). Particularmente na seara do saneamento básico, a LNSB, atualizada pela MP 868/2018, delineou as interações federativas de maneira mais flexível, ao expressamente atribuir o exercício da titularidade à órgão colegiado interfederativo quando os entes municipais optarem por gerir associadamente um ou alguns dos serviços do saneamento básico.

Nesse capítulo, apresentaram-se as características, os requisitos e os atributos inerentes aos consórcios públicos, os quais foram inseridos no ordenamento com a edição da Lei nº 11.107/05. A definição precisa dessas regras conferiu segurança jurídica aos atores envolvidos na gestão associada e garantiu aplicabilidade ao art. 241, da atual Constituição. Ademais, demonstrou-se como a lei dos consórcios integra com outros diplomas legislativos, os quais foram editadas sob uma nova racionalidade cooperativa. No próximo capítulo, demonstrar-se-ão quais são os fundamentos jurídicos da regulação da atividade econômica no ordenamento nacional, apresentando as formatações necessárias a garantir que a atividade regulatória seja executada de modo independente. Ao final, indicar-se-á o caso prático da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento como modelo de consórcio que conseguiu promover tais meios e, assim, desempenhar a atividade regulatória com a independente funcional e institucional necessária.

CAPÍTULO 3 - AGÊNCIAS REGULADORAS CONSTITUÍDAS POR CONSÓRCIOS PÚBLICOS: O CASO DA AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO (ARIS).

3.1 Atividade regulatória exercida por entidade intermunicipal: subsidiariedade invertida necessária à independência funcional das agências reguladoras locais

A inserção do art. 241 na Constituição Federal, somada à edição da legislação infraconstitucional correlata, estabeleceu o fundamento jurídico necessário a permitir a gestão associada dos serviços públicos pelos entes federativos, inclusive com a instituição de consórcios públicos para tanto. E, consoante prelecionado, o objeto a ser gerido associadamente não se limita exclusivamente à prestação propriamente dita dos serviços públicos, abrangendo também a atividade regulatória, a qual poderá ser gerida conjuntamente a partir da constituição de consórcio público para tanto.

Até mesmo, algumas legislações específicas, a exemplo da Lei nacional do saneamento básico e suas posteriores alterações, estabeleceram expressamente a hipótese de ser gerida conjuntamente a atividade regulatória dos serviços locais. Diante disso, faz-se necessário entender quais são os pressupostos e como a função regulatória é estruturada dentro do ordenamento brasileiro, apresentando também características inerentes às agências regulatórias, em especial a forma de operacionalização independente destas.

Do mesmo modo que o aumento da complexidade social, as mudanças tecnológicas e as crises econômicas, no decorrer do século XX, induziram transformações nas características do Federalismo e no modo de agir da Administração Pública,[358] essas conjunturas também impuserem alterações na forma com o qual o Estado passa a intervir na economia e promove direitos e interesses sociais esculpidos na Constituição de 1988, substituindo-se a intervenção direta e monopolística por um Estado regulador. A consagração de uma nova ordem econômica pela atual Constituição também teve influência direta nessa mudança da relação Estado-economia, na medida em que, por um lado, introduziu uma Ordem Econômica fundamentada pela livre iniciativa, mas por outro lado, sem deixar de assegurar preceitos referentes à justiça social (a exemplo da defesa do meio ambiente e do consumidor) como nortes da atuação econômica.

---

358 Cuidam-se dos conteúdos dissertados respectivamente no Capítulo 1, partes 1.1 e 1.2, deste trabalho.

A ascendência do bem-estar social teve por "ponto de partida prático a ideia de que é função típica do Estado a intervenção na sociedade e, particularmente, na economia".[359] Diante desse pressuposto, o Estado providência operacionalizou a entrega de comodidades aos cidadãos pela intervenção direta na economia, na medida em que ele próprio era financiador e promotor direto de diversos bens e serviços de interesses sociais, com atuação fundada em regime de monopólio na maior parte das vezes. Através dessa sistemática, o Estado atuava nos mais variados setores econômicos, os quais abrangiam desde os serviços públicos privativos até os serviços de transporte, telecomunicações e produção de bens.

Sucede-se que a estratégia do Estado providência, a qual resultou no crescimento significativo do Estado ante a exclusão do particular de participação no mercado, somada ao aumento da complexidade das relações sociais, tecnológicas e das dificuldades fiscais, entrou em crise, questionando-se, até mesmo, a manutenção do desenvolvimento até então alcançado. Crise também justificada pela ineficiência da atuação estatal diante do volume de atividades que a ele cabia desempenhar, uma vez que "a forma burocrática de organização, porque aplicada, indistintamente, a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação dos serviços".[360]

Discorrendo sobre esse processo, especialmente no que se refere à ineficiência da prestação dos serviços pelo ente estatal, Di Pietro destaca uma verdadeira incoerência operacionalizada especialmente após 1988, na medida em que a manutenção da intervenção direta e exclusiva pelo Estado na economia, a pretexto de concretizar os interesses sociais, poderia não somente infringir liberdades individuais, como também deixar prover o próprio bem social almejado.[361]

Sintetizando os problemas decorrentes da intervenção direta, Grotti destaca que "generalizou-se a convicção de que o Estado se tornou grande demais e é notória sua incapacidade; alarmante a ineficiência econômica do setor público; mínima a qualidade dos

---

359 GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 176.

360 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

361 São estes os termos em que assevera Di Pietro, *in verbis*: "o Estado, ao mesmo tempo que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com a agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedades." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13-14.

serviços; e o cidadão tornou-se cativo e sufocado pelo próprio Estado".[362] Por consequência dos diferentes fatores causadores da crise, observou-se, nas últimas décadas do século XX em vários Estados notadamente interventores, inclusive no Brasil, um movimento de abrangência global de retirada do Estado da economia,[363] os quais passaram "por um processo de reforma do Estado, com claro viés liberalizante, desestatizante e flexibilizador, ainda que com nuanças bastante diferenciadas em cada local".[364]

Dessa forma, o Estado, por um lado, passou a diminuir as formas de intervenção direta da economia, desfazendo-se de ativos não relacionados com a promoção dos bens e interesses comuns, privatizando-os total ou parcialmente.[365] Por outro lado, fortaleceu as formas de intervenção indireta na economia: seja através de incentivos, de fiscalização ou como agente normativo regulador, seja pela abertura do mercado à concorrência em serviços até antes monopolizados, inclusive transferência da execução dos serviços públicos aos particulares.

Deve-se ressalvar que o fortalecimento da função regulatória do Estado não teve por objeto a substituição integral da intervenção direta do Estado na ordem econômica, mas objetivou contrabalancear essa intervenção. Consoante leciona Marques Neto, se é certo que "em alguns setores houve a erradicação da intervenção direta, substituída por intervenção indireta de caráter regulatório, certo é também que em outros setores houve a introdução de arcabouços regulatórios e a permanência de entes estatais explorando atividades econômicas".[366]

No Brasil, a forte nacionalização vivenciada no século XX, mormente no período da ditadura miliar, afastou a iniciativa privada da atuação em determinadas atividades de

---

362 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. *In* **Direito Administrativo Econômico**. Carlos Ari Sundfeld (coor.). 1 ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.

363 Donald F. Ketil, ao analisar o impacto das reformas administrativas favoráveis à redução do tamanho do Estado nos anos 90, destaca o fato desta reforma ter se tornado virtualmente universal, diferenciando das anteriores por dois motivos: "o primeiro referente à velocidade que a reforma se alastrou por todo o mundo, caracterizando-se pela abrangência global; e o segundo, concernente à introdução de um novo conceito, denominado *managerialism* e pautada sob a noção de que a estrutura, hierárquica e burocrática, dos governos não mais atendiam às necessidades dos cidadãos, passando a ser vista como superada". KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 75-79.

364 GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 110.

365 Egon Bochamn Moreira, classifica a privatização como substancial ou formal. A primeira "exige a transferência integral do poder de controle e do acervo da empresa controlada (direta ou indiretamente) pelo Poder Público", abdicando-se o Estado da titularidade; já a segunda, ocorre apenas a desestatização da gestão, persistindo o Estado como titular. MOREIRA, Egon Bochmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.974/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20-23

366 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes:** fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 30

interesse geral, fortalecendo-se assim os setores produtivos a fim de impor à vontade política do governo na época, seja pela criação de autarquias, num primeiro momento, seja pela criação de entidades paraestatais, com a criação de empresas públicas e as sociedades de economia mista,[367] principalmente após a edição do Decreto Lei 200/97.

É por isso que, até a metade dos anos 1990, não foram levantadas preocupações em razão do desempenho estatal como regulador da economia, nem mesmo se buscou investigar o que poderia ser a regulação econômica.[368] A inexistência de agências reguladoras, nesse período, se escorava em um raciocínio simples, representado pela desnecessidade de controle de uma atividade operada pelo Estado, já que ele próprio seria o legitimado a promover e atingir o interesse público pressuposto daquela intervenção.[369] Este raciocínio, por motivo óbvio, não mais se sustentou após a redemocratização do país e o aumento da complexidade das relações econômico-sociais.

O Brasil não ficou imune à reforma supramencionada, passando pelo processo de desestatização e privatização de diversas atividades economia. As mudanças ocorridas nos anos 90, influenciadas pela tendência global acima mencionada, foram aqui operacionalizadas sob "o projeto contido no *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*, sendo tal orientação também refletida no Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.494/97)".[370] Sob os mesmos fundamentos teóricos, a reforma gerencialista, concretizada pela EC 19/98, foi forte contribuinte para essa mudança, uma vez que pretendeu incorporar a eficiência como norte a ser seguido pelo Estado.

Entretanto, tais reformas não seriam possíveis sem o estabelecimento de uma nova ordem econômica constitucional. Assim, a partir da inserção dos artigos 170 e seguintes da Constituição de 1988, fundamentou-se esse novo processo de interação Estado com as atividades econômicas, na medida em que estruturou um arcabouço jurídico apto a estabelecer um modelo de regulação econômica estatal.

Antes de avançar, no entanto, precisa-se indicar a adoção pela classificação proposta por Eros Roberto Grau para o termo *atividade econômica*, o qual foi empregado sem maiores preocupações em diversos dos dispositivos supracitados. Para o autor, *atividade econômica* representa uma categoria (sentido amplo), da qual extraem-se duas espécies: o

---

367 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito...**, p. 149.

368 MOREIRA, Egon Bochman. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In* ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107.

369 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...** p. 24-25.

370 NOHARA, Irene Patrícia. Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado. **Scientia Iuris**, Londrina, v.19, n.1, p. 29-46, jun. 2015, p. 33.

serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.[371] Diante dessa classificação, Grau assenta que, quando os arts. 170 e 174 empregam a expressão atividade econômica, eles se referem ao sentido amplo, remetendo-se à categoria; por sua vez, o termo utilizado no *caput* e §1º, do art. 173, refere-se à espécie estrita, ou seja, da atividade econômica em seu sentido restrito.[372]

Delimitações terminológicas tecidas, ressalta-se que foram os artigos 173 e 174 da CF os quais inovaram substancialmente ao estabelecer a interação e balizadas da atuação estatal no ambiente econômico. Não somente se qualificou o Estado como agente normativo e regulador,[373] estabelecendo uma nova forma de relacionamento – regulatória – que não existia nas Constituições anteriores,[374] como também restringiu a atuação deste nas atividades econômicas estritas às hipóteses de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.[375] Do enunciado deste último artigo, ressalvam-se os casos em que a Constituição atribuiu ao ente estatal a exclusividade na exploração, seja para os casos de regime de monopólio,[376] seja pela natureza pública (*publicatio*) da atividade (serviço público).

A definição de determinada atividade como serviço público, atribuindo-lhe atributos inerentes ao direito público,[377] é resultado da "escolha política de determinado Estado como forma de atender os mais relevantes interesses dos cidadãos".[378] Dessa forma, pode-se dizer que "serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico".[379]

Até a edição da Lei Federal nº 13.460/2017, a qual regulamentou a relação dos usuários com os serviços públicos, não havia um conceito legal definidor de quais atividades

---

371 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). 4. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 131.

372 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...**, p. 132-137.

373 O art. 174, *caput*, assim dispõe: "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

374 MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 125.

375 O art. 173, *caput*, estabelece que "ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

376 Somente à título elucidativo, são as atividades elencadas nos incisos do artigo 177, da Constituição Federal, que constituem monopólio da União.

377 Conferir à determinada atividade atributos de direito público, significa dizer que ela deverá ser conduzida "pelo regime jurídico de Direito público, cujos adjetivos fundamentais são, *mutatis mutandi*, a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a desigualdade entre as partes". GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 134.

378 SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse Público – IP**. Ano 6, nº 30, p. 77-97, mar / abril. Porto Alegre. Notadez, 2005, p. 78.

379 GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 134.

contemplariam os serviços públicos,[380] tendo a doutrina construído uma série de conceitos para descrevê-los.[381] A referida legislação, no entanto, ao adotar perspectiva amplíssima para o conceito, definiu que serviço público consiste na "atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública".[382] Sucede-se que o conceito apresentado pela norma é ambíguo e não perpassa a segurança necessária,[383] dificultando a sua utilização na prática, razão pela qual se opta por utilizar a definição erigida pela doutrina.

E, dentro da ordem econômica da Constituição, é o art. 175 que regulamenta a prestação dos serviços públicos.[384] Este dispositivo também resultou em inovações no que se refere aos serviços públicos, não somente por assegurar a titularidade destes exclusivamente ao ente estatal, mas também por permitir a delegação da prestação aos particulares, sob o regime de concessão ou permissão. A partir da Constituição de 1988, portanto, a prestação dos serviços públicos não mais se limitou à intervenção direta do Estado, autorizando-se a prestação, quando as circunstâncias assim permitirem, aos particulares.[385]

---

380 Em verdade, "o conceito de serviço público revela-se como uma das noções mais variáveis e cambiantes do universo do Direito Administrativo, desde o seu nascedouro, e continua a suscitar acirradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da sua definição" (GABARDO, Emerson. O regime jurídico da empresa brasileira de correios e telégrafos – entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GABARDO, Emerson; GONÇALVES, Guilherme de Salles (coord.). **Direito da Infraestrutura: temas de organização do estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.15-52. p. 33)

381 Até a edição da mencionada legislação, uma das definições bastante utilizadas para conceituar os serviços públicos era aquela descrita por Justen Filho, na medida em que privilegia o aspecto material da atividade. Para o autor, "serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinadas a pessoas indeterminadas e executadas sob regime de direito público". JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras no direito positivo brasileiro. *In* **Direito Administrativo Econômico.** CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; BATISTA DOS SANTOS, João Eduardo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 370.

382 Trata-se do art. 2º, inciso II, da Lei Federal nº 13.460/2017.

383 A crítica é tecida por Emerson Gabardo ao comentar a Lei 13.460/17. Para o autor, "perdeu-se a oportunidade de conferir mais segurança jurídica à matéria mediante o estabelecimento de uma terminologia de melhor precisão". GABARDO, Emerson. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. n. 367, 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-doservico-publico-lei-13-460-17>. Acesso em 15 nov. 2018.

384 Para objetivo do presente trabalho, quando se aludir ao termo serviço público, estar-se-á referindo aos serviços públicos privativos, ou seja, aquelas atividades que, nos termos do art. 175, competem exclusivamente ao Estado prestar, seja direta ou indiretamente. Afasta-se, assim, a interpretação dúbia que poderia ocorrer em relação aos serviços públicos de responsabilidade estatal (saúde, educação, previdência e assistência social), mas que não sejam exclusivos quanto à prestação.

385 Discorrendo sobre o conteúdo normativo do art. 175, Schiriato destaca que a escolha pela delegação da prestação do serviço público ao particular decorrerá da existência de razões de conveniência e oportunidade, em que o gestor "poderá outorgar concessões ou permissões para que terceiros prestem tais serviços sob um regime total ou parcialmente público, permanecendo a titularidade dos serviços, no entanto, pública". SCHIRATO, Vitor Rhein. **A regulação dos serviços**..., p. 81.

Em contrapartida à existência de atores econômicos atuando em regime de concorrência, em setores da atividade econômica estrita até então monopolizados, somado a possibilidade de se transferir a execução dos serviços públicos aos particulares, (artigos 173 e 175, da CF, respectivamente), sobrevém ao Estado a exigência de *republicizar* os controles sobre algumas dessas atividades. Descrevendo sobre a nova posição do Estado frente às atividades econômicas, Moreira assevera que "o chamado *movimento de desregulação* na verdade implicou na *re-regulação* (novos métodos), a *expansão* (novos territórios), a *intensificação* e a *ampliação de sujeitos e objetos, regulados e reguladores*".[386]

Por certo, é em relação aos serviços públicos privativos que se exige, com maior intensidade, a expansão da compensação pela atividade regulatória estatal em contraponto a diminuição da intervenção direta. E isto porque a transferência da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada não significa, invariavelmente, o afastamento do Estado de suas obrigações frente ao atingimento dos interesses coletivos daqueles. Pelo contrário: a "consagração do modelo regulatório significa a eleição da via regulatória como uma forma essencial de realização do interesse público, o que significa a organização racional de um sistema de produção de regulação".[387]

A atividade de regulação configura-se como instrumento do qual o Estado pode se valer para buscar tanto a melhoria na qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, garantindo-se que esses sejam ofertados nos termos delimitados pelo próprio Estado, como também possibilita a articulação e mediação dos diversos agentes envolvidos, a fim de que o interesse público daquela atividade seja adequadamente promovido. Diante disso, resta deixar claro que, quando a prestação dos serviços públicos não for diretamente prestada pelo ente titular – isto é, quando for executada ou por particulares, mediante delegação, ou por outra entidade da administração, mediante contrato de programa –, a intervenção estatal deverá ser exercida por meio de forte regulação, visto que "a área dos serviços públicos é uma área de atuação do Estado, o qual, quando não presta *diretamente* a atividade, *regula* sua prestação de forma a suprir necessidades coletivas".[388]

Imperioso destacar que, a regulação dos serviços públicos, diante de sua importância para a concretização dos direitos sociais em contrário a retirada do Estado da

---

386 MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 129.

387 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 41. Nessa mesma linha de raciocínio, Moreira Neto leciona que "a privatização da execução do serviço público, empreendida pela reforma do Estado (administrativa) neste fim de século, termina sendo uma publicização de sua regulamentação e controle". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito...**, p. 148.

388 NOHARA, Irene Patrícia. **Regulação da atividade...**, p. 31.

prestação direta,[389] deve ser realizada por pessoa distinta daquela que presta o serviço. Nesse sentido, observe-se como a matéria foi normatizada pela Lei 11.445/07. No âmbito das atividades do saneamento básico – as quais se caracterizam pela presença de diversos agentes, várias etapas de implementação e muitos interesses que circundam a prestação – a agência precisa executar suas atribuições com a imparcialidade necessária, a fim alcançar os objetivos para o qual foi constituída. É dizer, compreendendo as ações regulatórias nas tarefas de parametrização das dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços[390] e fiscalização do prestador, aplicando-lhe as sanções cabíveis,[391] a LNSB categoricamente proibiu que o prestador do serviço também seja o regulador, sob pena de restar reduzida a zero a eficácia resultante do exercício da regulação.[392]

A atividade regulatória, distinta da função de regulamentação, representa a ideia de conciliação entre interesses inicialmente opostos, criando instrumentos aptos a contrabalancear valores de solidariedade social – isto é, valores relativos aos interesses públicos envolvidos – com interesses privados inerentes à atividade econômica regulada. Nessa linha de raciocínio, Marques Neto, ao justificar a ação do Estado como agente regulador, expõe que a moderna regulação exige a manutenção "do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direito dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução das desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc)".[393] Para o autor, a referida conclusão se justifica sob a indicação de que, na seara da intervenção indireta, os pressupostos, os objetivos e os instrumentos da regulação estatal diferem consideravelmente da intervenção direta até então adotada.[394]

---

389 Corroborando com a argumentação aqui apresentada, Gustavo Justino de Oliveira leciona que a regulação contemporânea compreende, para além do âmbito econômico, a regulação social, no terreno da justiça distributiva. Isto é, para o autor, "além de regulador econômico e social, o desempenho estatal em prol do desenvolvimento humano e comunitário é visto como uma das funções mais típicas na atualidade". OLIVEIRA. Gustavo Henrique Justino de. **Direito ao desenvolvimento...**, p. 5.

390 O Art. 23, *caput*, da LNSB, dispõe: "A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos [...]":

391 O art. 23, § 3º, preceitua: "as entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços".

392 Ao analisar o inciso IV, art. 2º, do Decreto regulamentador da LNSB, Chievo assevera que o diploma, ao definir o termo regulamentação, "confirmou que a lei pretendeu extinguir a figura da autorregulação". CHIEVO, Thiago Alves. O papel dos consórcios públicos no setor de saneamento básico à Luz da Lei 11.445/2007 e do Decreto 7.217/10. *In* DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 195.

393 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 34.

394 Em raciocínio similar, Sundfeld assevera que são três os motivos que justificam a regulação dos serviços estatais: o primeiro, referente a necessidade de uma autoridade forte que monitore os agentes envolvidos na atividade; segundo, porque se tratam de "serviços fundamentais ao país, e seu colapso seria um desastre para

No que se refere aos pressupostos, a regulação pauta-se na ideia de mediação, devendo a autoridade reguladora dialogar e interagir com os sujeitos regulados, não só para tornar mais legítima sua atividade, como também para entregar resultados mais próximos às necessidades dos cidadãos; já em relação aos objetivos, observa-se que os interesses, até então majoritariamente do Estado-nação, são substituídos por interesses públicos (quais sejam, os interesses da sociedade consagrados no ordenamento jurídico); instrumentos, porque a execução da atividade regulatória exige mecanismos que permitam efetivar a intervenção estatal, abrindo-se espaços para que haja comunicação e transparência entre todos os agentes envolvidos (Estado, agente privado e cidadão).[395]

O sistema regulatório nacional foi pautado e edificado sobre essas premissas, tendo por conteúdo normativo central o art. 174 da Constituição Federal. Dessa forma, pode-se definir a função administrativa regulatória como sendo o "conjunto de instrumentos por meio dos quais o Estado disciplina e fiscaliza o exercício de uma atividade privada ou a prestação de um serviço de interesse público".[396] Significado semelhante é proposto por Fernando Mânica e Fernando Menegat, os quais indicam que a "regulação econômica consiste num conjunto de técnicas ordenadoras de que lança mão o Estado para disciplinar os mais variados aspectos atinentes à iniciativa em matéria econômica".[397]

Sob uma perspectiva restritiva, voltada aos serviços públicos, o Decreto Federal 7.212/10, que regulamenta a LNSB, atribui um conceito legal à regulação, seguindo a mesma linha apresentada pela doutrina. Nesse influxo, o texto normativo prescreve que regulação consiste em "todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto sócio-ambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos".[398]

---

a economia", razão pela qual o Estado não pode ficar indiferente às ações anticomerciais e contrários ao interesse social; terceiro, para que os consumidores, especialmente aqueles identificados como sem-serviço, sejam protegidos da prestação irregular do serviço. SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In* **Direito Administrativo Econômico**. Carlos Ari Sundfeld (Coor.). 1 ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, p. 34.

395 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 31-34.

396 ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Regulação e controle dos serviços públicos de saneamento básico: agências reguladoras e controle social à luz da Lei n. 11.445/2007. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, jan - mar, 2016, p. 86.

397 MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando**. Teoria Jurídica da Privatização:** Fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no Direito Brasileiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69.

398 Em específico, cuida-se do conceito apresentado pelo art. 2º, II, do Decreto Federal 7.217/2010.

No Brasil, as funções regulatórias são desempenhadas por meio de um sistema independente de regulação, operacionalizadas pelas Agências Regulatórias Independentes.[399] A escolha dessas entidades pautou-se pela necessidade de a intervenção estatal indireta incidir de maneira acentuada e contínua, na medida em que relações econômico-sociais tornaram-se setorizadas diante do aumento da complexidade inerente a cada uma.[400] E para que isso seja concretizado, demandou-se "o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político".[401]

A escolha pelas agências regulatórias decorre das especificidades que contemplam a sua estrutura, sendo elas decisivas para o cumprimento das funções supramencionadas. Tratam-se de pessoas jurídicas de direito público, criadas sob a natureza jurídica de autarquia, sendo regidas, no entanto, por um sistema especial de atuação, assentado na independência funcional, o qual as diferenciam das autarquias comuns. Sob a forma de entidade autárquica, passam a integrar a estrutura indireta da Administração, razão pela qual desfrutam de todas as prerrogativas públicas, mas também se submeterem aos deveres, inerentes à *publicatio*. Acrescenta-se, ao fato de possuírem natureza jurídica autárquica, a obrigatoriedade da criação e formação de uma nova agência ocorrer obrigatoriamente pela via legislativa, consoante previsto pelo art. 37, inciso XIX, da CF.[402]

Em linhas gerais, a lei instituidora da agência deverá estabelecer o objeto da regulação, indicando quais atividades serão reguladas. Ademais, a norma também deverá expressamente prever a delegação da competência regulatória à nova entidade, definindo-lhe as funções normativas (criação de regras inerentes à prestação do serviço, a exemplo do estabelecimento das regras técnicas), judicantes (resolução dos conflitos envolvendo os agentes regulados, a entidade reguladora e os consumidores ou usuários daquele serviço) e

---

399 Marques Neto prefere utilizar a expressão "Autoridades Reguladoras Independentes", pelo fato de o termo se enquadrar, com melhor precisão, aos três aspectos centrais que caracterizam as agências, quais sejam: "i) *órgãos públicos*, dotados de autoridade; ii) voltados ao exercício da *função de regulação* e iii) caracterizados pela *independência*". MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 55.

400 Descrevendo algumas das atribuições que, atualmente, são inerentes às atividades das agências reguladoras no âmbito dos serviços públicos, Nohara destaca que a elas compete a função de "estruturar os investimentos privados em infraestrutura, por meio da elaboração dos editais de licitação, estabelecimento do valor da tarifa, bem como dos critérios de reajuste e celebração de contratos, fixação das regras, portanto, das delegações, controle do desempenho das atividades, aplicação de sanções, rescisão ou alteração unilateral de contratos, acumulando também o papel de ouvidoria da reclamação dos usuários". NOHARA, Irene Patrícia. **Regulação da atividade...**, p. 34.

401 SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências...**, p. 18.

402 O art. 37, XIX, assim dispõe: "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".

fiscalizatórias (executando atributos inerentes ao poder de polícia, aplicando sanções e penalidade administrativas).[403]

Todos os detalhes que deverão constar na Lei instituidora da agência, no entanto, não podem engessá-la de tal modo que seja retirada ou restringida sua característica basilar, qual seja, a independência na atuação. Até porque, o atributo da independência garante que a atividade regulatória seja realizada de maneira equidistante aos agentes envolvidos, isto é, sem que haja pressão externa concernentes aos interesses dos prestadores, dos beneficiários (cidadãos, usuários), e até mesmo do próprio poder político (interesses político-partidários de ocasião ou interesses diretamente vinculados ao setor regulado).[404]

Deve-se anotar que, para assegurar que a entidade reguladora execute suas atribuições de modo independente, a Lei inaugural deverá prever os instrumentos imprescindíveis para tanto. Em verdade, esses meios caracterizam-se em autonomias a serem garantidas à agência. Em outras palavras, é dizer: para que a independência funcional-decisória seja garantida, a lei instituidora deverá prever um conjunto de autonomias à agência reguladora, as quais consistem em cinco principais setores, a saber:[405] competência normativa própria; autonomia administrativa; autonomia orçamentário-financeira; autonomia técnica e de pessoal; e, autonomia político-decisória.[406] Acrescenta-se que a implementação dessas autonomias pressupõe a criação de arranjo jurídico mínimo a promovê-las, com a delimitação de regras específicas para cada um dos setores, como se passará a demonstrar.

A competência normativa caracteriza-se por ser um dos atributos mais importantes da atividade regulatória. Efetuada através de delegação legislativa, autoriza-se à agência a competência para elaborar as normas imprescindíveis à realização daquela atividade regulatória. Normas infralegais de natureza administrativa e técnica (geralmente veiculadas

---

403 Em similar análise, Schirato assevera que "as competências dos órgãos reguladores, sempre devidamente estabelecidas na lei de criação do respectivo órgão, preveem o exercício de funções normativas, arbitrais, jurisdicionais e fiscalizadoras, o que acarreta grande complexidade funcional das agências reguladoras". SCHIRATO, Victor. **A regulação dos serviços...**, p. 85.

404 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 68.

405 Cuida-se de classificação similar a proposta por Moreira Neto, o qual leciona que a independência das agências reguladoras decorre de quatro fatores principais, sendo eles: as independências política dos gestores; técnica decisional; normativa; e gerencial, orçamentário e financeira. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito...**, p. 148.

406 Pretende-se adotar classificação própria, diferentemente daquela proposta por Marques Neto, o qual classifica a independência em duas espécies, orgânica e administrativa. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 72-79. Consoante supramencionado, entende-se que a independência da agência (gênero) é alcançada com o somatório de cada uma das cinco autonomias apresentadas (espécies), independentemente de elas serem organizadas em grupos próprios. Por isso as autonomias (normativa, financeira, técnica-pessoal, política e administrativo-organizacional) deverão ser averiguadas em separado, ou seja, em categorias próprias para cada uma.

por meio de Resoluções normativas), as quais podem ser mais facilmente alteradas quando as condições sociais, econômicas ou técnicas se fizerem presentes e assim exigirem.[407]

A inexistência da competência normativa levaria a entidade reguladora ao engessamento e à submissão política: dependeria da vontade e da celeridade política do Poder Legislativo para analisar matérias minuciosamente técnicas, as quais não são de competência e tampouco podem demorar a ser editadas ou alteradas. Por consequência da autonomia normativa, permite-se que não somente haja "a atuação célere e flexível para a solução – em abstrato e em concreto – de questões em que predomine *escolha técnica*",[408] mas também se evita "que decisões técnicas fiquem cristalizadas em lei e se tornem rapidamente obsoletas".[409]

A legislação igualmente deverá arquitetar a estrutura institucional e funcional da entidade reguladora. Para tanto, deverá prever quais órgãos comporão a agência e qual será a estrutura hierárquica a que estarão submetidos (por exemplo, instituindo Conselhos colegiados, diretorias, coordenadorias, etc). Também deverá formatar a composição, atribuição e deveres dos seus respectivos cargos, delimitando com clareza as competências e atribuições dos funcionários e dirigentes, além de indicar a forma de ingresso e exoneração destes. Noutros termos, a legislação deverá estabelecer o arranjo jurídico-organizacional necessário para que a entidade possa para exercer suas atribuições com independência.

Todas essas disposições concernentes ao formato institucional da agência, no entanto, não podem obstaculizar a autonomia desta para administrar e gerir suas atribuições da maneira que entender mais eficiente. É dizer, conquanto a legislação instituidora da agência tenha que prever uma série de normas organizacionais e funcionais, isso não a permite atravancar a forma de gerenciamento e organização dos serviços da entidade. Diante disso, o arcabouço normativo deve prover a agência de autonomia necessária para gerir seu orçamento, podendo "alocar os recursos disponíveis nas atividades que, ao ver do órgão, sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades".[410] Na mesma linha, deve-se garantir à agência, respeitada as regras estruturais previstas na lei, a autonomia administrativa para organizar-se internamente, sendo somente ela competente para escolher as

---

407 No que se refere à regulação no setor de saneamento básico, deve-se anotar que, após a Publicação da MP 864/2018, as normas locais deverão considerar os parâmetros estabelecidos pela Agência Nacional de Água. Isto é, o art. 25-B, da Lei 11.445/07, incluído pela referida MP, conferiu à ANA a atribuição de instituir "normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico e por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente".

408 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito...**, p. 162.

409 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito...**, p. 164.

410 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 76.

localidades que terá estrutura física para atendimento, organizar o processo funcional (prazos para análise de recursos; emissões de pareces; execução de determinadas tarefas) da agência.

Apesar dessa ressalva inerente à autonomia administrativa, algumas medidas institucionais deverão terminantemente constar na lei de criação da agência como forma de a conferir autonomia política e decisória. A autonomia política, tem por objetivo garantir que "os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor".[411] Diante disso, duas principais as medidas configuram-se como essenciais para garantir a referida autonomia: sob a análise organizacional, a definição dos cargos do Conselho regulatório, o modelo de nomeação e definição da estabilidade dos seus dirigentes; e, sob a perspectiva funcional, a ausência de controle hierárquico.[412]

A definição precisa das especificações técnicas intrínsecas aos cargos que comporão o Conselho regulatório (ou outro nome conferido às entidades responsáveis pela fiscalização e normatização no âmbito da agência), a partir da indicação da especialidade ou ramo do conhecimento que o profissional deverá ter conhecimento para assumir o cargo, é uma das formas de driblar escolhas político-partidárias quanto à nomeação. No mesmo sentido, a definição precisa das regras que norteiam o processo de escolha dos dirigentes – a exemplo de definição do voto, a ser, preferencialmente, exercido entre os próprios pares e não por políticos externos; definição de lista tríplice emitida pela própria entidade; e a existência de limite de prazo temporal para se escolher o novo dirigente – também possuem a função de dirimir pressões políticas externas e garantir o contínuo desenvolvimento das ações regulatórias.

A estabilidade dos dirigentes é outra regra que deve ser previamente normatizada. A estabilidade consiste na previsão legislativa de períodos determinados para o exercício dos mandatos, garantindo aos dirigentes a condição para tomarem decisões exclusivamente sob os parâmetros técnico-normativos pré-estabelecidos, sem correrem o risco de serem exonerados ou retirados arbitrariamente do cargo que ocupam. Pretende-se, com essa técnica, promover a autonomia político-decisória, uma vez que se reduz as influências externas, sejam oriundas do poder público ou das entidades privadas submetidas à regulação.

Para potencializar os resultados pretendidos com o estabelecimento de mandatos fixos, a legislação também deverá prever procedimento administrativo específico para a

---

411 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 73.

412 Esses de dois fatores são indicados por Marques Neto como necessários, dentro da classificação por ele estabelecida, a garantir a independência orgânica da agência. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 72-75.

retirada de dirigente do cargo, autorizando-se a extinção do mandato somente nas hipóteses de violação de deveres funcionais ou cometimento de atos ilícitos contra a Administração e atos criminais. E, se por algum motivo o dirigente resolva exonerar-se, deverá ser previsto prazo de quarentena, impedindo que o gestor pratique atos relacionados à atividade que regulava no período pré-determinado pela lei. Essa última medida é importante, porquanto objetiva obstar "o fluxo de informações no sentido do regulador para o regulado e permite uma demarcação de períodos entre a atuação do agente no âmbito do regulador e, após, no mercado".[413]

A não previsão do regramento acima indicado pode ocasionar a paralização das atividades decisórias da agência, originando o locaute regulatório e a migração pública. Cuidam-se de termos utilizados por Egon Bochmann Moreira para indicar um dos três problemas relacionados à saúde mental das agências.[414] Para o autor, *locaute regulatório* caracteriza-se quando "as agências ficam literalmente impedidas de regular os respectivos setores devido à falta de quórum em suas diretorias colegiadas – conjugado com o fato de que não dispõem da *expertise* necessária para o respectivo direito da regulação".[415] Já a *migração pública* refere-se ao jogo político-partidário em que se utiliza da agência como balcão de negócios político-partidários, alocando em seus cargos de livre nomeação políticos e pessoas vinculadas ao grupo político do poder.[416] É em razão disso que se faz necessário detalhar as regras que norteiam o modelo e a forma de nomeação e ocupação dos cargos dos dirigentes, bem como a definição do prazo do mandato. Evita-se, dessa maneira, a paralização da atuação regulatória e garante-se a autonomia político-decisória aos gestores.

Ainda no que tange à autonomia política, mas sob um viés funcional, às agências reguladoras devem ser situadas no grau hierárquico mais elevado para decidir as questões que lhe são pertinentes, vedando-se os mecanismos de controle hierárquico. Noutros termos, os atos e decisões praticadas pela agência, mormente no que tange às competências regulatórias, não podem ser "passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados".[417] Com essa previsão, pretende-se evitar que as decisões técnicas tomadas pelas instâncias regulatórias da agência sejam monitoradas e modificadas por interferências

---

413 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 69.

414 Moreira destaca três problemas que atualmente atingem à sanidade mental das agências reguladoras, a saber: *migração pública*, *locaute regulatório* e a *inanição regulatória.* MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 131-134.

415 MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 133.

416 MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 132.

417 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 74.

políticas, alcançadas através de recursos hierárquicos destinados ao ente que a agência esteja submetida.

A autonomia técnica e de pessoal é outro atributo que deve ser garantido à agência reguladora para que ela possa exercer, com independência, as atividades para a qual foi criada. Isto porque, as agências são formatadas para regularem setores estratégicos da economia, os quais se caracterizam por serem técnicos e financeiramente complexos (a exemplo do setor de telecomunicações, de saneamento básico, aviação, dentre inúmeras outras). No que se refere aos serviços públicos, a complexidade aumenta, na medida em que se acrescenta na balança regulatória as particularidades sociais e de políticas públicas intrínsecos àquele serviço.[418]

Frente a esse contexto, torna-se imperiosa a contratação e manutenção de funcionários tecnicamente capacitados para exercerem as atribuições regulatórias,[419] em detrimento aos cargos comissionados. Para tanto, de um lado, é preciso estruturar a agência com regime jurídico que atribua aos funcionários as prerrogativas públicas necessárias ao cargo. E, conforme mencionado no capítulo anterior, a Constituição Federal expressamente determina que seja adotado o regime jurídico estatutário para regular as contratações das agências reguladoras. A adoção desse regime não se justifica somente pelo fato de ser uma imposição constitucional, mas também por garantir aos técnicos condições de estabilidade para o desenvolvimento de suas atribuições (fiscalizatórias, sancionarias, etc) e por proporcionar padrões remuneratórios superiores aqueles pagos pela iniciativa privada.[420] Dessa forma, pessoas com qualificação técnica mais elevada serão contratadas pelas agências, o que, em tese, possibilitará que pareceres bem fundamentados e fiscalizações tecnicamente consistentes sejam realizadas e consigam fazer frente às pressões políticas externas, sejam elas advindas do poder político central, dos prestadores ou dos próprios usuários.

De outro lado, para além do regime de trabalho e de salários compatíveis com as atribuições técnicas, faz-se necessário investimentos constantes na manutenção do

---

418 Veja-se, por exemplo, a complexidade de regular o setor de saneamento básico. No âmbito do saneamento, a regulação consistirá "na normatização e na padronização dos serviços públicos de saneamento básico, tratando de questões obrigacionais, técnicas, econômicas, adstritas à adequada prestação dos serviços aos usuários, ao cumprimento das metas e dos objetivos do plano de saneamento e à observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da modicidade das tarifas. ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Regulação e controle...**, p. 89.

419 Ideia similar é proposta por Marques Neto, o qual defende um regime jurídico compatível e o divide em dois momentos. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 78-79.

420 Caso o decurso do tempo evidencie uma defasagem salarial entre o valor pago pela Agência e aquele pago pela iniciativa privada, "essa diferença não pode ser tal que se configure como uma desfeita, um desincentivo aos técnicos incumbidos da regulação". MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 79.

aperfeiçoamento técnico dos servidores. Isso permitirá que eles se mantenham atualizados e tecnicamente aptos a, frente ao aumento de complexidade da atividade regulada, exercerem de modo efetivo e contínuo a atividade regulatória. Até porque, aquele que é incumbido de parametrizar as condições da prestação do serviço e de fiscalizá-lo deve deter conhecimento técnico mais apurado do que os agentes regulados, especialmente no que se refere aos prestadores. Caso isso não ocorra, a regulação restará prejudicada, na medida em que o prestador do serviço poderá burlar o sistema regulatório e apresentar resultados técnicos e econômicos que não reflitam a realidade, influenciando a decisão final ao seu favor.

Não menos importante, a Lei instituidora da agência também deverá prever as formas de ingresso de receita que sejam suficientes para assegurar a autonomia orçamentário-financeira da entidade. A previsão de receitas à entidade poderá ser realizada diretamente pelos agentes regulados ou por dotações orçamentarias próprias, permitindo-se, em tese, que a agência gerencie e execute integralmente as suas funções sem precisar negociar verbas complementares com o ente político central.

Sucede-se que a dependência de repasses financeiros pelo ente a qual a agência está vinculada restringe sua independência funcional, até mesmo podendo inviabilizar a execução de suas atividades-fim. Isto porque a entidade estará submetida a boa vontade do gestor, o qual poderá liberar e repassar os valores devidos somente quando bem lhe entender. Ou seja, caso as fiscalizações e decisões da agência estejam indo de encontro à política estabelecida pelo gestor detentor dos recursos, ele poderá atrasar, repassar parcialmente ou restringir integralmente o orçamento. Isto prejudicará a execução das ações regulatórias, uma vez que "a dependência de recursos orçamentários acarreta redução da margem de liberdade nas escolhas e decisões".[421]

O aporte incompleto ou a menor das verbas necessárias ao cumprimento das funções da agência consiste, conforme lecionado por Moreira, no problema denominado inanição regulatória.[422] Para Moreira, a ausência de dinheiro impede o desenvolvimento das atividades em duas frentes: em relação à infraestrutura, a qual se torna fisicamente precária e tecnologicamente defasada; e concernente ao pessoal, impedindo a contratação e manutenção de servidores com elevada qualificação técnica.[423] Nessa linha de raciocínio, o autor assevera que "sem recursos, sem infraestrutura e sem pessoas não se pode regular qualquer setor

---

421 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...**, p. 476.

422 A *inanição regulatória* configura-se em um dos três problemas relacionados à sanidade mental das agências reguladoras, consoante acima mencionado. MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 131-134.

423 MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 133.

econômico, quanto mais aqueles definidos normativamente como de maior importância".[424] Até porque, o engessamento das atividades da agência por falta de meios financeiros consiste na pior captura que pode acometê-la,[425] na medida em que a transforma num simples simulacro, conforme alega Marques Neto.[426]

Diante desse contexto, torna-se imperioso a criação de fontes de receitas próprias à agência, aptas a financiar integralmente as despesas de operação e funcionamento. Uma das hipóteses para garantir a autonomia financeira das agências, refere-se à instituição de taxas regulatórias, a serem cobradas dos prestadores do serviço pelo exercício da atividade de polícia.[427] Ressalta-se que tributos somente podem ser exigidos mediante lei prévia,[428] razão pelo qual o desenho da matriz de incidência tributária de uma nova taxa deverá ser disciplina na lei que cria a agência.

Hugo de Brito Machado, a partir da leitura realizado do art. 145, II, da CFRB 1988,[429] leciona que a taxa possui como fato gerador atividade estatal específica em relação ao contribuinte, vinculando-se ao "(a) exercício regular do poder de polícia ou (b) a prestação de serviço ou colocação destes à disposição do contribuinte".[430] Considerando que função regulatória abrange as atividades inerentes ao poder de polícia, conforme já analisado, é esta a razão pela qual a taxa configura-se "na solução mais satisfatória para o caso examinado, especialmente quando se reconhece [...] que a competência regulatória envolve uma manifestação de competências estatais reconduzíveis ao instituto do poder de polícia".[431]

---

424 MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 133.

425 Conforme leciona Moreira, captura regulatória é o termo utilizado para o fato de a agência "não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido em lei. Ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal beneficiário é o próprio regulado (ou o governante de plantão, à procura de voto). [...] Por meio da captura, a norma regulatória – que, em tese, se prestaria a alterar a conduta dos agentes econômicos submetidos à agência – acaba por se tornar um produto, eis que manufaturada pelos regulados (ou pelo executivo central) em seu favor". MOREIRA, Egon Bochman. **Qual é o futuro...**, p. 134.

426 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 77-78.

427 Ideia similar é proposta por Marque Neto. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 77. Nessa linha, Justen Filho sustenta que, para o caso em análise, "a solução mais adequada envolve uma das modalidades de taxas consagradas em nosso sistema constitucional". JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...**, p. 478.

428 Cuida-se do princípio da legalidade tributária, o qual garante que "nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser através de *lei* (CF, art. 150, I)". MACHADO, Hugo De Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p 32.

429 O dispositivo em apreço prescreve que: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

430 MACHADO, Hugo De Brito. **Curso de Direito...**, p. 438.

431 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...**, p. 478.

Acrescenta-se que, a pessoa jurídica de direito público legitimada para cobrar a taxa de regulação é aquela que "realiza a atividade à qual se vincule o fato gerador respectivo".[432] Noutros termos, a mesma entidade que desempenha o poder de polícia administrativa é a competente para cobrar o tributo. Nesse sentido, evidencia-se que o consórcio público, quando constituído sob a natureza jurídica de direito público (consórcio público-público), "poderá ser sujeito tributário ativo de taxa apta a remunerar os custos da atividade de polícia administrativa por ele desempenhada, relacionada à competência do ente da Federação consorciado".[433] Ante a natureza vinculativa da taxa, ressalva-se que as receitas auferidas pela cobrança das taxas de regulação devem ser exclusivamente despendidas no exercício das atividades da agência, sob pena de ser judicializada a exação sob as justificativas de excesso de tributação ou de desvio de finalidade do tributo.[434]

Provendo seus recursos por fontes exclusivamente próprias, a entidade reguladora deixa de depender de repasses financeiros oriundos do poder central e não mais necessita negociar politicamente o pagamento de tais verbas. Garante-se, dessa maneira, a plena autonomia financeira da entidade reguladora e, consequentemente, a independência necessária para o desempenho imparcial de suas atividades. Ou seja, afastam-se as ingerências político-partidárias externas, porquanto se garante à agência a autonomia para gerenciar e executar suas atribuições a partir de recursos integralmente próprios.

Deve-se ressalvar que a criação de taxa específica para a manutenção de agência reguladora no âmbito municipal pode não ser suficiente para garantir a autonomia financeira desta. Assim, como medida para potencializar a arrecadação das entidades municipais, sugere-se a criação de entidade supralocal. Isto porque, a taxação imposta pelo consórcio público recairá sobre todos os prestadores dos municípios consorciados, – e não somente um ou poucos, como ocorreria na existência de entidade reguladora municipal – o que garante maior arrecadação à agência. Conforme se demonstrará na próxima parte, com esse formato de arrecadação não somente é possível deixar de instituir todas as formas de cobranças possíveis, como também possibilita a redução da base de cálculo das taxas já instituídas, ante a quantidade de recursos provenientes da regulação supralocal.

Notadamente, as cinco autonomias acima apresentadas (normativa, político-decisória, administrativa-organizacional, técnica-pessoal; e, financeira-orçamentária)

---

432 MACHADO, Hugo De Brito. **Curso de Direito...**, p. 443.

433 PROBST, Marcos Fey. **A gestão associada de serviços públicos no sistema constitucional tributário brasileiro**: a instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos. Florianópolis, 2018. 431 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 370.

434 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 77.

integram o núcleo da independência funcional das agências reguladoras, formando o caráter especial dessas autarquias. Moreira Neto, sob uma perspectiva mais ampla, elenca algumas vantagens que podem ser extraídas a partir dessa modelagem, dentre as principais, destacam-se: a política, em razão da abertura da agência à participação de todos os envolvidos, inclusive os usuários do serviço;[435] a técnica, ante a predominância de decisões técnicas em detrimento das posturas políticos e ideológicas; e, por último, a fiscal, tendo em vista a possibilidade de o custeio ser realizado pelos próprios agentes regulados, independente de aportes orçamentários públicos.

Em resumo, são três os fundamentos que caracterizam as agências reguladoras no ordenamento jurídico nacional, sendo elas: possuírem natureza jurídica de direito público, na medida em que normatização e a fiscalização sustentam-se em prerrogativas públicas (*publicatio*); exercerem a função regulatória, a qual não se confunde com a prestação,[436] utilizando-se de instrumentos jurídicos específicos para isso (i.e., edição de Resoluções e aplicação de penalidades administrativas decorrentes da fiscalização); atuarem com independência em relação ao ente criador, seja por possuírem receita própria suficiente para organizar e manter as atividades fiscalizatórias e administrativas, seja pela autonomia político-decisória e administrativa e de capacitiva técnica do pessoal. O difícil é organizar e implementar esse desenho institucional na prática, especialmente nos municípios brasileiros.[437]

No que tange à regulação da prestação dos serviços públicos – seja ele executado direita ou indiretamente –, entende-se que há a necessidade de intensificar o sistema regulatório, uma vez que, no Brasil, "a realização de um satisfatório estágio de desenvolvimento ainda é uma tarefa não realizada, [razão pela qual] a defesa de um Estado

---

435 A abertura das agências regulatórias à participação popular mostrou-se uma tendência no Brasil. Tanto é que, mesmo já havendo previsão normativa dessa participação – traduzidas na realização de audiência públicas – nas Leis instituidoras das Agências Reguladoras brasileiras, o art. 29 da Lei 13.655/2018, a qual alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, positivou a essa recomendação, ao prescrever que: "Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão". Exatamente nesse sentido é que Schiriato, ao pontuar sobre a conceito que define a regulação dos serviços públicos no Brasil, muito antes da edição da referida legislação, já realçava como um dos objetos o de "garantir de forma democrática e consensual a devida e adequada prestação dos serviços públicos à população". SCHIRIATO, Victor. **A regulação dos serviços...**, p. 89.

436 Discorrendo sobre relevância do advento da atividade regulatória, em comparação com a intervenção estatal direta, Marques Neto, dentro outros motivos, evidencia a obrigatoriedade de separação entre o agente encarregado na prestação do serviço e o operador estatal responsável pela regulação daquela atividade. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras...**, p. 30.

437 É justamente essa a temática que será abordada no próximo item, momento no qual será demonstrado como a atividade reguladora municipal, quando realizada por entidade constituída em âmbito supralocal, proporciona tal grau de independência.

social interventor e efetivamente impositivo é uma exigência prioritária".[438] Não há dúvidas que, sobre o Estado, recai a responsabilidade em promover os direitos fundamentais consagrados na Constituição, os quais deverão ser materializados através da prestação de serviços públicos a fim de viabilizar o desenvolvimento econômico e social dos seus cidadãos.

Nessa linha, a despeito de se prever um processo de descentralização da prestação dos serviços públicos, ainda permanece ao Estado brasileiro a atribuição de elaborar e providenciar o bem-estar social, visto que a Constituição impõe a ele a responsabilidade pelo "incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso sociocultural, socioeconômico e socioambiental". [439] Recai sobre cada ente federativo, respeitando os limites das competências que lhe são atribuídas pelo texto constitucional, a referida responsabilidade.

Além disso e considerando que o serviço público é "o instituto que, por excelência, permite ao Estado desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais",[440] pode-se afirmar que a inexistência de organização da atividade regulatória dos serviços públicos – ou a realização desta em condições distintas das supra indicadas –, pode representar uma violação ao ordenamento. Até porque, após a promulgação da Constituição de 1988, "todos os serviços dos quais dependa a materialização de direitos fundamentais devem ser assumidos pelo Estado como sua responsabilidade",[441] inadmitindo-se que a intervenção do Estado não providencie as mínimas garantias de adequação e continuidade para o cidadão.[442]

A plausibilidade dessa violação ganha contornos realístico no âmbito municipal, na medida em que a dependência financeira e a ausência de condições materiais, a qual atinge parcela significativa dos municípios brasileiros,[443] tende a impedir que seja realizada a regulação independente dos serviços públicos prestados naquela localidade. Fato esse que pode se agravar quando o serviço público a ser regulado ultrapassa a fronteira dos

---

438 GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 119.

439 GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 178.

440 Trata-se de uma definição tecida a partir da dimensão prestacional do instituto dos serviços públicos. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e clausula de proibição do retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 170.

441 MÂNICA, Fernando B. Serviços públicos e desenvolvimento: uma crítica ao modelo de Parcerias Público-Privadas no setor social. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). (Org.). **Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2014, p. 63-82.

442 MÂNICA, Fernando B. **Serviços públicos...**, p. 75.

443 Conforme apresentado na parte 1.1 deste trabalho, mais de 85% dos municípios encerraram o ano de 2016 em situação financeira crítica ou difícil, no que se refere ao aspecto financeiro.

municípios.[444] Soma-se a esse cenário de dificuldade, a relação de proximidade política existente entre o executivo municipal e a agência reguladora local, uma vez que, na grande maioria das vezes, os dirigentes desta são oriundos ou indicados pelos membros do próprio executivo.

Diante dessa conjuntura e lembrando-se que a atividade regulatória integra o conceito de gestão associada, apresenta-se como medida essencial aos municípios, quando as circunstâncias assim exigirem, a delegação da atividade regulatória à entidade supralocal. Deve-se ressalvar que essa ideia não se alinha, em hipótese alguma, ao princípio da subsidiariedade. Trata-se nitidamente do oposto, na medida em que a atividade regulatória, promovida pela criação de uma agência reguladora supralocal (consórcio público criado especificamente para essa finalidade), representa a centralização dessas atividades.[445] Afinal, a estrutura federativa brasileira fundamenta-se na solidariedade,[446] a qual estabelece que os entes federados devem atuar conjuntamente para promoverem a parcela do bem-estar social que lhe foram atribuídas.

Objetiva-se, a partir da delegação da atividade regulatória local à entidade intermunicipal, conferir à agência reguladora meios necessários à execução independente das atribuições regulatórias que lhe foram conferidas. Meios estes que se assentam nas cinco autonomias apresentadas, as quais viabilizam a redução das interferências externas à agência, sejam elas provenientes dos agentes públicos ou dos privados. Nessa esteira, apresentar-se-á a experiência vivenciada pela Agência Intermunicipal de Saneamento Aris, a qual representa um *case* exitoso da proposta aqui apresentada: a criação de uma agência reguladora interfederativa apta a regular, com a independência imprescindível à atividade, os serviços públicos de saneamento básico dos municípios a ela consorciados.

---

444 Gabardo descreve que "a tendência futura é da existência cada vez maior de interesses que ultrapassam as fronteiras municipais, estaduais ou nacionais, notadamente na área de desenvolvimento humano e ambiental. Estes interesses, decorrentes de necessidades de ampliada complexidade, dificilmente serão mais bem atendidos mediante recursos localizados – o que torna a subsidiariedade um instrumento tendencialmente obsoleto". GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 122.

445 Gabardo refuta a ideia de que a subsidiariedade seria o fundamento apto a ensejar a atuação combinada de várias entidades menores na solução de problemas comuns. Justifica o posicionamento ao asseverar que "a ação combinada de várias entidades menores requerem justamente o movimento oposto ao da subsidiariedade, mediante a criação de entidades em nível de maior centralidade (ainda que para funções exclusivamente administrativas)". GABARDO, Emerson. **Interesse Público...**, p. 122.

446 Resumidamente, o federalismo de cooperação que rege a atuação dos entes federativos brasileiros, tal qual retratado no primeiro subitem deste capítulo, sustenta-se no princípio solidariedade. Consoante defende Bercovicci, desta solidariedade, a qual "exige a colaboração de todos os seus integrantes, existe a necessidade de uniformização de certos interesses como base desta cooperação". BERCOVICI, Gilberto. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.** Belo Horizonte, n. 6, ano 2, abri-jun, 2008 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54059>. Acesso em: 31 ago. 2018.

3.2 A Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (Aris): análise da modelagem jurídica por ela organizada

Apresentou-se, no item anterior, os aspectos teóricos acerca da regulação de serviços públicos no ordenamento nacional. Em especial, demonstrou-se como a formatação jurídica e organizacional da agência garante-lhe autonomia e a permite atuar com a independência funcional na execução de suas atribuições. Nesse âmbito, indicou-se a estrutura dos consórcios públicos intermunicipais como instrumento fundamental para alcançar essa independência no âmbito local. E isso se justifica no fato de o modelo proposto não ser meramente teórico, já existindo experiências práticas nacionais nesse sentido.[447]

Nessa esteira, pretende-se apresentar a experiência protagonizada com a criação da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – Aris, no Estado de Santa Catarina. Escolheu-se analisar esta agência por dois motivos: o primeiro, porque a agência atualmente conta com 194 municípios consorciados,[448] abrangendo aproximadamente 3,5 milhões de habitantes, e exerce suas funções em todas as regiões do território catarinense;[449] o segundo, porque a agência é pioneira nessa modelagem, tendo sido idealizada e criada no ano de 2009, o que permite analisar a evolução da estrutura e das funções da entidade nestes quase 10 anos de existência. Além desses, anota-se que a Aris foi uma das cinco agências selecionadas pelo Ministério das Cidades, dentro do projeto denominado Regulasan, responsável por elaborar guias referentes ao arranjo institucional, operacional e financeiro do consórcio, para servir de modelo normativo a outras entidades regulatórias municipais ou intermunicipais.[450]

---

447 Sem querer exaurir a temática, para o modelo de consórcio proposto neste trabalho, mapearam-se dois outros consórcios externos ao Estado de Santa Catarina. Um deles é a ARES-PCJ, constituída em 2011 e responsável por regular os serviços de saneamento básico na região da bacia dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, em São Paulo. O outro consórcio, denominado CISABRC, é responsável por regular os serviços de saneamento dos municípios a ele associados, os quais estão localizados em diversas regiões do Estado de Minas Gerais.

448 A relação entre o número de novos municípios ingressos e o ano, conforme informação repassada pela Aris ao responder questionamento técnico sobre a agência (questão nº 2.2, do anexo IV), é a seguinte: 09 municípios em 2009; 46 em 2010; 55 em 2011; 26 em 2012; 28 em 2013; 8 em 2014; 3 em 2015; 1 em 2016; 14 em 2017; e 4 em 2018. O somatório dos municípios resulta nos atuais 194 municípios consorciados.

449 Consoante informado pela Aris (questão nº 2.3, do anexo IV). Acrescenta-se que foi anexado a este estudo (Anexo I), mapa do estado destacando os municípios integrantes do consórcio intermunicipal de saneamento básico. Analisando-o, percebe-se que a área de atuação da agência engloba parcela significativa do território catarinense. E não poderia ser diferente, uma vez que, a quantidade aproximada de 3,5 milhões de habitantes representa metade da população estimada para o Estado no ano de 2018. IBGE. **Panorama no Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama> Acesso em: 07 jan. 2019.

450 Em específico, objetivou-se com o projeto Regulasan "sistematizar um conjunto de boas práticas de constituição e de funcionamento de entidades regulatórias subnacionais voltadas à regulação e fiscalização dos serviços de água e esgoto no Brasil". BRASIL. Ministério das Cidades. **Guia Regulasan**. Disponível em: <http://guiaregulasan.com.br/> Acesso em: 08 jan. 2019.

No que se refere à Aris, será analisada a maneira pela qual a estrutura funcional e organizacional da agência foi estabelecida pelo protocolo de intenções, a fim de permitir a atuação ativa e independente no cumprimento de seus objetivos, comparando-a com os parâmetros estabelecidos pela Lei 11.107/05. [451] Anote-se que, ao avaliar o protocolo de intenções, automaticamente se estará analisando o contrato de consórcio, porquanto este simplesmente remete seu conteúdo àquele diploma normativo. Conforme anexo deste trabalho,[452] o contrato de consórcio possui apenas duas cláusulas: a primeira prescreve que o contrato de consórcio será regido integralmente pelas disposições do protocolo de intenções; a segunda, serve somente para informar que todos os outros entes consorciados passarão a integrar automaticamente o referido contrato. Em razão disso, faz-se necessário analisar exclusivamente o protocolo de intenções, porquanto é este instrumento que efetivamente disciplina a estrutura institucional e a forma de funcionamento da agência reguladora Aris.

Contextualizando a atual situação regulatória no Estado catarinense, deve-se destacar que, somando-se à Aris, há também outras duas entidades que possuem por objeto de atuação o exercício da função regulatória. Uma delas é a Agência de Regulação de Serviços Públicos de Estado de Santa Catarina – Aresc, entidade reguladora integrante da Administração Indireta do referido Estado, a qual é competente para regular, dentre outras atribuições, o serviço público de saneamento básico.[453]

Outra é a Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí – Agir.[454] Semelhantemente à agência em estudo, a Agir também é um consórcio público intermunicipal, diferenciando em relação ao objeto regulado, sendo este mais abrange. Isto é, após alteração no Protocolo de Intenções no ano de 2017,[455] passou a ser competência da Agir, somando-se à função de regulação e

---

451 Nos termos anotados no capítulo anterior, o protocolo de intenções é o principal documento do consórcio, constando todas as principais regras e diretrizes de determinado consórcio. Nesse influxo, o protocolo de intenções da Aris não somente disciplina todos os itens dispostos pela Lei 11.107/05, como também os particulariza para a necessidades operacionais cotidianas.

452 Trata-se do Anexo II deste trabalho, o qual reproduz o Modelo de Contrato de Consórcio a ser assinado pelos novos entes signatários disponibilizado pela Aris no seu *website*. AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICPAL DE SANEAMENTO. **Documentos**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional/documentos> Acesso em: 06 jan. 2019.

453 Cuida-se da realização de convênio de cooperação entre os atores envolvidos. O município, ente titular do serviço de saneamento, delega à agência estadual, submetendo-se a essa, a atribuição para regular os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

454 A denominação do consórcio refere-se à localização dos municípios que o formam. Atualmente, a Agir é formada por 14 municípios, limítrofes entre si e localizados no médio Vale do Itajaí.

455 O novo protocolo de intenções da Agir encontra-se disponível no *website* da instituição. AGIR. **Novo Protocolo de Intenções**. Disponível em: <http://www.agir.sc.gov.br/legislacoes/protocolo-de-intencoes> Acesso em: 09.06.2018.

fiscalização dos serviços de saneamento básico para o qual originariamente foi constituída, a regulação da atividade de transporte público municipal dos entes consorciados.

Verifica-se, ao analisar a quantidade de agências reguladoras estatais dentro do próprio Estado, a existência não explícita de uma concorrência entes elas, uma vez que todas possuem por finalidade regular serviços semelhantes, consistindo no ponto de convergência entre elas o saneamento básico. Isso acaba proporcionando, por um lado, a busca pelo melhoramento das atividades prestadas pelas próprias agências reguladoras, sob a justificativa de aumentar ou não perder o número de agentes regulados. Ainda, confere-se aos municípios uma gama maior de possibilidade de como irão regular o serviço de saneamento básico local, podendo escolher a entidade reguladora que melhor atenda necessidades políticas, econômicas e sociais locais.[456]

Por sua vez, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento foi oficialmente criada no dia 1º de dezembro de 2009, a partir do interesse inicial de somente nove municípios, todos localizados na região Oeste do Estado, os quais pretendiam gerenciar conjuntamente a regulação dos serviços de saneamento básico nos respectivos territórios. O projeto inicial foi idealizado a partir do ano de 2007 e contou com o auxílio técnico da Federação Catarinense de Municípios – FECAM e das Associações de Municípios de Santa Catarina.[457]

Logo no artigo introdutório do protocolo de intenções, preceitua-se que a Aris é associação pública, constituída sob personalidade jurídica de direito público, detentora de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Tal qual supra assinalado, reforça-se o entendimento de que todas essas características são imprescindíveis para que o consórcio interfederativo não somente receba a competência para regular serviços públicos, como também a exerça de maneira efetiva, sem quaisquer interferências externas.

---

456 Deve-se renovar que, consoante mencionado na parte 2.3 deste trabalho, o art. 23, § 1 º da LNSB permite que o ente municipal delegue a regulação dos serviços de saneamento básico "a qualquer entidade reguladora", devendo o ato de delegação especificar "a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas".

457 Conforme informações obtidas no *website* da Aris. AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICPAL DE SANEAMENTO. **Institucional**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional> Acesso em: 06 jan. 2019. Acrescenta-se, conforme dispõe Marcos Fey Probst, um dos idealizadores da Aris, que "o projeto, iniciado pela Federação Catarinense de Municípios (FECAM), decorreu da ausência de uma política estadual consolidada no setor de regulação, marcada pelo excesso de poderes junto à concessionária estadual (CASAN). O projeto de constituição da ARIS despertou o interesse de grande parcela dos prefeitos catarinenses, que viram na ideia uma saída economicamente viável para o cumprimento da nova legislação e para a solução de parte dos problemas relacionados ao saneamento básico". PROBST, Marcos Frey. **Agência intermunicipal de regulação do saneamento**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7759> Acesso em: 15 jan. 2019.

Soma-se a isso, o fato de o consórcio ter sido constituído por prazo indeterminado – até porque, se trata de uma atribuição estatal própria, o que justifica a atuação contínua – e por contemplar, como possíveis integrantes, todos os municípios localizados do Estado de Santa Catarina.[458] Ao não limitar a quantidade de entes municipais que poderão vir a integrar o consórcio, abriu-se caminho para que todos aqueles que pretendam aderir ao consórcio assim o possam fazer, bastando para tanto ratificar o protocolo de intenções pelos respectivos Legislativos municipais e serem aprovados pela Assembleia Geral.

No que se refere ao objeto do consorciamento, o art. 6º atribui claramente ao consórcio a competência para regular os serviços que compreendem as atividades inerentes ao saneamento básico, nos termos da Lei 11.445/07, ao dispor que constitui objeto da Aris a "regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, compreendido como os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas". Ao pormenorizar o objeto a ser regulado, contemplando todas as atividades que integram o saneamento básico, o protocolo de intenções não somente afasta interpretações equivocadas em relação à abrangência de atuação, como também permite que a regulação seja feita sob aspecto global, abrangendo correlatamente todas as áreas envolvidas.

Ademais, por se tratarem de atividades que podem ser executadas por diversas atores – diretamente pela administração pública, por outra entidade da Administração, através de contrato de programa, ou por particulares concessionários ou permissionários – o protocolo expressamente estabelece que a execução do objeto recairá sobre qualquer prestador, seja a qual título for.[459] *In casu*, a Aris regula e fiscaliza diversas entidades,[460] as quais variam de concessionárias estaduais (a exemplo da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento e da Companhia de Saneamento do Paraná),[461] autarquias municipais (a exemplo dos Serviços

---

458 Trata-se do art. 2º, *caput*, o qual remete-se ao Anexo IV do próprio protocolo de intenções. O referido anexo, por sua vez, elenca todos os municípios catarinenses como possíveis contratantes. O art. 128, do protocolo, corrobora com essas disposições, ao expressamente prevê que "para fins de aplicação do artigo 2º, § 4º, deste Protocolo de Intenções, consideram-se todos os municípios do Estado de Santa Catarina como potenciais consorciados da ARIS".

459 Cuida-se do conteúdo normativo do art. 6º, parágrafo único, do protocolo de intenções.

460 Informação coletada do *wesbite* institucional da Agência reguladora. AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICPAL DE SANEAMENTO. **Institucional**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional> Acesso em: 06 jan. 2019.

461 Tratam-se de empresas de sociedade de economia mista estaduais. A primeira, também denominada Casan, caracteriza-se por ser entidade da administração indireta vinculada ao Estado de Santa Catarina. Já a segunda, Sanepar, é entidade integrante do Estado do Paraná, sendo que o único município em que atua fora deste é o de Porto União, em Santa Catarina.

Autônomo de Água e Esgoto),[462] de empresas privadas, e a própria Administração Direta, quando prestadora direta dos serviços.

Para o cumprimento do objeto para o qual se criou a Aris, o protocolo de intenções delimita especificamente os objetivos regulatórios que a permitem alcançá-lo.[463] Dentre estes objetivos, deverá à Aris "estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários", "garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nas normas regulamentares e nos instrumentos da política municipal de saneamento básico", "definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como a modicidade tarifária" (...), "contribuir (...) para o trabalho desenvolvido pelos Conselhos Municipais responsáveis pelo acompanhamento das políticas públicas de saneamento básico".[464] Pautada sob esses objetivos, a ação regulatória visará o cumprimento dos princípios e obrigações de universalização, equidade, continuidade, modicidade das tarifas e qualidade do serviço de saneamento, além dos outros elencados na Lei nacional de saneamento básico e na legislação correlacionada.[465]

Ademais, constata-se que os objetivos da agência não se restringem à normatização e fiscalização dos serviços, mas também a intermediar a relação entre a Administração, titular do serviço, o agente prestador e os cidadãos, a fim de garantir a eficiência e eficácia dos serviços prestados. Assim, para transformar esses objetivos amplos em ações concretas, há específica indicação de todas as ações inerentes ao exercício da atividade regulatória que competem à Aris. Tratam-se de competências que se amoldam aos quatro eixos centrais da regulação, as quais transitam desde a normatização técnica do setor, o exercício do poder de polícia sancionatório, inclusive com a requisição de documentação, alcançando a mediação de conflitos entre os atores envolvidos e o exercício do poder decisório e o apoio técnico aos entes consorciados, com emissão de pareceres.

---

462 Também conhecidas pela abreviação "Samae", tais entidades caracterizam-se por serem autarquias municipais, criadas especificamente para promoverem os serviços de saneamento básicos nos entes que a criaram.

463 Deve-se lembrar que a Lei 11.445/07, Marco Regulatório do Saneamento Básico, no seu art. 22, elenca objetivos a serem perseguidos pela regulação setorial, a saber: "estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários"; "garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas" " prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência"; "definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de mecanismos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários". Aos últimos dois objetivos foi conferida nova redação, incluída pela Medida Provisória nº 868, de 2018.

464 Conforme o conteúdo normativo do art. 7º, incisos I, IV e VI.

465 Nos termos da disposição expressa pelo art. 9º, do protocolo de intenções.

Especificamente, no que concerne aos instrumentos normativos, o protocolo de intenções, forte no inciso I, do art. 8º, prevê que o consórcio Aris é competente para fixar normas, regulamentos e instruções, nos quais deverão, no mínimo, parametrizar os "padrões e indicadores de qualidade" e a metobdologia de "avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados"; dispor sobre o "regime, estrutura e níveis tarifários, bem como aos procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão" e os "subsídios tarifários e não tarifários"; estabelecer as "metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos", as "medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento" e também os "padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação. Assinala-se que o alcance dessa normatização deverá incidir isonomicamente em toda área de atuação do consórcio, uma vez que, ao se considerar a atuação intermunicipal da agência,[466] os regulamentos e demais diretrizes por ela produzidos terão validade e produzirão efeitos idênticos sobre todos os municípios consorciados abrangidos pela regulação.[467]

Por sua vez, o art. 8º disciplina as condutas concernentes ao poder de polícia administrativa, pormenorizando quais são as ações que competem à Aris para controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos e, quando necessário, aplicar as penalidades sancionatórias. Dentre as ações imputadas à agência no exercício do poder de polícia, destacam-se os poderes para apurar as irregularidades e aplicar as sanções cabíveis, determinando, se assim necessário, as providências admissíveis a serem tomadas e estipulando prazo fixado o seu cumprimento; para "requisitar à Administração e aos prestadores dos serviços públicos municipais regulados, as informações convenientes e necessárias ao exercício de sua função regulatória (...)", determinando as diligências que se façam necessárias ao exercício dessas atribuições; e, ainda, para "avaliar os planos e programas de metas e investimentos das operadoras dos serviços delegados, visando garantir a adequação desses programas à continuidade da prestação dos serviços" em conformidade com as normas regulamentadoras do saneamento básico.[468]

---

466 O art. 4º, do protocolo de intenções, preceitua que a área de atuação do consórcio constituirá numa "unidade territorial sem limites intermunicipais para as finalidades a que se propõe".

467 Quanto a isso, é a Resolução nº 01/2011 a qual disciplina o relacionamento entre prestadores e usuários, como também estabelece as condições gerais para a prestação e utilização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Diante da uniformidade das normas produzidas pelo consórcio, as diretrizes disciplinadas pela referida resolução devem ser – trata-se de uma obrigação, portanto – observadas por todos os prestadores de serviços que operem nos municípios consorciados. Isso significa que os usuários residentes nessas unidades federativas são contemplados por serviços prestados da maneira mais pariforme possível.

468 Conforme disposto nos incisos II, III, VI, IX do art. 8º, do instrumento em estudo.

O procedimento de controle e fiscalização das atividades reguladas deve ser documentado por relatórios técnicos emitidos pelos servidores da Aris, os quais devem avaliar a conformidade, ou não, das operações e dos serviços prestadas em relação às normas pertinentes.[469] Diante da verificação de irregularidades legais, contratuais e/ou regulatórias, a agência poderá aplicar as sanções administrativas, cumulativamente ou não, de advertência escrita, multa pecuniária, suspensão de obra ou atividade, intervenção administrativa e caducidade da concessão permissão ou autorização, conforme previsão contida no art. 98, incisos I ao V, do protocolo de intenções.

Antes de ser aplicada a penalidade, no entanto, deve-se notificar o infrator para que ele, dentro do prazo estipulado, regularize a inconformidade. Somente após vencido o prazo para regularização é que o prestador será autuado, aplicando-lhe penalidade proporcionalmente à gravidade da infração.[470] Esclarece-se que a aplicação de qualquer uma das penalidades previstas no protocolo deverá ser precedida de processo administrativo, garantindo-se direito ao contraditório e a ampla defesa do autuado. Acrescenta-se que o processo deverá ser acompanhado dos documentos imprescindíveis para a exata identificação da infração, o tipo e a graduação das sanções.[471]

Este formato de fiscalização, o qual compreende procedimento específico para arbitramento de sanções, pretende diminuir a utilização do poder de polícia de forma arbitrária. É dizer, com a delimitação de procedimentos e requisitos específicos para o arbitramento de sanções, a agência reguladora objetiva afastar ingerências e vontades políticas dos executivos consorciados que se afastam dos preceitos norteadores do serviço de saneamento. Evita-se, dessa maneira, que ingerências político-locais resultem em externalidades negativas aos cidadãos, especificamente no que se refere à diminuição da qualidade do serviço prestado e no aumento do seu preço. Soma-se a isso o fato de que a aplicação de penalidade fica condicionada à inexecução ou execução parcial das impropriedades técnico-operacionais encontradas, podendo-se assentar que o escopo da atuação fiscalizatória executada pela Aris é o de realmente assegurar e melhorar a qualidade do serviço prestado, e não o de utilizá-lo como forma de obter quaisquer outros fins alheios aos seus objetivos.

---

469 Conteúdo prescrito pelo art. 100, do protocolo de intenções.

470 Cuidam-se dos conteúdos normativos extraídos dos §§1º e 2º, do art. 100. Particularmente, são as Resoluções Normativas nº 02 e 03, ambas editadas em 2011, que regulamentam a questão, sendo que a primeira refere-se às condições gerais para fiscalização e aplicação de penalidades referentes à prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, e a segunda dispõe sobre o procedimento administrativo de aplicação de penalidades.

471 Acertadamente, a previsão expressa normativa que exige o acompanhamento dos documentos essenciais no processo sancionatório proporciona invariavelmente a efetiva defesa do sancionado.

No que se refere à mediação de conflitos entre os atores envolvidos na prestação do serviço, o protocolo expressamente atribui à Aris a competência para "moderar, dirimir ou arbitrar conflitos de interesses entre o Poder Público e as prestadoras de serviços e entre estas e os consumidores, no limite das atribuições previstas em lei", e também para auxiliar no alcance do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão, levando em consideração os princípios da modicidade das tarifas e do justo retorno dos investimentos.[472]

O exercício do poder decisório não se restringe às atividades fiscalizatórias, compreende também atribuições para decidir sobre questões imperiosas à prestação adequada do serviço. Nesse sentido, o protocolo expressamente genérico atribuiu à Aris a autoridade para decidir sobre todas as matérias que estejam sob sua competência.[473] Especificamente, autorizou-a a decidir sobre a concessão ou não dos pedidos de revisão e de reajustes das tarifas, quando solicitados pelas prestadoras de serviços.[474] No mesmo sentido, ficam condicionadas à decisão da agência as hipóteses de autorização do aditamento dos contratos de prestação de serviços e de aprovação dos "Manuais de Serviços e Atendimentos" ao usuário.[475]

Para além do que já foi indicado, a competência da Aris também abrange a realização de consultorias técnicas e de outras atividades correlatas que afetam a qualidade dos serviços prestados, razão pela qual à agência exsurge o dever de se manifestar sobre elas. Observe-se que a manifestação prévia da agência em temas que influenciarão o modelo de prestação do serviço, como o edital de licitação, os contratos de concessão e de programa, auxilia diretamente os entes federados, uma vez que os instrumentos serão organizados e redigidos em conformidade com as regras já estabelecidas para parametrizar a prestação no setor. Com essa medida, tende-se a mitigar eventuais contradições e discussões que possam ser levantadas entre as regras regulatórias e os instrumentos contratuais firmados com os

---

472 Tratam-se dos dispositivos, nessa ordem, VII e IV, do art. 8º, do Protocolo de intenções.

473 Conforme o inciso XIII, primeira parte, do Protocolo de Intenções. Para que não sejam levantadas dúvidas quanto à competência de atuação da agência, acertadamente, o protocolo de intenções, mesmo que em cláusula ampla, a ela garantiu a legitimidade para decidir sobre todas as áreas de sua competência.

474 As solicitações de revisões e reajustes são imprescindíveis à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato de prestação de serviços. No entanto, trata-se de temática que tende a gerar intenso conflito entre o poder concedente e a entidade prestadora, situação que se agrava na esfera municipal diante da aproximação existente entre o poder político e a população. Isto é, o deferimento dos reajustes ou das revisões prejudica consideravelmente a imagem do grupo político em exercício, em razão dos efeitos – especialmente a majoração no valor da tarifa – que a medida ocasionará. Dessa forma, ao se atribuir à entidade reguladora intermunicipal a competência para decidir sobre os ajustes e revisões tarifárias, retira-se do ente municipal esse ônus político, uma vez que os prejuízos políticos recairão sobre entidade independente, e garante-se ao prestador a devida remuneração pelo serviço prestado.

475 Nos termos dos incisos XIII, segunda parte, e XII, respectivamente, mencionado art. 8º.

prestadores do serviço, gerando segurança financeira, operacional e social às partes envolvidas na disponibilização do serviço.

Dentre essas questões consultivas sob incumbência da Aris, o Protocolo de intenções prevê que a ela compete, com o objetivo de subsidiar a decisão do ente titular do serviço, "manifestar-se quanto ao conteúdo dos editais de licitação, concessão e permissão e quanto aos contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamentos ou extinções", bem como "manifestar-se sobre as propostas de alterações dos instrumentos de delegação, apresentadas pelos prestadores de serviços públicos",[476] propondo devidos ajustes aos instrumentos. Todas essas competências, permite que Aris não somente adeque os instrumentos contratuais às suas diretrizes técnicas, previamente à celebração dos instrumentos, como também mitiga as hipóteses de corrupção do processo licitatório e dos aditamentos, na medida em que haverá uma análise imparcial de tais instrumentos e qualquer constatação de desvio de finalidade poderá ser impedida pela agência.

Ainda no que concerne à questão consultiva, também figura como competência da Aris a emissão de opinião técnica "sobre as propostas de legislação e normas que digam respeito ao saneamento básico", além de "realizar audiências e consultas públicas referentes à prestação dos serviços públicos regulados"[477] e prestar informações ao conselho municipal do ente consorciado quando assim solicitadas.[478]

Importante anotar que as atividades regulatórias da entidade, conquanto possuam base normativa uniforme para todos os municípios regulados, deverão ser planejadas e executadas em consonância com os Planos Municipais de Saneamento Básico, com os contratos de concessão e permissão e com os demais instrumentos jurídicos de delegação ou prestação de serviços públicos, nos termos previstos pelo art. 96, do protocolo de intenções. Cuida-se de maleabilidade necessária para que a entidade inter-regional possa exercer suas atribuições de forma particularizada nos inúmeros municípios em que atua sem, no entanto, invadir a autonomia federativa do ente consorciado.[479]

O protocolo de intenções confere à Aris quantidade significativa de atribuições que a permitem, por meio dos instrumentos regulatórios próprios, adequadamente executar o

---

476 Cuida-se do art. 8º, V e XI, do protocolo.

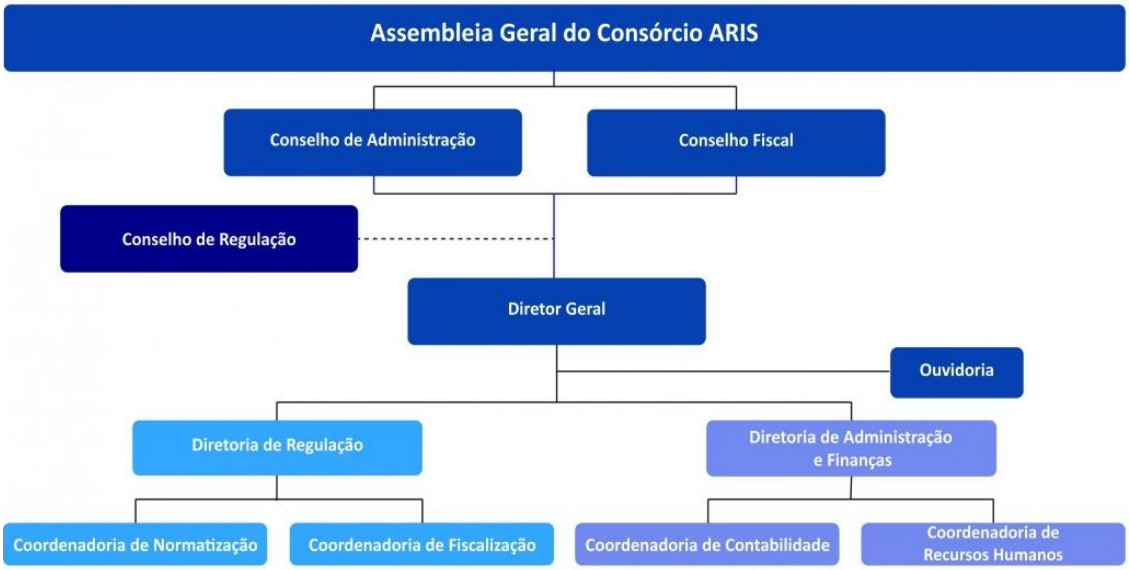
477 Já o art, 10, do Protocolo de Intenções, prevê que a edição de qualquer regulação normativa pelo Conselho de Regulação deverá ser precedida de consulta pública. Trata-se de dispositivo que, muito antes da Lei de introdução das normas brasileiras ser alterada, já se encontra em consonância com a faceta dialógica da Administração Pública.

478 Conteúdo disciplinado pelos incisos XIV e X e XV, art. 8º, do instrumento em estudo.

479 É dizer, caso o Plano Municipal de Saneamento de determinado ente consorciado preveja subsídios tarifários às pessoas que moram em determinado bairro ou possuam baixa faixa de renda, a atividade regulatória exercida sobre esse município deverá amoldar-se a essa regra, sob pena de violação da autonomia federativa

objeto para o qual foi constituída. Tratam-se de competências que garantem a regulação integral de todas as etapas da prestação do serviço, abrangendo tanto a fiscalização *a posteriori*, como também o controle prévio e o monitoramento rotineiro da prestação do serviço. Não só isso, embora a regulação seja realizada isonomicamente em cada município – normatização e condições para fiscalização idênticas para toda a área de atuação –, as especificidades locais devem ser respeitadas quando executada a normatização e fiscalização.

Outro conjunto de dispositivos-chave imprescindíveis para garantir a ação regulatória independente e autônoma do consórcio concerne-se à forma como sua estrutura organizacional foi formatada pelo protocolo de intenções.[480] Imprescindível, para tanto, apresentar o organograma institucional do consórcio:[481]



Do organograma é possível verificar a estrutura hierárquica institucional completa da entidade, isto é, a exata posição que cada órgão assume na organização e se há subordinação em relação algum outro. Da imagem, extrai-se que o consórcio foi idealizado com doze órgãos, destacando, dentre os principais para exercer a estrutura regulatória propriamente dita: a Assembleia Geral do Consórcio; o Conselho de Regulação; Diretoria Geral; Diretoria de Regulação; Coordenadoria de Normatização; Coordenadoria de Fiscalização e Ouvidoria. Somando-se aos setores regulatórios, o arranjo institucional do consórcio também é composto pelos órgãos administrativos, a saber: Conselho de

480 A estrutura encontra-se disciplinada pelo arts. 16 e seguintes do Protocolo de Intenções.

481 ARIS. Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento. **Organograma institucional**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional/organograma> Acesso em: 09 jan. 2019.

Administração; Conselho Fiscal; Diretoria de Administração e Finanças; Coordenadoria de Contabilidade e Coordenadoria de Recursos Humanos.

A Assembleia Geral, nos termos indicados no capítulo anterior, caracteriza-se por ser o órgão colegiado de deliberação máxima do consórcio, não sendo legalmente possível haver outro órgão estabelecido hierarquicamente sobre ela. A Assembleia é composta pelos Chefes do Poder Executivos de todos os municípios consorciados, conferindo-se a cada um destes o direito a um único voto.[482] Além disso, as sessões deverão ser presididas pelo Presidente do Conselho de Administração ou, em sua ausência, pelo vice e o *quórum* de deliberação será de maioria simples dos entes consorciados presentes, exceto para a extinção do consórcio, em que se exige unanimidade de votos de todos os signatários.[483] Ademais, nos termos do art. 20, parágrafo único, do instrumento em estudo, as deliberações da Assembleia deverão ser formalizadas por meio de decretos, levando-os ao amplo conhecimento pelo órgão oficial de publicação do consórcio.

Em que pese a legislação permita conferir mais de um voto a determinado ente, a depender de sua importância para a manutenção do consórcio, percebe-se que protocolo de intenções, ao conferir peso idêntico aos votos, prezou por manter a posição de igualdade federativa entre os entes consorciados. Isso se mostra interessante no que se refere à atividade regulatória (diferentemente do que pode ocorrer em consórcios criados para prestarem atividade específica, a exemplo da gestão coletiva para coleta e despejo de resíduos sólidos), uma vez que não há diferença na força política de determinados entes sobre os outros de menor expressividade, gerando assim maior segurança para que novos municípios venham aderir ao protocolo de intenções.[484]

Soma-se a isso o fato de que, dentro das atribuições que incumbem à Assembleia, algumas delas se referem exatamente à atividade regulatória e, por isso, necessariamente devem ficar afastadas de pressões políticas pontuais. Dentre essas competências, destacam-se a de "escolher, entre os indicados pelo Conselho de Administração, os membros do Conselho de Regulação e o Diretor Geral" e "julgar o processo administrativo disciplinar contra os membros do Conselho de Regulação da ARIS, para fins de perda do mandato, por

---

482 Trata-se do conteúdo previsto nos art. 17 e 19 do Protocolo de intenções

483 Conforme artigos 17, § 7º e 21, inciso I e II.

484 Como exemplo, observe-se que o art. 20, II, dispõe que compete à Assembleia homologar o ingresso na Aris de município que tenha ratificado o protocolo de intenções após dois anos da subscrição. Caso o município que queria se consorciar tenha desavenças políticas com algum município já integrante do consórcio, a pressão política deste último em contrário a adesão do primeiro seria praticamente nula, na medida em que a força política dos demais entes associados se sobreporia a de um único.

cometimento de infração disciplinar ou afronta ao Código de Ética, definido em Regimento Interno".[485]

A manutenção de mandatos fixos para os integrantes do Conselho regulatório (ou órgão equivalente que possua por competência decidir sobre a ação normativa-fiscalizatória) e o estabelecimento de procedimento para extinção dos correspondentes mandatos configuram dois instrumentos capazes de garantir a independência decisória e funcional. Isto porque se restringem as influencias político-partidárias, sejam elas oriundas interna ou externamente, sejam advindas do poder público (apadrinhamento político) ou dos particulares. Nesse influxo, sendo a Assembleia o órgão responsável por aprovar as pessoas que integrarão o Conselho de Regulação e, também, por julgar o processo administrativos contra esses, especificamente no que se refere à perda do mandato, as deliberações e votações do órgão precisam ser realizadas da forma mais técnica e imparcial possível.

Foi exatamente essa a intenção assumida pelo Protocolo ao conceder, para os entes federativos consorciados, idêntico número de votos. Assegura-se, com a deliberação coletiva entre os entes, que as decisões da Assembleia sejam tomadas sem interferência política, prevalecendo o conteúdo técnico produzido pelos servidores da agência. Em específico, garante-se que os nomes aprovados para o Conselho Regulação e de Direção sejam os mais apropriados para exercerem o cargo, afastando-se os apadrinhamentos políticos. A mesma lógica se aplica à decisão sobre o processo disciplinar contra membros do Conselho regulatório, garantindo-se a manutenção do mandato quando as razões que ensejaram a abertura de processo administrativo possuírem, por motivação, desavenças político-ideológicas.

A pressão política realizada por um único ente ou por um grupo minoritário, com o intuito de obter vantagens exclusivamente individuais alheias ao interesse comum do consórcio, certamente será diluída na quantidade total de votos existentes. É dizer: torna-se muito mais difícil para que alguns entes, movidos por interesses individuais, tenham força para ingerir e influenciar na decisão da Assembleia. Nesse contexto, é provável que, nas decisões da Assembleia, prevaleça a vontade coletiva dos interessados em prejuízo do interesse individualizado desses poucos entes, o que resulta em benefícios ao consórcio público.

Em que pese a Assembleia seja o órgão deliberativo máximo do consórcio, figurando no topo da estrutura organizacional, isso não significa que a ela compete decidir

485 Conteúdo normativo disciplinado pelo art. 20, inciso XI e XII, do protocolo de intenções.

sobre todos os assuntos e, muito menos, que ela figure como última instância recursal para eles.[486] Em verdade, diversas matérias não são de incumbência da Assembleia, razão pela qual ela sequer chega a emitir decisão sobre, a exemplo do que ocorre com as matérias vinculadas à atividade regulatória propriamente dita. Para decidir sobre as questões normativas e fiscalizatórias, isto é, assuntos relacionados à regulação propriamente dita dos serviços de saneamento básico, o protocolo de intenções atribuiu privativamente ao Conselho de Regulação tal tarefa.

O Conselho de Regulação caracteriza-se por ser órgão deliberativo, "de participação institucionalizada da sociedade no processo de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico nos municípios consorciados".[487] A participação institucional da sociedade ocorre com a formação dos membros que integrarão o Conselho, sendo que este deverá ser composto por 7 conselheiros, cada um oriundo de área de conhecimento específico e relacionada com à atividade regulatória, a saber: 01 (um) engenheiro sanitarista; 01 (um) advogado; 01 (um) contador; 01 (um) engenheiro civil; 01 (um) administrador; 01 (um) economista; 01 (um) biólogo.[488] O Presidente do Conselho será escolhido pelos próprios Conselheiros eleitos, exercendo o mandato pelo prazo de até dois anos, vedando-se a recondução sucessiva.[489] No que se refere às sessões de deliberativas do Conselho, estas serão sempre colegiadas e públicas, garantindo-se o *quórum* de maioria simples para que as decisões sejam proferidas.[490]

A escolha do membro do Conselho de Regulação, a ser feita por votação da Assembleia nos termos acima indicados, deverá respeitar alguns critérios estabelecidos pelo protocolo de intenções, dentre os quais, deverá o membro ter natureza ilibada e possuir notória especialização na área afim: isto porque, caracterizando-se os serviços de saneamento básico em atividades de natura técnica, operacional e financeira substancialmente complexas, torna-se imprescindível que o Conselheiro detenha amplo conhecimento para poder decidir sobre essas atividades. Ainda, veda-se a participação, como membro do Conselho, daqueles

---

[486] Observe-se que, em relação à atividade regulatória propriamente dita, nenhuma competência é atribuída à Assembleia, incumbindo a ela somente as duas atribuições supratranscritas. Tais atribuições, como se verá em sequência, competem ao Conselho de Regulação.

[487] Conteúdo previsto pelo o art. 27, *caput*, do protocolo de intenções. Dispositivo este que inaugura a Seção IV, a qual disciplina a forma de funcionamento, competências, composição do Conselho de Regulação.

[488] Cuidam-se dos incisos I ao VI do art. 29. Acrescenta-se que, na forma supra indicada, a participação da sociedade também se materializa com a realização de audiências e consultas públicas referentes à prestação dos serviços regulados.

[489] Trata-se de regra prevista pelo art. 35, *caput* e §1º, do protocolo de intenções. Perceba-se que, ao vedar a recondução sucessiva, garante-se a rotatividade do cargo de presidente, o que gera a oxigenação das ideias, modo de condução e deliberação do órgão.

[490] Conforme disposto pelo art. 28, parágrafo único, do instrumento em análise.

que tenham condenação na seara criminal ou por ato de improbidade administrativa, bem como daqueles que tiveram suas contas rejeitadas quando do exercício de outro cargo ou função pública.[491] Ademais, o Protocolo também obstrui a participação daqueles que tenham vinculações jurídicas com pessoas, seja física ou jurídica, reguladas ou fiscalizadas pela Aris,[492] afastando-se, dessa maneira, os possíveis conflitos de interesses e consequentes prejuízos regulatórios que tal situação poderia ocasionar.

Para exercerem as atribuições, aos Conselheiros estabelece-se mandato fixo de quanto anos, sendo permitida uma única reeleição para o mesmo período.[493] A perda do mandato somente ocorrerá nas taxativas hipóteses previstas pelo protocolo, sendo estritamente vedada a extinção imotivada do mandato. Diante disso, assegura-se ao Conselheiro o exercício pleno e íntegro do mandato pelo prazo para o qual foi eleito, podendo exercê-lo de forma totalmente individual e independente, exceto se sobrevier condenação por ato criminal ou por ato de improbidade administrativa ou, ainda, por decisão da Assembleia em processo administrativo disciplinar.[494] Outra hipótese de perda do mandato alude-se ao Conselheiro desidioso, ou melhor, aquele que se ausentar por três reuniões consecutivas ou a cinco alternadas durante o ano, independentemente do motivo que tenha ocasionado a falta.[495]

Findo o prazo do mandato eletivo, seja pelo transcurso do tempo ou por exoneração administrativa, o ex-conselheiro necessariamente atravessa um prazo de quarentena, ficando impedido de realizar qualquer atividade que a esteja submetida à regulação da Aris pelo período de quatro meses.[496] Pelo termo qualquer atividade, entenda-se a prestação, coordenação, gerenciamento direto ou indireto de atividade relacionada ao saneamento básico. Esta medida se justificativa por dois motivos: o primeiro, refere-se ao fato de que o ex-membro, por possuir conhecimento sobre os processos normativo-fiscalizatórios em andamento e das possíveis decisões sobre eles a serem tomadas, poderia prejudicar a

---

491 Todos os critérios até agora apontados estão disciplinados pelo art. 31, *caput*, do diploma contratual em estudo.

492 Trata-se de proibição disposta expressamente pelo art. 32. As vinculações proibidas pelo protocolo de intenções estão disciplinadas pelos respectivos incisos, a saber: ser o futuro membro "I - acionista ou sócio com qualquer participação no capital social; II - ocupante de cargo, emprego ou função de controlador, dirigente, preposto, mandatário ou consultor; III - empregado, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras; IV - relação de parentesco, por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, com dirigente, sócio ou administrador; e V - dirigente de entidade sindical ou associativa que tenha como objetivo a defesa de interesses de pessoas jurídicas sujeitas à regulação e fiscalização da ARIS".

493 Cuida-se de disposição prevista no art. 30 do protocolo de intenções.

494 As hipóteses taxativas para perda do mandato estão previstas no art. 33 do instrumento em análise.

495 Trata-se de regra exposta pelo art. 38 do protocolo. O dispositivo ainda menciona que a substituição deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias, devendo o novo conselheiro completar o mandato.

496 Conforme regra prevista no art. 34. Ressalta-se que, nos termos do §1º, o ex-conselheiro que não observar esse período, independente do motivo, incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas previstas no art. 321 do Código Penal.

regulação; segundo, porque tal fato poderia gerar concorrência desleal entre os possíveis atores, indevidamente beneficiando alguns em detrimento de outros.

No que se refere ao arranjo organizacional do Conselho de Regulação, optou-se por situá-lo em posição singular na estrutura institucional, conforme se extrai do organograma supra. Para tanto, posicionou-o acima da diretoria geral e da diretoria de regulação, sendo que esta última se encontra alocada hierarquicamente superior às coordenadorias de fiscalização e normatização: entretanto, o Conselho não está situado em posição de subordinação decisória direta de nenhum outro órgão,[497] nem mesmo da própria Assembleia Geral.[498] Em outros termos, alocou-se o Conselho de Regulação como instância máxima de deliberação e decisão no que tange as questões técnicas, normativas e operacionais inerente à atividade regulatória, não cabendo recursos administrativos das decisões por ele proferidas.[499]

Esse arranjo normativo se justifica pelo fato de que competências conferidas ao Conselho de Regulação referem-se à própria razão de existir do consórcio, qual seja, a de regular o serviço público de saneamento básico. Nessa esteira, observe-se que ao Conselho de Regulação compete, dentre outras atividades, "analisar, deliberar e expedir resoluções sobre a regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico"; "julgar os recursos contra as decisões administrativas exaradas pelo Diretor Geral, incluindo as relativas à revisão e ao reajuste dos valores das tarifas e demais preços públicos (...), bem como referente a sanções aplicadas aos prestadores de serviços pelo cometimento de infrações"; "deliberar sobre as questões afetas às atividades de regulação e fiscalização encaminhadas pelo Diretor Geral".[500]

---

497 Nos termos vistos no organograma acima, situado em posição superior ao Conselho de Regulação, mas sem qualquer poder hierárquico sobre ele, encontram-se os Conselhos de Administração e Fiscal. O primeiro é incumbido, dentre outras funções disciplinadas no art. 23, em "definir e acompanhar a execução da política patrimonial e financeira e os programas de investimento da ARIS" e "nomear o membro do Conselho de Regulação nos casos de substituição ou vacância da vaga de conselheiro (...)". Por sua vez, ao Conselho Fiscal compete as tarefas de "fiscalizar a contabilidade da ARIS" e "emitir parecer, sempre que requisitado, sobre contratos, convênios, credenciamentos, proposta orçamentária, balanços e relatórios de contas em geral (...)", sem prejuízo de outras disciplinas pelo art. 25, do Protocolo de Intenções.

498 O protocolo de intenções, ao disciplinar as normas relativas ao cumprimento das competências, expressamente prescreve no art. 102, *caput*, que: "Para os fins do exercício das competências de regulação e fiscalização das atividades na área do saneamento básico, o Conselho de Regulação é a instância máxima de decisão, não sendo cabível ao Conselho de Administração, ao Conselho Fiscal ou à Assembleia Geral modificar, revisar, anular, revogar ou suspender quaisquer das decisões técnicas tomadas pelo Conselho de Regulação".

499 Nesse mesmo sentido é a interpretação que se deduz do art. 27, parágrafo único, ao claramente indicar o Conselho de Regulação como sendo "a instância máxima de decisão e deliberação dos assuntos relacionadas à regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico". Em igual sentido, o art. 101, § 4º, claramente prescreve que "das decisões do Conselho de Regulação não caberá recurso administrativo".

500 Cuidam-se das competências previstas nos incisos II, IV e V, do art. 28. Não menos importantes, as competências referentes aos incisos I, III e VI, são respectivamente as seguintes: "aprovar a indicação, pelo Diretor Geral, do Diretor de Regulação, do Diretor de Administração e Finanças, dos Coordenadores e do Ouvidor"; "sugerir à Assembleia Geral a alteração da base de cálculo e das alíquotas das taxas devidas pelo exercício da atividade de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico" e "julgar, por maioria absoluta de seus membros, o processo administrativo disciplinar contra o Diretor Geral da ARIS, para fins de

Em linhas gerais, pode-se caracterizar o Conselho como sendo o órgão revisor das decisões, ou encaminhadas ou prolatadas, pelo Diretor Geral referente ao processo normativo-fiscalizatório da agência.[501]

Diante da importância das matérias de competência do Conselho, a arquitetura orgânico-funcional acima apresentada mostra-se essencial ao adequado funcionamento do consórcio. Ao garantir mandatos por prazos fixos e insuscetíveis de exoneração imotivadas, bem como posicionar o Conselho, formado por equipe multidisciplinar, como órgão máximo de deliberação dos recursos relacionados às atividades regulatórias, assegura-se a total independência decisória do órgão e reduz-se significativamente as interferências internas e externas ao seu poder decisório. Aos Conselheiros, assegura-se o direito de deliberarem e fundamentarem seus votos utilizando por justificativa exclusiva os pareceres produzidos pelo corpo técnico do órgão, sem que com isso sofram represálias ou interferências na condução de seus mandatos.

Diretamente subordinados ao Conselho de Regulação, encontram-se o Diretor Geral, a Diretoria de Regulação e as Coordenadorias de Fiscalização e Normatização, responsáveis por realizarem as atividades fins do consórcio. A Direção Geral, órgão executivo da Aris, será conduzida pelo Diretor Geral, cidadão brasileiro a ser eleito pela Assembleia Geral, para o mandato de quatro anos. O cargo em análise detém as mesmas prerrogativas e está submetido aos mesmos requisitos, inclusive o de terceiro grau completo, àqueles exigidos para o Conselho de Regulação.[502]

Conforme previamente assinalado, o Diretor Geral, além das atribuições administrativas,[503] possui importante função no que se refere à concretização da atividade regulatória. É a ele quem incumbe decidir originariamente sobre questões diretamente relacionadas à normatização e à fiscalização do serviço público, a exemplo da competência para "determinar e aplicar sanções e penalidades às prestadoras de serviços de saneamento

---

perda do mandato e do cargo, por cometimento de infração disciplinar ou afronta ao Código de Ética, definido em Regimento Interno".

501 Corrobora-se com esse entendimento, a leitura conjunta do art. 101, *caput*, e seu §1º, os quais, respectivamente, prescrevem que: "As sanções serão aplicadas diretamente pelo Diretor Geral, em decisão fundamentada, atendidas as disposições normativas e contratuais que as originaram (...): § 1º Das sanções aplicadas pelo Diretor Geral caberá recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Regulação".

502 Conforme os artigos 41, §2º e 42 e ss, do protocolo de intenções.

503 Dentre as principais atividades administrativas atribuídas ao Direito Geral disciplinadas pelo art. 40, do protocolo de intenções, destacam-se os incisos XI, XII, XVII e XIX, a saber: "representar a ARIS ativa e passivamente, judicial ou extrajudicialmente, podendo firmar contratos ou convênios bem como constituir procuradores *ad negotia* e *ad juditia*", "realizar concursos públicos e promover a contratação, exoneração e demissão dos servidores públicos, estagiários e contratados temporariamente, bem como a aplicação de sanções disciplinares", "executar a gestão administrativa e financeira da ARIS dentro dos limites do orçamento aprovado pela Assembleia Geral" e "autorizar as compras e elaborar os processos de licitação para contratação de bens e serviços (...)".

básico, pelo descumprimento das resoluções expedidas pelo Conselho de Regulação ou da legislação vigente". Somando-se a essa, são outras que se relacionam com a atividade regulatória, dentre as quais: "definir a revisão e o reajuste dos valores das tarifas e demais preços públicos decorrentes da efetiva prestação dos serviços de saneamento básico"; "providenciar e solucionar todas as diligências solicitadas pelo Conselho de Regulação", além de "executar as decisões" tomadas pelo órgão; como também "expedir instruções contendo orientações e determinações às prestadoras de serviços regulados pela ARIS".[504]

Na continuidade da organização hierárquico-institucional do consórcio, apresenta-se a Diretoria de Regulação. Trata-se de importante órgão de execução das atividades regulatórias, porquanto ela é a autoridade competente para "notificar, advertir e/ou multar as entidades reguladas que estejam em desacordo com a legislação vigente, ou com as normas, regulamentos e instruções editadas pela ARIS". A essa Diretoria também incumbe as ações, dentre outras, para "coordenar, supervisionar e controlar a fiscalização da execução, evolução e qualidade dos serviços prestados pelas prestadoras de serviços de saneamento básico" e "realizar pesquisas e estudos econômicos e qualitativos do mercado, referentes aos serviços regulados pela ARIS".[505]

Os dois órgãos incumbidos de exercerem *in loco* as ações regulatórias da agência são as Coordenadorias de Normatização e Fiscalização. Caracterizam-se por serem os órgãos operacionais da agência, de natureza técnica, e subordinados à Diretoria de Regulação. Os nomes das coordenadorias já indicam suas atribuições. Incumbe à primeira "propor normas e procedimentos para a padronização das informações e dos serviços prestados pelas prestadoras de serviços", como também "analisar e emitir parecer sobre todos os projetos e investimentos submetidos à apreciação da ARIS, para ampliação da oferta de serviços ou modernização das instalações das prestadoras reguladas", incluindo o acompanhamento e monitoramentos destes investimentos.[506] Já à Coordenadoria de Fiscalização compete, entre outras atividades, "fiscalizar, com poder de polícia administrativa, a qualidade e eficiência da prestação dos serviços nos municípios consorciados" e "monitorar as unidades regionais de fiscalização, acompanhando sua atuação, para avaliação do andamento das atividades desenvolvidas".[507]

---

504 As competências regulatórias mencionadas referem-se ao art. 40, incisos X, II, IV e VII e IX, respectivamente.

505 Atribuições regulamentadas pelo art. 45, incisos VIII, III e II, respectivamente.

506 Conforme disposições do art. 52, incisos I, II e III, do Protocolo.

507 Cuida-se do conteúdo previsto no art. 55, incisos I e IV, do protocolo de intenções.

Último órgão de extrema importância para execução efetiva da regulação é a Ouvidoria. Ela caracteriza-se por ser o departamento especializado na anotação, processamento e tomada de decisão em relação as reclamações protocoladas pelos usuários. É dizer, à ouvidoria compete fazer a intermediação entre os usuários do serviço público, a entidade prestadora e a própria agência reguladora, a fim de dirimir dúvidas e propor soluções nos conflitos existentes entre os dois primeiros. Ademais, também incumbe ao órgão o registro de "reclamações e sugestões da população sobre os serviços públicos regulados pela ARIS (...)" e o acompanhamento e cobrança das soluções executadas para os respectivos problemas.[508]

Observe-se que o protocolo de intenções, no que se refere à concretização do objetivo final da agência na execução do papel regulatório, estruturou os órgãos de modo a garantir que as atividades normativas e fiscalizatórias fossem desempenhadas a partir de uma estrutura hierárquica especializada e blindada de pressões internas e externas. Todo o arranjo institucional mencionado, entretanto, não teria a possibilidade de proporcionar a efetiva operacionalização das ações do consórcio, caso não existisse um corpo de profissionais capacitados e especializados para a execução de seus trabalhos.

Exatamente por isso é que o quadro de servidores se encontra devidamente regulamentado no protocolo de intenções. Embora a própria Lei 11.107/05 preveja como obrigatória cláusula que indique o número, a forma de admissão e a remuneração dos funcionários públicos,[509] o protocolo de intenções formatado pela Aris supera o texto normativo, apresentando regramento mais detalhado. Em específico, o protocolo prevê que o regime jurídico de trabalho dos servidores da Agência é o estatutário, devendo a seleção e o ingresso ocorrer por aprovação em concurso público.[510] Outra peculiaridade do consórcio

---

508 Competências disciplinadas pelo art. 64, incisos I a III, do protocolo de intenções.

509 Trata-se de cláusula obrigatória do protocolo de intenções, conforme disposição prevista no art. 4º, IX, da Lei 11.107/05.

510 Conteúdo extraído do art. 71, no *caput*, do Protocolo de Intenções. Ressalta-se, no entanto, que não há regime previdenciário próprio do consórcio, estando os servidores submetidos ao regime jurídico de previdência social, consoante previsto no art. 71, §6º. Deve-se mencionar que esse regime duplo, no entanto, encontra obstáculo na Constituição Federal. Isto porque, conforme mencionado, as relações de trabalho das agências reguladoras, inclusive as intermunicipais, devem ser estatutárias. Desse modo e em leitura conjugada com o *caput* do art. 40, também da Constituição Federal, pode-se assegurar que o regime previdenciário para os servidores deve ser próprio, diverso do regime geral. Nesse mesmo sentido, Nohara assevera que somente há dois regimes previdenciários para o servidor público: o regime próprio, para os servidores estatutários; e o regime geral da previdência social, exclusivo para os servidores de cargo em comissão, temporários ou empregados públicos. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 731. Há autores, no entanto, que defendem que a interpretação conjunta dos art. 40 e 149, §1º, ambos da Constituição, leva a conclusão de que, quando o ente não tenha estabelecido regime de previdência próprio para os servidores estatutários, ele deverá adotar o regime geral de previdência, como o foi feito no caso da Aris. Esse posicionamento é corroborado por Regina M. Nery Ferrari, a qual leciona que: "há obrigatoriedade na instituição da cobrança, mas faculdade no modo como tais recursos serão operados, de maneira que a ausência

refere-se à garantia conferida aos servidores no caso dele ser extinto, hipótese na qual os servidores estáveis necessariamente deverão ser aproveitados nos quadros funcionais dos entes consorciados.[511]

Nessa linha, o protocolo também estruturou o Estatuto jurídico dos seus servidores, estabelecendo de antemão as condições de trabalho e os direitos e deveres a que eles estarão submetidos, além de disciplinar o procedimento disciplinar sancionatório, tudo conforme o anexo I do referido instrumento. De igual modo, instauraram-se o quadro de pessoal do consórcio, responsável por indicar a relação de cargos criados e número de vagas mínimas para cada posição, e a tabela definidora das habilidades exigidas para ingresso, a informa as atribuições necessárias para cada cargo.[512]

Somando-se às mencionadas vagas, nota-se que, havendo necessidade temporária ou excepcional interesse público, autoriza-se a contratação de pessoal temporário, como também se permite a cessão não onerosa, pelos entes consorciados, de servidores próprios ao consórcio: por outro lado, é integralmente vedada, independentemente das razões, a cessão pelas Aris dos seus servidores a outros órgãos.[513] Por sua vez, o modelo de vencimentos dos servidores baseia-se em sistema de referência numérica salarial, sendo que cada número corresponde a uma faixa salarial, conforme regulamentado pelo Anexo III do protocolo. Noutro termos, é dizer, para cada cargo, consideradas as atribuições e responsabilidade, o protocolo previamente estabeleceu a correspondente numeração, a qual se vincula ao valor disposto na referida tabela, assegurando-se aos servidores a revisão anual desses valores.[514]

No que concerne ao regime jurídico dos servidores, optou-se por conferir às pessoas que venham ocupar os cargos do órgão regime jurídico mais benéfico do que aquele disciplinado pela lei dos consórcios.[515] Isso porque, a estabilidade no cargo permite que os

---

da instituição de regime próprio, faz com que os seus servidores, titulares de cargos efetivos, mantenham-se vinculados ao Regime Geral de Previdência Social". FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal...**, p. 347.

511 Conforme disposição expressa do art. 71, §7º, do instrumento em estudo.

512 Conforme o Anexo II do protocolo em estudo. Extraiu-se do protocolo de intenções parcela desse anexo, referente à relação de cargos e vagas criados e que pode ser consultado no Anexo III deste trabalho. Submetido ao questionamento sobre a quantidade de servidores que atualmente integram o quadro de funcionários (questão nº 4, do questionário anexo IV deste trabalho), o representante da Aris afirmou que o quadro de servidores, até hoje, não foi alterado, sendo o número nele estabelecido suficiente para atender a demanda.

513 Cuidam-se de previsões protocolares previstas, respectivamente, nos arts. 73 e 76 e seus correspondentes parágrafos, todos do protocolo de intenções. No mesmo instrumento, a regra que proíbe a cessão de servidores encontra-se disciplinada pelo art. 71, §4º.

514 O procedimento de como ocorrerá a revisão geral anual, inclusive com o arbitramento do índice monetário a ser utilizado no cálculo, encontra-se disciplinada pelo art. 74 e seus parágrafos.

515 Nos termos supramencionados, a Lei 11.107/05 dispõe que os funcionários do consórcio serão regidos pelo regime da CLT e, caso o consórcio seja extinto, perderão o vínculo empregatício, ressalvadas as verbas indenizatórias devidas.

servidores responsáveis por operacionalizarem as ações regulatórias, particularmente aqueles competentes para fiscalizar a qualidade da prestação do serviço, as exerçam com a segurança jurídica necessária. Ou seja: o servidor, ocupante de determinado cargo público e com lotação específica, sujeitar-se-á única e exclusivamente à concretização dos interesses públicos institucionais da agência, sem se preocupar com influências externas, salvo nas hipóteses de transgressão dos deveres funcionais. Ainda sob esse raciocínio, o fato das disposições supra estarem disciplinas pelo protocolo de intenções proporciona a majoração do grau de estabilidade dessas regras, uma vez que eventuais alterações no regime jurídico estarão condicionadas ao consentimento da Assembleia Geral.

Por último, temática de extrema importância para garantir o funcionamento regular da Aris nos amoldes propostos, refere-se à forma de financiamento formatado para que a agência exerça suas atribuições. Como anteriormente apontado, a autonomia orçamentário-financeira da agência é ponto central para proporcionar a atuação e execução do papel regulatório de modo independente. Nesse influxo, apresentou-se um modelo orçamentário-financeiro capaz de conceder rápida autonomia financeira à agência.

Desde da sua constituição, em 2009, a Aris sempre desempenhou suas atribuições com orçamento próprio, sem depender do rateio de suas despesas com os municípios consorciados.[516] Para tanto, estabeleceu-se no protocolo de intenções a cobrança da taxa de regulação como principal fonte de receita do consórcio. Ou melhor, para o exercício do poder de regulação e fiscalização foram instituídas sete taxas, as quais incidem especificamente para cada serviço prestado, a saber: Taxa de Regulação de Abastecimento de Água; Taxa de Regulação de Esgotamento Sanitário; Taxa de Regulação de Varrição e Limpeza; Taxa de Regulação de Coleta de Lixo; Taxa de Regulação de Transbordo e Transporte de Lixo; Taxa de Regulação de Tratamento e Destinação Final de Lixo; e Taxa de Regulação de Drenagem Pluvial Urbana.[517]

Nota-se que foi instituído uma taxa específica para cada serviço referente ao saneamento básico, garantindo-se assim a regulação setorial para todos os municípios onde haja a prestação de, pelo menos, um dos serviços submetidos à competência da Aris. Soma-se a isso, o fato de a taxa ser devida por todos os prestadores que incidirem na hipótese tributária da norma, independentemente de qual seja a natureza jurídica, de direito público ou privado,

---

516 Ao responder as questões apontadas (Anexo IV), a Aris mencionou que, desde a sua instituição, sempre apresentou resultados financeiros superavitários. Diante disso, agência jamais precisou ratear suas despesas entre os entes consorciado, equilibrando seu orçamento única e exclusivamente com a cobrança das taxas de regulação.

517 A relação dessas taxas encontra-se previstas no pelos incisos I a VII, do art. 77.

que os defina. Dessa maneira, será devida a taxa por autarquias, empresas públicas ou privadas, sociedade de economia mista ou qualquer outra pessoa jurídica que execute um dos serviços previstos regulados pelo consórcio.[518] Há uma única hipótese de isenção prevista pelo protocolo, ocorrendo quando as atividades de limpeza urbana e coleta seletiva de resíduos sólidos forem desenvolvidas por associações, cooperativas ou entidades afins, sem fins lucrativos.[519]

As referidas taxas incidem mensalmente, devendo ser adimplidas até o décimo dia seguinte ao mês de competência da regulação ou fiscalização, com recolhimento direto à Aris, mediante o pagamento de cobrança específica.[520] Anote-se que, na hipótese de a mesma prestadora executar duas ou mais atividades objeto da regulação, as taxas serão devidas cumulativamente, a mesma situação ocorrendo quando o serviço é prestado em mais de um município pela mesma entidade, caso em que "será devida uma taxa para cada município consorciado onde há a referida prestação".[521] Ressalva-se que a cobrança por essas taxas não descarta a possibilidade de a agência, em comum acordo com a prestadora e mediante contrato, celebre outras formas de remuneração pelo exercício da atividade regulatória, consoante previsto pelo art. 90, do protocolo.

A forma de aplicação e interpretação sobre a cobrança das referidas taxas deverá respeitar a legislação tributária de cada ente, aplicando-as também nos casos de eventuais questionamentos administrativos ou judiciais. Nesse influxo, a previsão normativa do art. 94, *caput*, ao disciplinar que as regras para aplicação e cobrança das taxas de regulação deverão respeitar a legislação municipal local, garante a manutenção da autonomia tributária do ente federado em face da pessoa do consórcio.[522] É dizer, ao prever tal especificidade normativa, a taxa de competência do consórcio não se sobrepõe às particularidades da legislação municipal, garantindo-se assim a manutenção da autonomia do ente consorciado no que se refere à definição das regras tributárias municipais.

---

518 Cuida-se de dispositivo previsto no art. 78, §1º. Em verdade, o referido texto normativo foi identicamente replicado para cada uma das sete taxas instituídas pelo protocolo de intenções. Nas remotas hipóteses de o serviço ser prestado diretamente pelo ente municipal, sem ser intermediado por autarquia, o repasse de recursos para custeio das ações de regulação ocorrerá mediante contrato de rateio, conforme previsto pelo art. 91.

519 Conforme previsão expressa do art. 86, do instrumento em estudo.

520 Procedimento estabelecido pelo art. 87, *caput*, do protocolo de intenções.

521 Tratam-se de disposições disciplinadas, respectivamente, pelos arts. 88 e 89 do diploma em análise.

522 O parágrafo único do referido dispositivo esclarece a questão, ao disciplinar que: Em casos de questionamento administrativo ou judicial das taxas e preços públicos instituídos por este Protocolo de Intenções, aplicar-se-á a respectiva legislação tributária do município consorciado onde são prestados os serviços públicos objeto da incidência da taxa de regulação e fiscalização.

O protocolo de intenções estabeleceu cálculo específico de cobrança para cada uma das sete taxas por ele instituídas. O valor total da taxa devida pela regulação resulta da multiplicação do número de habitantes pela alíquota indicada para cada serviço, resultando na seguinte fórmula TRS = NH x alíquota.[523] Observe-se que a base de cálculo do tributo mostra-se semelhante para todos, utilizando-se como parâmetro o número de habitantes do município, conforme última estimativa do IBGE. O fator de distinção entre os tributos concerne-se ao indicador da alíquota aplicada, variando para cada serviço tributado. À título exemplificativo, o valor autorizado de cobrança para a taxa de esgotamento sanitário é de R$ 0,06 (seis centavos), já o valor instituído para a coleta de resíduos sólidos é de R$ 0,03 (três centavos).

O fato de as taxas levarem em consideração o número total de habitantes para o cálculo do quantitativo do tributo, significa que os custos da regulação podem ser distribuídos proporcionalmente, na medida em que a taxa será mais elevada para municípios com maior população e menor para os de menor número de habitantes. São os próprios cidadãos que serão beneficiados com os custos operacional-regulatórios calculados proporcionalmente ao número de habitantes, uma vez que o valor tarifário referente àquele município levará em consideração somente critérios locais, isto é, a quantidade de cidadãos beneficiados ou possíveis beneficiários do serviço.

A despeito de haver previsão legal específica autorizando a cobrança de taxa para cada serviço regulado pelo consórcio, de todas as sete taxas estabelecidas no protocolo de intenções, somente as taxas de abastecimento de água e de disposição final de resíduos sólidos são efetivamente instituídas e cobradas. Até mesmo, a partir do exercício de 2013, a agência conseguiu diminuir o valor cobrado pelas mencionadas taxas: reduziu-se a alíquota da primeira de R$ 0,12 para R$ 0,10 centavos por habitante e, em relação à segunda, de R$ 0,03 para R$ 0,01 centavos por habitante.[524]

Tais medidas adotadas pela Aris decorrem da adesão de significativo número de municípios à agência, permitindo-se que as despesas sejam divididas por um número maior de entes consorciados. Resultado prático disso reflete na desnecessidade de se instituir a totalidade de taxas juridicamente possíveis e, muito menos, de serem as despesas rateadas pelos entes consorciados. Noutros termos, é dizer: diante da quantidade de membros consorciados, a agência consegue desempenhar resultado orçamentário superavitário somente pela cobrança de duas taxas, em comparação com as sete totais possíveis.

---

523 Em que: “TR” significa a taxa de regulação e “S” o serviço regulado; “NH”, o número de habitantes; Alíquota, o valor instituído especificamente para cada serviço.

524 Conforme informação repassada pela Aris, questão nº 3, do anexo IV.

E, nos termos analisados no item anterior, ao não depender de repasses financeiros, operacionalizando e exercendo suas competências com recursos integralmente próprios, o consorcio intermunicipal Aris consegue exercer suas atribuições sem quaisquer interferências, sejam elas oriundas do poder público ou dos agentes privados. Ademias, tal formato proporciona benefícios aos cidadãos regulados, cobrando-se. Particularmente em relação às Administrações Públicas, esse formato de financiamento exime-as de alocar recursos na criação e manutenção de agência própria, desonerando-as desse encargo financeiro. A justifica disso se assenta no fato de que a totalidade do orçamento da agência intermunicipal, tal ocorre com a Aris, poderá advir exclusivamente das taxas de regulação cobradas dos agentes regulados.

No presente tópico, apresentou-se a estrutura organizacional e funcional da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento a partir da análise do protocolo de intenções que a constituiu. O fato de o consórcio atualmente contar com 194 municípios associados, sediados em todas as regiões do estado de Santa Catarina, tem por justificativa dois fundamentos: primeiro, o engajamento dos municípios na criação de uma estrutura regulatória independente, caso contrário a ação cooperada não poderia existir; segundo, o estabelecimento, a partir da estrutura do consórcio público, de arranjo jurídico institucional e funcional apto a permitir o alcance dos objetivos para os quais a agência interfederativa municipal foi criada. Esse modelo jurídico assegura à Aris o exercício independente da atividade regulatória, o que proporciona a mitigação das ingerências políticas externas, reduzem-se os índices de captura regulatória ante a capacitação do corpo técnico, e garante que a qualidade dos serviços prestados seja padronizada isonomicamente para todos os usuários residentes nos municípios consorciados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças sociais, políticas e econômicas vivenciadas a partir da metade do século XX, alicerçadas particularmente sobre o processo de globalização, a veloz evolução tecnológica e a constitucionalização de numerosos direitos fundamentais sociais e difusos, resultaram no aumento relevante de complexidade, quantitativa e qualitativa, da sociedade. Nessa mesma linha, essas alterações também influenciaram diretamente no amadurecimento de diversos institutos jurídicos e no modo nos quais as Administrações Públicas passam a atuar, diante da necessidade de adequação das ações para conferir respostas rápidas e eficientes às demandas multidisciplinares as quais passaram a estarem submetidos.

O Federalismo foi um dos institutos que sofreu tais influências. Cuidou-se da transformação do federalismo dualista, caracterizado pela delimitação estanque de competências entre os entes federados, para um federalismo solidário, no qual os entes passam a agir conjuntamente para exercerem as competências incumbidas concomitantemente a todos eles. A Constituição Federal de 1988 claramente optou pelo federalismo cooperativo, na medida em que definiu expressamente um rol de matérias que são de competência e responsabilidade comum de todos os entes.

O federalismo de cooperação tem por premissa a necessidade da atuação conjunta dos entes políticos para não somente atenderem adequadamente as demandas plurais dos cidadãos, mas também para implementarem as políticas públicas e promoverem adequadamente os serviços públicos. Ademais, a utilização de instrumentos de ação cooperada propende a reduzir as assimetrias fáticas existentes na federação brasileira, oportunizando o desenvolvimento econômico, social e político de todos os entes, tal qual determinado pela Constituição Federal de 1988. E não poderia ser diferente no âmbito municipal, no qual a atuação cooperada, seja verticalmente ou horizontalmente, possibilita que os entes ofertem serviços públicos com melhor qualidade e beneficiem um número maior de cidadãos.

Paralelamente ao que ocorreu com o federalismo, o modelo de atuação da Administração Pública e alguns dos postulados do direito administrativo também foram acometidos pelas influências decorrentes daquelas alterações sociais. A vertente da Administração Pública pautada em atos autoritários cede espaço, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988 e a restauração do regime democrático, à Administração dialógica e consensual. Como a própria denominação sugere, trata-se de uma

Administração que passa a definir, conjunta e consensualmente com as partes interessadas, a melhor maneira para alcançar a finalidade pública pretendida.

O fundamento para essa atuação consensual da Administração assenta-se na virada paradigmática a qual influenciou alguns dos preceitos basilares do direito administrativo: de ações majoritariamente sustentadas na arbitrariedade e unilateralidade, passam a ser disciplinadas ações conjuntas e em parceria com terceiros, seja com a própria administração, seja com particulares. Diante disso, procedimentos e cláusulas arbitrárias, as quais, em diversas oportunidades, eram invocadas não necessariamente para assegurar o interesse público primário daquela ação, mas para garantir um direito secundário da própria Administração, cedem espaços para diplomas normativos cooperativos. Tratam-se de novos instrumentos jurídicos, a exemplo da lei dos consórcios e das parcerias público-privadas, que priorizam a troca de informações e a atuação em parceria entre os envolvidos para proporcionar resultados mais efetivos ao interesse público que se pretende promover.

No que se refere ao consorciamento interfederativo, a despeito da virada paradigmática e do cenário cooperativista fomentado pela Constituição Federal, a atuação cooperada entre as Administrações para a consecução de objetivos comuns, especificamente em matérias que requerem significativa segurança jurídica para serem promovidas (a exemplo da regulação dos serviços públicos mais complexos), só tomaram forma com a positivação de dispositivos específicos no ordenamento. Especificamente, destaca-se a inclusão do art. 241, na Constituição Federal, a partir da promulgação da emenda constitucional nº 19/98, editada sob os preceitos da reforma gerencialista. Tal dispositivo passou a expressamente autorizar atuação conjunta entre os entes federados para gerenciarem, por convênio de cooperação e consórcios públicos, os serviços públicos. Deve-se lembrar que a gestão associada dos serviços públicos não se limita à prestação propriamente dita destes, mas engloba as atividades de planejamento e de regulação (a qual já engloba a fiscalização).

A despeito de tais características, a temática ganhou maior relevância com a edição da Lei Federal nº 11.107/05 e o Decreto Regulamentar nº 6.017/07 correlato, responsáveis por disciplinarem as regras da contratação de consórcios públicos. Nos termos dissertados, somente com a edição das referidas normas e, consequentemente, com o balizamento das regras que regem a contratação e atuação dos consórcios interfederativos, é que as Administrações Públicas passaram a utilizar o instrumental da gestão associada para organizar ações públicas mais complexas. Atividades as quais exigem elevadas quantidades de recursos, bem como dilatados prazos para amortecimento dos investimentos, mobilização da infraestrutura necessária e de prestação propriamente dita.

Dentre o conjunto de regras estabelecidas pela Lei dos consórcios, algumas merecem maiores destaques, seja pela discussão doutrinária que geraram ou ainda geram, seja por estabelecerem novos formatos institucionais. O primeiro marco estabelecido pela referida legislação refere-se à natureza contratual conferida ao instrumento do consórcio. Cuida-se de uma nova modalidade contratual colocada à disposição dos entes para, a partir do preenchimento de várias cláusulas obrigatórias, estabelecer os direitos e deveres de todas as partes envolvidas no consorciamento público. O segundo marco concerne-se à formação de uma nova pessoa jurídica de direito, podendo ser constituída sob natureza de direito público ou de direito privado. Quando criada sob natureza jurídica de direito público, o consórcio possuirá natureza autárquica e integrará a Administração Indireta de todos os entes signatários. Deve-se anotar que somente os consórcios públicos-públicos são legitimados a receberem e executarem atividades tipicamente estatais, tal qual a atribuição para regular os serviços públicos.

A dualidade consorcial, representada pela existência, de um lado, de documento contratual específico que delimita o objeto de atuação e as principais regras de organização e funcionamento do consórcio e, doutro, da criação da pessoa jurídica própria do consorcio, agrega forte segurança jurídica para todos os atores que atuam com o consórcio. Essa modelagem garante que todos os sujeitos envolvidos detenham direitos e responsabilidades específicas para o devido funcionamento do consócio, beneficiando tanto as Administrações signatárias entre si, quanto os terceiros que contratem com a pessoa do consórcio. Ademais, a personalidade jurídica própria confere versatilidade às operações dos consórcios, ante a capacidade processual, negocial e administrativa próprias, bem como afasta confusões patrimoniais entre a pessoa jurídica do consórcio e a dos entes federativos associados.

Os resultados provenientes de ações conjuntas pelos entes federativos, em geral, mostram-se mais benéficos para o atendimento das necessidades dos cidadãos, quando comparados com a atuação singular de cada um destes. E são dois os principais motivos que justificam essa alegação. O primeiro justifica-se nas atuais demandas sociais, as quais se caracterizam por serem quantitativamente numerosas, qualitativamente mais complexas e têm ultrapassado as fronteiras geográficas artificialmente instituídas para cada ente. A atuação conjunta, nesse sentido, pautando-se pelo compartilhamento de informações – conhecimento técnico, experiência administrativa, materiais e infraestrutura – entre as Administrações, objetiva promover ações e respostas mais rápidas e qualificadas às demandas a elas submetidas. Soma-se a isso, o fato da ação cooperada homogeneizar tais resultados para toda extensão territorial dos entes envolvidos.

O segundo motivo tem por assente a dificuldade financeira, tal qual premissa estabelecida para esse trabalho, que aflige parcela considerável dos municípios brasileiros, mormente a partir da crise orçamentária iniciada em 2014. Tais circunstâncias induzem as unidades políticas a atuarem em conjunto com outros entes federativos para conseguirem, a partir do ganho de escala e repartição dos custos, cumprirem seus deveres constitucionais. O ganho de escala se verifica na otimização dos bens materiais e imateriais, a partir do compartilhamento de informações e infraestrutura, consoante supramencionado. Já a repartição de custos respalda-se na própria existência dos consórcios: rateiam-se as despesas de manutenção e operacionalização de uma única entidade entre todos entes associados, reduzindo-se significativamente os desembolsos para tanto, quando comparado com a promoção individual por cada um dos entes.

As mudanças sociais acima referidas e o delineamento de uma nova ordem econômica pela Constituição de 1988 provocaram mudanças na forma de intervenção do Estado no domínio econômico. Supera-se a visão do Estado como agente promotor das atividades econômicas e passa-se a situá-lo como entidade reguladora destas. Observe-se que não houve a dispersão das funções do Estado, apenas foi alterado o modelo de interferência nas relações econômicas, agora caracterizada pela intervenção indireta. No que tange as atividades econômicas em estrito senso, conforme classificação utilizada neste trabalho, o Estado se desfez de ativos que não possuíam relação com a promoção do interesse comum e passou, quando a constituição assim exigisse, a regulá-los.

Já em relação aos serviços públicos privativos, essa mudança operou-se de modo estritamente balanceado. A Constituição Federal atribuiu exclusivamente ao Estado à titularidade da promoção dos serviços públicos, os quais são essenciais para a concretização do bem-estar social nela assentados. Com a introdução da nova ordem econômica constitucional, o Estado que antes simplesmente prestava tais serviços, estando a regulação implícita a essa prestação, passou a regulá-los através da criação de entidades próprias e independentes para isso, denominadas de agências reguladoras.

A regulação caracteriza-se no meio pelo qual o Estado, através da normatização e da fiscalização, assegura a qualidade dos serviços fornecidos aos cidadãos, bem como controla a amplitude dessa prestação em comparação com os planos e metas por ele estabelecidos. A atividade regulatória pauta-se pela independência funcional da Agência, a qual pode ser alcançada a partir da criação de condições institucionais específicas. Tais condições devem propiciar a implementação das cinco autonomias que integram o conceito de

independência, a saber: autonomia normativa; político-decisória; autonomia administrativa; orçamentário-financeira; e capacidade técnica-pessoal.

Sucede-se que a criação, no âmbito municipal, de Agências reguladoras que possam exercer suas atribuições com independência funcional encontrou, e ainda encontra, muitas dificuldades. Acrescenta-se à dificuldade financeira intrínsecas a manutenção dessas entidades, as quais são criadas exclusivamente para regular os serviços públicos locais, a proximidade entre o chefe do Poder Executivo local com a estrutura da Agência. Nessa esteira, entidades reguladoras municipais mostram-se comprometidas financeiramente com o poder central, dependendo da discricionariedade deste para repassar verbas orçamentárias. Por isso, encontram dificuldades para a composição de corpo de servidores tecnicamente capacitados a exercerem a regulação, facilitando a captura pelos agentes regulados. Na outra ponta, a proximidade política facilita a captura da agência pelo Poder Executivo, na medida em que se cria um vínculo político entre os Conselheiros da agência, os quais são eleitos para mandatos, e o chefe do poder executivo, responsável por nomeá-los.

Diante de tais dificuldades que circundam a criação de agências efetivamente independentes no âmbito municipal, apresentou-se como alterativa a criação de consórcios públicos supralocais incumbidos na realização das atividades regulatórias locais. A razão pela qual indicou-se os consórcios públicos como instrumentos aptos a gerirem associadamente a atividade regulatória, justifica-se na estrutura organizacional e funcional que, a partir dele, é possível ser formatada. Cuida-se de arranjo jurídico que permite assegurar o funcionamento independente da agência por afastar os obstáculos acima mencionados. Ademais, a delegação da atividade regulatória à entidade supralocal também objetiva reduzir as disparidades na qualidade dos serviços prestados, ao se considerar a extensão dos territórios municipais abrangidos pela agência.

Nessa seara, verificou-se que já existem modelos de consórcios constituídos para o objeto proposto no trabalho. Dentre eles, analisou-se o protocolo de intenções da Agência Regulatória Intermunicipal de Saneamento (Aris), consórcio público interlocal que atualmente conta com 194 municípios consorciados e tem por objeto regular a prestação dos serviços de saneamento básico. O sucesso desse modelo tem por assente a independência funcional que a estrutura institucional do consórcio pode proporcionar à agência regulatória a ser instituída.

A partir de arranjo jurídico específico, criou-se uma blindagem às pressões políticas internas e externas ao Conselho de Regulação, garantindo-se assim autonomia política-decisória e técnica à entidade. Do mesmo modo, estabeleceu-se que os cargos decisivos para atuação institucional deverão ser ocupados por profissionais tecnicamente

capacitados para exercerem suas atribuições, sendo que a nomeação depende de deliberação da maioria simples dos 194 entes municipais com direito a voto na Assembleia, o que reforça a autonomia político-decisória da entidade, ante a dificuldade de ocupar estes cargos com apadrinhados políticos.

A autonomia normativa-fiscalizatória é assegurada pelo arranjo normativo determinado pelo protocolo. Isto é, delimita-se com clareza sob quais aspectos a agência terá competência para regulamentar e exercer a fiscalização, demarcando as ações normativas e fiscalizatórias que se enquadram dentro dessas. Apoiando-se sobre essas competências, válidas para toda área de atuação do consórcio, garante-se que os serviços de saneamento sejam padronizados igualmente para todos os municípios submetidos à regulação. É dizer, com a exceção das peculiaridades dos planos de saneamento desenvolvidos pelos municípios, a regulação dos serviços pauta-se sobre as mesmas regras para todos os municípios.

Essas atribuições, acrescenta-se, são executadas por servidores pertencentes ao quadro próprio da agência, o que lhes garante a estabilidade do cargo público para exercerem as atividades fiscalizatórias. Ainda, forma-se um conjunto de profissionais altamente especializados, mitigando-se, diante da autonomia técnica-profissional, as ocorrências de capturas regulatórias. Desse modo, afirma-se a qualidade técnica nas atividades da agência.

A forma de financiamento modelada pelo protocolo, a qual se processa exclusivamente pela cobrança de taxas regulatórias dos agentes prestadores dos serviços, garantiu à agência a autonomia orçamentária desde sua constituição. Reforça-se, com isso, a autonomia administrativa da agência, garantindo-se a operacionalização e gerenciamento dos recursos da forma que melhor lhe atenda. Além disso, o formato de financiamento pautado na cobrança das taxas regulatórias desonera os entes consorciados, resultando numa economia significativa aos cofres públicos, na medida em que nenhum valor é exigido do orçamento municipal para manutenção das agências. Diante disso, verifica-se que autonomia financeira garante o funcionamento autônomo da agência, sem a necessidade de haver repasses financeiros pelos entes consorciados, preservando o exercício das atribuições regulatórias de influências externas, sejam públicas ou privadas.

Ainda no que se refere à autonomia orçamentário-financeira viabilizada pelo arranjo institucional dos consórcios, podem-se indicar duas outras vantagens que se somam as acima apontadas. Primeira, alude-se à possibilidade de contratação e manutenção de servidores especializados no setor de saneamento básico, pagando-se salários compatíveis com suas reponsabilidades e oportunizando a constante capacitação destes para execução de suas atribuições. Segunda, refere-se à não cobrança de todas as taxas juridicamente possíveis,

o que proporciona a diminuição dos custos operacionais dos prestadores e, por consequência, do custo repassado ao usuário final, garante-se redução das tarifas públicas.

A gestão associada autoriza a atuação integrada dos entes federativos para a consecução de objetivos comuns, o que possibilita a concretização conjunta das funções constitucionalmente a eles atribuídas e também propicia o desenvolvimento local. Particularmente em relação à gestão cooperada da regulação dos serviços púbicos locais, quando instrumentalizada por consórcio público, constata-se o desenvolvimento a partir de três consequências provenientes do consorciamento. O primeiro, refere-se à promoção homogênea da atividade regulatória, ao garantir serviços prestados com qualidade isonômica aos cidadãos submetidos à regulação, mitigando-se as assimetrias fáticas existentes nos municípios consorciados em relação àquele setor normatizado. O segundo, fundamenta-se na independência funcional assegurada à agência reguladora intermunicipal, a partir da criação de estrutura organizacional e funcional que consolide as cinco autonomias indicadas. O terceiro decorre da redução dos recursos públicos despendidos para criação e manutenção da agência, na medida em que os custos serão rateados entre todos os entes consorciados, podendo, até mesmo, serem diminuídos a zero. Consoante observado no estudo de caso apresentado, todos esses resultados podem ser obtidos quando da contratação consórcio público intermunicipal para a objetivo específico de regular os serviços públicos locais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGIR. **Novo Protocolo de Intenções**. Disponível em: <http://www.agir.sc.gov.br/legislacoes/protocolo-de-intencoes> Acesso em: 09 jun. 2018.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

ARIS. Agência Reguladora Intermunicpal de Saneamento. **Documentos**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional/documentos> Acesso em: 06 jan. 2019.

_____. Agência Reguladora Intermunicpal de Saneamento. **Institucional**. Disponível em: < http://www.aris.sc.gov.br/institucional> Acesso em: 06 jan. 2019.

_____. Agência Reguladora Intermunicpal de Saneamento. **Organograma institucional**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional/organograma> Acesso em: 09 jan. 2019.

ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Regulação e controle dos serviços públicos de saneamento básico: agências reguladoras e controle social à luz da Lei n. 11.445/2007. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, jan - mar, 2016.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 125-144.

ARETCHE, Marta; VAZQUEZ, Daniel; GOMES, Sandra. As relações verticais na federação: explorando o problema da descentralização e da autonomia. *In*: ARETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 145-171.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e o desenvolvimento regional no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out - dez, 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56010>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, abr - jun, 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54059> Acesso em: 31 ago. 2018

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do Federalismo, uma observação pragmática-sistêmica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul - set, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

_____. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais – NINC**, Curitiba, vol 4, n. 1, jan - abr, p. 207-225, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** Malheiros: São Paulo, 1996.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao//Constituicao34.htm> Acesso em: 19 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei no 11.107, de 10 dez. de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm> Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. **Decreto Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967**. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0288.htm> Acesso em: 23 jan 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 1**. Publicada em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Medida Provisória nº 844/2018, 06 de julho de 2018**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm#art4> Acesso em: 5 jan. 2019.

_____. **Medida Provisória nº 868/2018, 27 de dezembro de 2018**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm#art4> Acesso em: 5 jan. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. **Evolução histórica da receita**. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/receitas?ano=2018> Acesso em: 31 jan. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. **Resultado do Tesouro Nacional**. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents> Acesso em: 31 jan. 2019

_____. Ministério das Cidades. **Guia Regulasan**. Disponível em: <http://guiaregulasan.com.br/> Acesso em: 08 jan 2019

_____. **Lei Federal nº 8.080, 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. **Lei Federal nº 10.406. 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. **Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. **Lei Federal nº 11.107/05. 06 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm> Acesso em: 09 ago. 2018.

_____. **Lei Federal nº 11.445/05, 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Lei Federal nº 12.305/2010, 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. **Lei Federal nº 12.587/2012, 03 de janeiro de 2012**. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm> Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. **Lei Federal nº 13.089/2015, 12 de janeiro de 2015**. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. **Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1> Acesso em: 16 nov. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.717/DF. Relator Min Sydney Sanches. **Pesquisa de Jurisprudência.** Julgado em 07, nov. 2002, publicado em 01 fev. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281717%2ENUME%2E+OU+1717%2EACMS%2E%29+%28%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORL%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORV%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORA%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y79227sa> Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1842/RJ. Relator Ministro Luiz Fux; Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Julgado em 06, mar. 2013, publicado em 16 set. 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281842%2ENUME%2E+OU+1842%2EACMS%2E%29%29+E+S%2EFLGA%2E&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/yd5q327j> Acesso em: 06 jan. 2019.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Acordão n.º 2.121/2017, disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2.121%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Acesso em: 15 out. 2018.

CARDUCCI, Michele. Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul - set, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Taiane Lobato de. Os princípios Legais do Saneamento Básico – uma análise do artigo 2º da Lei nº 11.445/07. *In* DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHAVES, Killdare Gusmão. Os consórcios públicos como instrumento de intervenção dos municípios no domínio econômico. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, p. 39-62, out - dez, 2012.

CHIEVO, Thiago Alves. O papel dos consórcios públicos no setor de saneamento básico à Luz da Lei 11.445/2007 e do Decreto 7.217/10. *In* DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. *In* **Saneamento Básico: Estudos e pareceres à luz**

da Lei nº 11.445/2007. FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DANTAS, Caroline Bastos; MACHADO, Gustavo Gomes. Constituição de consórcios públicos e implicações da Lei nº 11.107/2005 nas associações intermunicipais anteriores. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 165-192.

DIAS, Cibele Fernandes. O Federalismo e o lema "*e pluribus unum*" – dilemas e conflitos da experiência brasileira. **Revista de Interesse Público**. Belo Horizonte: Forum, nº 82, p. 153-164, 2013.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, jan., p. 65-76, 2014.

_____. Consórcios Públicos e organização administrativa, em face da Constituição da República de 1988. *In:* PIRES, Maria Coeu Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 87-120

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DURÃO, Pedro. **Convênios e consórcios públicos:** gestão, teoria e prática. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Autonomia municipal no Estado federal brasileiro. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 199-208, jul - dez, 2014.

_____. **Direito Municipal**. 4. ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Ana Paula Lima; MESSEMBERG, Roberto Pires; LINHARES, Paulo de Tarso Frazão Soares. Transformações na federação brasileira: o consórcio intermunicipal no Brasil do início do século XXI. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 12, jul - dez, p. 67 - 74, 2017.

FIRJAN. **Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal**. Ano-base 2016: recorte municipal. Disponível em: <https://www.firjan.com.br/ifdm/> Acesso em: 30 jan. 2019

_____. **Incide FIRJAN de Gestão Fiscal de 2017**. Ano-base 2016: recorte municipal. Disponível em: < http://www.firjan.com.br/ifgf/> Acesso em: 30 jan. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Crise derruba arrecadação de impostos e investimentos de prefeitura**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/01/1725446-crise-

derruba-arrecadacao-de-impostos-e-investimentos-de-prefeituras.shtml> Acesso em: 18 jan. 2018.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O novo código de defesa do usuário do serviço público: Lei 13.460/17. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. n. 367, 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-doservico-publico-lei-13-460-17>. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. O regime jurídico da empresa brasileira de correios e telégrafos – entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GABARDO, Emenson; GONÇALVES, Guilherme de Salles (coord.). **Direito da Infraestrutura: temas de organização do estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, p.15-52, 2012.

_____; COUTO, Clayton Santos do. O desenvolvimento para além das fronteiras nacionais: entre universalismo e subsidiariedade. *In* RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coor.). **Coleção direito internacional multifacetado** convergência e divergência: entre ordens jurídicas. Curitiba: Juruá, vol. V, 2015.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito Administrativo – uma crítica da crítica. *In*: **Direito Administrativo e Interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. Romeu Felipe Bacellar e Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes de reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento. *In*: FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. Org. **Saneamento básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 209-235, 2009

GALVÃO, Ciro Di Benatti. **Consórcios Públicos: uma nova perspectiva jurídico-política**. 2 ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Planejamento administrativo e concretização das atribuições administrativas dos entes municipais. A**&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 221-235, out - dez, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 4ª ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaine Musetti. A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico. *In* DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 16-30.

_____. A federação brasileira como forma de descentralização do poder. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 18, p. 130 – 133, jan - mar, 1997.

_____. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. *In* **Direito Administrativo Econômico**. Carlos Ari Sundfeld (coor.). 1 ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul - set, 2013.

HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. **O contrato de programa na lei federal 11.107/05**. 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e o seu reflexo na Constituição de 1988. **Revista do legislativo**. Belo Horizonte, n.25, jan - mar, 1999.

_____. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

_____. Tendências atuais da federação. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 3, nº 283, p. 231 - 248, maio, 2011.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Panorama no Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama> Acesso em: 07 jan 2019.

_____. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2015**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf> Acesso em: 26 dez. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras no direito positivo brasileiro. *In* **Direito Administrativo Econômico.** CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; BATISTA DOS SANTOS, João Eduardo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 370-392.

_____. Consórcios Públicos Municipais. *In*: **Gestão Pública e Direito Municipal**: Tendências e desafios. Gilmar Ferreira Mendes e Rafael Araripe Carneiro (Org.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121 - 144.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 75-121.

LOMAR, Paulo José Vilela. Dos princípios fundamentais. *In:* MUKAI, Toshio (Coord.). **Saneamento básico:** diretrizes gerais. Comentário à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Hugo De Brito. **Curso de Direito Tributário.** 35 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. rev. atual. Curitiba: Associação dos Municípios do Paraná, 2017.

_____. Serviços públicos e desenvolvimento: uma crítica ao modelo de Parcerias Público-Privadas no setor social. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). (Org.). **Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2014, p. 63-82.

_____; MENEGAT, Fernando**. Teoria Jurídica da Privatização:** Fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no Direito Brasileiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes:** fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIX, n. 107, dez., p.74 - 82, 2009.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**: comentários à lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Para onde vai o federalismo? Notas sobre o que foi e o que poderá vir a ser o Estado Federal Where the federalism are going to? Jottings about what federalism were and what it could be. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 268, p. 187 – 211, jan - abril, 2015.

MONTEIRO, Vera. Prestação do serviço de saneamento por meio da gestão associada entre entes federativos. *In* FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.). **Saneamento Básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009

MOREIRA, Egon Bochmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.974/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In* ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 231, jan - mar, p. 129-156, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O saneamento básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado. *In* FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.). **Saneamento básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007.** Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 105-136, 2009.

NEGRINI, Ricardo Augusto. **Os consórcios públicos no direito brasileiro**. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. **Reforma administrativa e burocrática**. Impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado**. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 19, n.1, p. 29-46, jun., 2015.

OLIVEIRA. Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, nº 32, abr - jun, p. 31-50, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986**. Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> Acesso em: 20 set. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção**: fundamentos e requisitos da delegação do exercício de poder de polícia administrativa a particulares. Fórum: Belo Horizonte. 2014.

PINTO E NETO, Luísa Cristina. Interesse Público e Administração Concertada. **Revista Brasileira de Direito Municipal RBDM**, Belo Horizonte, n. 12, ano 5, abril - jun, 2004 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12215>. Acesso em: 28 ago. 2018.

PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito administrativo: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, mai - ago, 2017.

PROBST, Marcos Frey. **Agência intermunicipal de regulação do saneamento**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7759> Acesso em: 07 jan. 2019.

_____. **A gestão associada de serviços públicos no sistema constitucional tributário brasileiro**: a instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos.

Florianópolis, 2018. 431 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

_____. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Dez anos da Lei 11.107/05: avanços e incertezas em torno dos consórcios públicos. **Interesse público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 92, jul - ago, p. 163 - 187, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público:* **garantia fundamental e clausula de proibição do retrocesso social.** Curitiba: Íthala, 2016, p. 170.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse Público – IP**. Ano 6, nº 30, p. 77-97, mar - abril. Porto Alegre. Notadez, 2005

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Introdução às agências reguladoras. *In:* **Direito Administrativo Econômico**. Carlos Ari Sundfeld (coor.). 1 ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Ana Caroina Wanderley. As novas figuras contratuais nos consórcios públicos. *In:* PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz Barbosa (org.). **Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-164.

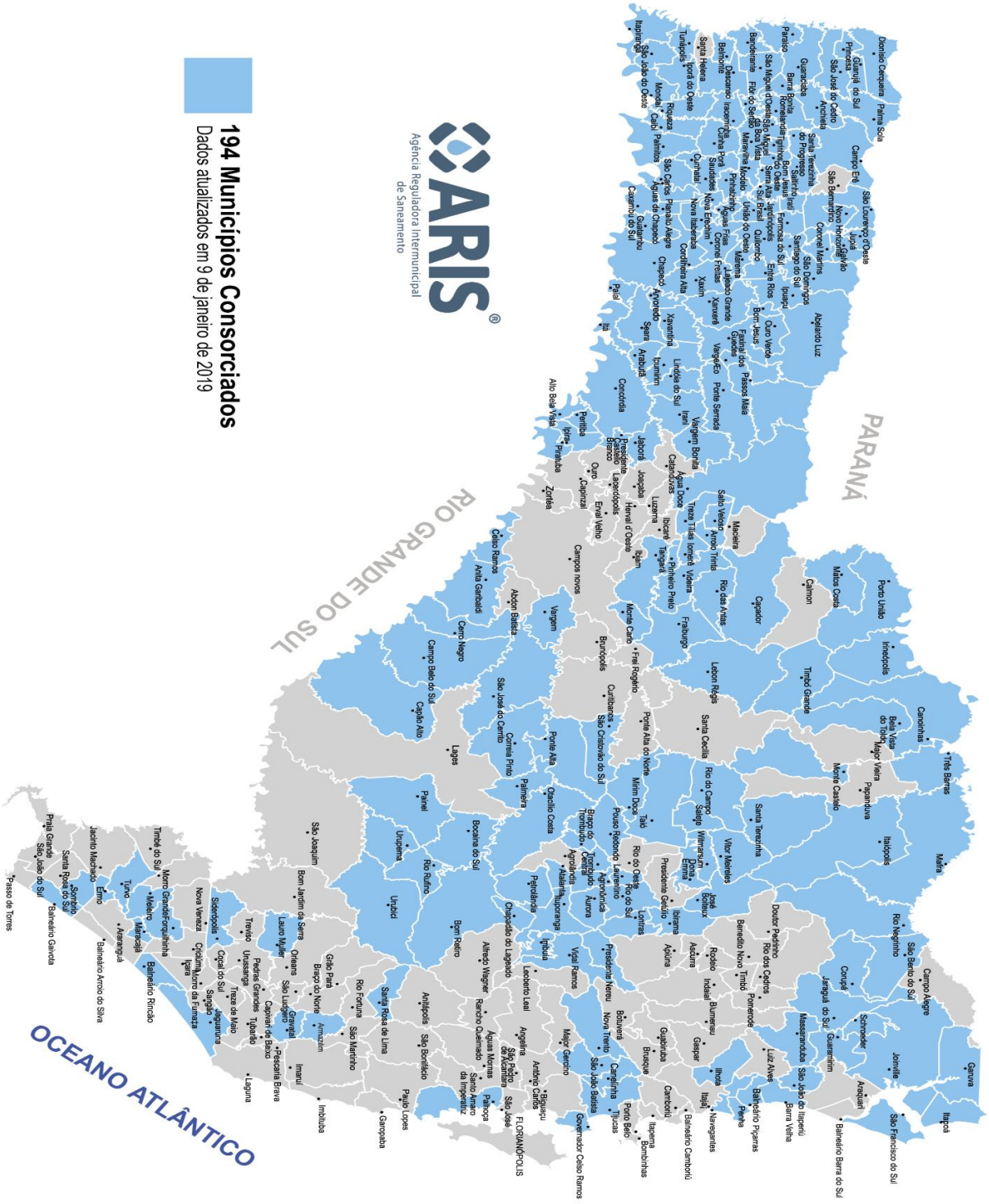
TREVAS. Vicente Carlos Y Pla. Consórcios públicos e o federalismo brasileiro. *In:* CHERUBINE, Marcela; TRAVAS Vicente (org). **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**, p. 23-24. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/Consorcios-Trevas-ok.pdf > Acesso em: 21 out. 2018.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. *In*: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais.** Curitiba: Ithala, 2016.

_____. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Curitiba, 2017. 265 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

ANEXOS

ANEXO I - Mapa dos Municípios consorciados à Aris[525]



[525] ARIS. Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento. **Mapa Geral do Municípios consorciados**. Dispoível em: < http://www.aris.sc.gov.br/municipios> Acesso em: 11 jan. 2019.

ANEXO II - Modelo de Contrato de Consórcio Público[526]

CONTRATO DE CONSÓRCIO PÚBLICO

Com fundamento no artigo 5º da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, o **MUNICÍPIO DE ÁGUAS DE CHAPECÓ**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Adilson Zeni; **MUNICÍPIO DE ALTO BELA VISTA**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Sérgio Luiz Schmitz; **MUNICÍPIO DE CORONEL FREITAS**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Mauri José Zucco; **MUNICÍPIO DE FORMOSA DO SUL**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Jorge Antônio Comunello; **MUNICÍPIO DE GARUVA**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. João Romão; **MUNICÍPIO DE IRACEMINHA**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Avelino da Costa; **MUNICÍPIO DE ITA**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Egídio Luiz Gritti; **MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Dorildo Pegorini; **MUNICÍPIO DE MONDAI**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Lenoir da Rocha; **MUNICÍPIO DE MONTE CARLO**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Antoninho Tibúrcio Gonçalves; **MUNICÍPIO DE PALHOÇA**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Ronério Heiderscheidt; **MUNICÍPIO DE PINHALZINHO**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Fabiano da Luz; **MUNICÍPIO DE PIRATUBA**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Adélio Spanholi; **MUNICÍPIO DE SAUDADES**, neste ato representando pelo Prefeito Municipal, Sr. Antonio Ulsenheimer; **MUNICÍPIO DE SEARA**, neste ato representado pela Prefeita Municipal, Sra. Laci Grigolo; **MUNICÍPIO DE TURVO**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Ronaldo Carlessi; **MUNICÍPIO DE UNIÃO DO OESTE**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Everaldo Luis Casanatto; e **MUNICÍPIO DE VARGEÃO**, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Amarildo Paglia; resolvem, de comum acordo, celebrar o presente **CONTRATO DE CONSÓRCIO PÚBLICO DA AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO (ARIS)**, inscrita no CNPJ sob nº 11.400.360/0001-05, com sede na Praça XV de Novembro, 270, CEP 88010-400, Florianópolis/SC, conforme as seguintes cláusulas:

---

526 ARIS. Agência Reguladora Intermunicpal de Saneamento. **Documentos**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional/documentos> Acesso em: 06 jan. 2019.

Cláusula Primeira. O presente Contrato de Consórcio Público rege-se pelas disposições do Protocolo de Intenções em anexo, ratificado por lei de cada ente federativo acima mencionado, fazendo parte integrante deste contrato.

Cláusula Segunda. Os demais entes subscritores do Protocolo de Intenções, após a publicação da lei municipal de ratificação dos termos do Protocolo de Intenções em anexo, considerar-se-ão automaticamente integrantes deste Contrato de Consórcio Público.

E por estarem de comum acordo, firma-se o presente Contrato de Consórcio Público, em duas vias de igual teor.

Florianópolis, 29 de janeiro de 2010.

ANEXO III - Relação de cargos públicos criados com a criação da Aris[527]

Quantidade de Cargos	**Denominação do Cargo**	**Carga Horária Semanal**	**Referência salarial inicial**
01	Diretor Geral	40 horas	100
01	Diretor de Regulação	40 horas	90
01	Diretor de administração de Finanças	40 horas	90
01	Secretária	40 horas	20
01	Ouvidor	40 horas	80
01	Coordenador de normatização	40 horas	80
01	Coordenador de fiscalização	40 horas	80
01	Coordenador de contabilidade	40 horas	80
20	Analista de fiscalização e regulação	40 horas	67
05	Procurador jurídico	40 horas	56
05	Contador	40 horas	40
05	Motorista	40 horas	15
35	Agente Administrativo	40 horas	20
05	Engenheiro Sanitarista	40 horas	56

[527] Refere-se ao Anexo II do Protocolo de Intenções. ARIS. Agência Reguladora Intermunicpal de Saneamento. **Documentos**. Disponível em: <http://www.aris.sc.gov.br/institucional/documentos> Acesso em: 06 jan. 2019.

ANEXO IV - Questionamento apresentado à Aris

Prezado representante da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento,

Meu nome é William Geraldo Azevedo, sou advogado e pesquisador na área dos consórcios públicos. Atualmente, sou mestrando no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR.

Em específico, pesquiso sobre o consorciamento intermunicipal para a finalidade de regulação dos serviços públicos. E, no contexto desta modalidade regulatória, a Aris, sem dúvidas, apresenta-se como uns dos principais exemplos, não somente abranger uma quantidade significativa de municípios, como também por exercer uma regulação efetivamente independente e autônoma.

Diante disso, gostaria de solicitar algumas informações sobre a atuação da Aris. Creio que todas as informações são públicas e não estão resguardas pelo sigilo (caso elas sejam sigilos, peço para que informe). Informo que os dados do Protocolo de intenções, Resoluções, rápido histórico, organograma, já consegui diretamente pelo *website*.

Seguem os **questionamentos**:

1 - Há algum documento que relate, de modo mais completo, a história e as tratativas para criação da agência?
Resposta: O documento existente é a Ata de reunião dos prefeitos de 09 (nove) municípios que se reuniram para a fundação do Consórcio e posterior assinatura do Contrato de Consórcio e aprovação do Protocolo de Intenções.
Os prefeitos resolveram criar uma Agência Reguladora do Saneamento através de Consórcio em razão do Estado ter criado uma e não ter atendido a reivindicação dos municípios, detentores da titularidade dos serviços, para que houvesse no mínimo uma vaga no Conselho ocupada por um prefeito.

2 - Qual é atual número de entes municipais consorciados? (há informações conflitantes:
no histórico fala-se em 192 e o Sr. informou que já são 194 municípios.
2.1 Qual seria esse município faltante? Haveria uma lista atualizada do nome destes municípios?

Resposta: Hoje são 194 municípios. Depois de nossa conversa recebi cópia da lei de ingresso do município de Timbo Grande. No Site, municípios, a lista de municípios esta completa.

2.2 Há controle sobre à evolução do número de entes consorciados? Isto é, quantos novos municípios foram aderindo ao consórcio por ano, uma vez que a evolução foi expressiva.

Resposta: Ingresso de Municípios por ano:

Ano Quantidade

2009 – 9

2010 - 46

2011 - 55

2012 - 26

2013 - 28

2014 - 8

2015 - 3

2016 - 1

2017 - 14

2018 – 4

2.3 Sabe-se qual o número total (aproximadamente) de habitantes que englobam os municípios consorciados?

Resposta: 3,5 milhões de habitantes

3 - Qual seria o orçamento total da Agência? Ela já sobrevive exclusivamente com a cobrança das taxas de regulação? Ou ainda depende de contratos de rateios?

Resposta: A Aris tem autonomia administrativa e financeira e nunca teve necessidade de fazer rateio de despesas entre os consorciados.

De todas as taxas instituídas no Protocolo de Intenções, apenas duas são cobradas: Abastecimento de água e disposição final de resíduos sólidos e até o exercício de 2018, sempre apresentou superávit. Inclusive, a partir do exercício de 2013, reduziu as duas taxas: Abastecimento de água de R$ 0,12 para R$ 0,10 por habitante. Disposição final de resíduos sólidos de R$ 0.03 para R$ 0,01 centavo por habitante.

4 - A atual estrutura de cargos e empregos da agência é aquela disciplinada pelo

Protocolo de Intenções no anexo II ou ela já foi alterada?

4.1 Caso tenha havido mudança, qual o número total de empregados e suas respectivas atribuições (ex: 5 engenheiros sanitaristas; 10 agentes administrativos, etc). Pode ser, caso já haja para controle, uma tabela informativa, a qual indique o nome do cargo, atribuição técnica, número de funcionários (não há necessidade de informar os salários).

Resposta: Não houve alteração, só a quantidade existente é a suficiente para atender

5 - Se for possível explicar a indicação do modelo da Aris pelo Ministério das Cidades (se há algum documento oficial ou nota com essa indicação, notícias sobre isso que chegaram ao seu conhecimento).

Resposta: A ARIS fez parte do projeto REGULASAN do Ministério das Cidades, através de Consultoria contratada onde houve um trabalho realizado em cinco agências reguladoras de Saneamento no país, cujo resultado foi criação de novas normativas as quais seria uma proposta do Ministério serem sugeridas com modelo. (hoje mudou o Ministério, mas as normativas estão em vigência).

6 - Outras informações que achar pertinente sobre o funcionamento do Órgão de Regulação e da Assembleia Geral e que proporcionam a Atuação independente e autônoma da Aris.

Resposta: As Agências Reguladoras constituídas em forma de consórcio as decisões não são monocráticas, prevalecendo sempre o critério técnico. O formato do Consórcio ARIS, ainda tem um que há um conselho de regulação cujos membros são técnicos representantes da sociedade civil, cujos currículos dos técnicos da Áris obrigatoriamente tem que ser aprovados por eles, evitando a ingerência política.

Por fim, declaro que as informações a mim fornecidas serão utilizadas **exclusivamente para fins acadêmicos**, em específico para a inserção na Dissertação de Mestrado, não podendo elas serem utilizadas para qualquer finalidade diversa daquela informada. Ainda, acena-se que a utilização das informações será acompanhada do devido referenciamento bibliográfico.

Agradeço gentilmente a atenção,
William Geraldo Azevedo