

NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSÓRCIOS REGULADORES INTERMUNICIPAIS

Giovani da Silva Corralo*

RESUMO

Este trabalho destina-se ao estudo de uma nova forma de atuação da Administração Pública Indireta: os consórcios reguladores intermunicipais. Tais instrumentos destinam-se à intervenção indireta do Estado mediante a regulação setorial, via gestão associada de serviços públicos. Para esse fim perpassa-se o papel regulador do Estado e da Administração Pública contemporânea, analisando-se a crescente complexidade da realidade em que esta se encontra inserida, razão pela qual é crucial buscar novas formas de atuação. A união de esforços dos entes federados em ações conjuntas constitui-se numa importante alternativa para dar concretude aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. Por conseguinte, passa-se a uma análise contextualizada dos principais instrumentos previstos na Lei 11.107/2005, marco regulatório dos consórcios públicos no Estado brasileiro, com vigência para todos os entes que integram a Federação, inclusive a União. Em seqüência são tratados o protocolo de intenções, o contrato de consórcio e seu estatuto, o contrato de rateio e o contrato de programa. Por fim, discorre-se sobre a possibilidade jurídica da instituição de consórcios reguladores intermunicipais, fruto da união de municípios para a gestão associada de serviços públicos, via regulação setorial. Defende-se a total compatibilidade desses consórcios com o ordenamento jurídico brasileiro, desde que dotados de personalidade jurídica de direito público.

PALAVRAS CHAVES: CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS, REGULAÇÃO, GESTÃO ASSOCIADA.

RESUMEN

Este trabajo se destina al estudio de una nueva forma de actuación de la Administración Pública Indirecta: los consorcios de regulación intermunicipales. Estos instrumentos se

* Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS; Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

destinan a la intervención indirecta del Estado por medio de la regulación sectorial, via gestión asociada de servicios públicos. Para ese fin se hace estudios sobre el papel regulador del Estado y de la Administración Pública contemporánea, se analizando la creciente complejidad de la realidad en que está sumergida, donde es crucial nuevas formas de actuación. La unión de esfuerzos de los entes federales en acciones conjuntas se constituye en una importante alternativa para la concreción de los principios constitucionales de la eficiencia y economicidad. De esta manera, se pasa a una análisis de los principales instrumentos de la ley 11.107/05, marco regulativo de los consorcios públicos en el Estado brasileiro, com vigencia para todos los entes que integran la Federación, inclusa la Unión. Asi, son tratados el protocolo de intención, el contrato del consorcio y su estatuto, el contrato de rateo y el contrato de programa. Por fin, se estudia la posibilidad jurídica de la institución de consorcios de regulación intermunicipales, con la unión de municipios para la gestión asociada de servicios públicos, via regulación sectorial. Se defiende la total compatibilidad de esos consorcios con el ordenamiento jurídico brasileiro, desde que tengam la personalidad jurídica de derecho público.

PALAVRAS-CLAVE: CONSORCIOS INTERMUNICIPALES, REGULACIÓN, GESTIÓN ASOCIADA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os consórcios reguladores intermunicipais, diante da normatização trazida pela Lei 11.107/05 aos consórcios públicos. O consorciamento é uma importante alternativa que reforça o federalismo de cooperação na otimização dos recursos públicos.

Para tanto, discorre-se sobre a Administração Pública e o Estado regulador, já que a análise da complexa realidade em que o Estado está inserido é condição essencial para a compreensão das mudanças operadas na espacialidade estatal, especialmente do fortalecimento do Estado regulador em detrimento do Estado meramente interventor ou, em outras palavras, da intervenção direta para a indireta. A fim de dar cabo a uma complexidade crescente é fundamental que a Administração

pública se utilize dos novos mecanismos de atuação estatal, da qual os consórcios constituem-se em exemplos.

Em seqüência, perpassa-se o estudo dos consórcios públicos, com fulcro na Lei 11.107/05, especialmente dos novos institutos trazidos por esse ordenamento: protocolo de intenções, contrato de consórcio, estatuto, contrato de rateio e contrato de programa.

Por fim, analisa-se a possibilidade da constituição de consórcios reguladores intermunicipais, fruto da união de municípios em prol do planejamento, regulação e fiscalização de serviços públicos e de outras áreas da competência das municipalidades, enquanto instrumentos de cooperação e otimização de recursos dos entes que integram a Federação.

1 A Administração Pública e o Estado Regulador

O transpassar do séc. XX para o séc. XXI tem descortinado uma realidade social cada vez mais complexa, pautada por (in)constantes e implacáveis mudanças. A verdade não se afeiçoa mais a uma simples idéia de adequação, muito pelo contrário, incorpora uma concepção polissêmica irreduzível a um denominador comum. Se aceita a sua existência, mas não o seu alcance pelo homem, aliás, feliz é a afirmação de Francesco Carnelutti “a verdade é demais para o homem.”¹

Na mesma esteira, os alicerces que embasaram a construção do conhecimento científico ocidental começaram a entrar em cheque no alvorecer do séc. XX, alcançando o colapso no seu crepúsculo. Princípios antigamente imprescindíveis para o ideal da ciência começaram a desmoronar, como o princípio da ordem, da separação, da redução e da lógica clássica.² A suficiência de outrora se demonstrou insuficiente para abarcar uma realidade cada vez mais complexa.

O Estado, fruto de uma construção concebida no despertar da modernidade, passou por profundas transformações como forma de adaptação aos novos percursos impostos pelas contingências sociais, econômicas, políticas e históricas. Do

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humano (2001/2002), p. 173-197.

² MORIN, Edgar. Os desafios da complexidade. In: MORIN, Edgar (coord.). A Religação dos Saberes: o desafio do séc. XXI, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 559-567.

absolutismo ao Estado de Direito liberal; do Estado liberal ao Estado Social; do Estado Social ao Estado Democrático de Direito, salientando-se que este último encontra-se presente na Constituição brasileira de 1988. O discurso dos direitos humanos percrustou o constitucionalismo dirigente do séc. XX, solidificando-se em direitos fundamentais, que por sua vez assumiram as mais diversas dimensões; ao mesmo tempo a modernidade vem se transfigurando, a tal ponto de não ser possível identificar o seu fim, se é que é possível falar em um outro fim senão o da pós-modernidade, não obstante a dificuldade da sua identificação. A mudança da condição do saber conduz a um processo de mudanças na própria sociedade, somado à tônica da sua crescente comercialização.³ Tal quadro assume proporções ainda mais desafiadoras quando se tem por escopo sociedades que sequer alcançaram as promessas da fatigante modernidade, como a sociedade brasileira...⁴

A sociedade de massas avança sobre o sujeito, individualizando-o numa conseqüente atomização, supervalorizando o prazer e o consumo em detrimento da cultura.⁵ A realidade física se depara com a realidade virtual, tão real que se confunde na satisfação paranóica dos desejos. A internet traduz o paradigma da língua interativa e seus respectivos conceitos, como netocracia e plurarquia.⁶ Nesse ínterim, reafirma-se o fenômeno da globalização, destruidora de barreiras geográficas e de grupos culturais minoritários. Perplexamente, observa-se o flexibilizar do tradicional conceito da soberania estatal. E assim caminha a humanidade...

É nesse contexto que o Estado brasileiro assiste, na década de 90, a um importante e intenso processo de transformação, calcado na Constituição de 1988 e em sucessivas mudanças constitucionais, das quais se ressalta a Emenda Constitucional 19/98. De um Estado burocrático para um Estado gerencial; de um Estado interventor para um Estado regulador; de uma sociedade passiva para uma sociedade ativa na denominada espacialidade pública não-estatal; de um Estado concentrador para um Estado que consolida parcerias com a iniciativa privada. Esses são os paradigmas fundantes de um novo modelo estatal que começou a se erigir no Estado brasileiro e que

³ LYOTARD, Jean-François. A Condição Pós-Moderna. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 3-10.

⁴ STRECK, Lênio. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 215.

⁵ RENAULT, Alain. O Indivíduo: reflexões acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: Difel, 1998.

⁶ SÖDERQVIST, Jan, BARD, Alexander. Netocracia e o conceito de plurarquia. Palestra realizada no dia 16 de fevereiro, às 11h, na Conferência das Cidades, em Porto Alegre.

se encontra em implementação, como fruto de uma imperiosa necessidade do Estado se adequar às novas realidades.

Nessa esteira esculpi-se no *caput* do art. 37 da Constituição o princípio da eficiência. Da mesma forma erigem-se novos instrumentos de pactuação com a sociedade organizada, como os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público e os contratos de gestão com as organizações sociais, que se somam aos disseminados convênios. Fortalece-se e estimula-se a espacialidade pública não-estatal.⁷

Paradoxalmente, o Estado, ao diminuir o seu tamanho com a supressão da intervenção direta em determinadas atividades econômicas via desestatização, se fortalece, a fim de exercer um forte papel de regulação. É o empoderamento do Estado regulador consignado no art. 174 da Constituição Federal,⁸ com a missão de estabelecer políticas setoriais sob a vigília da polícia administrativa, conforme preceitua Marçal Justen Filho:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais. (...) É possível afirmar que o Estado de Bem-Estar Social evoluiu para transformar-se num Estado Regulador.⁹

Para a persecução desse desiderato surgem importantes instrumentos da atuação estatal, como as agências reguladoras, caracterizadas pela sua natureza de autarquias especiais, com ampla autonomia para o exercício da regulação setorial. Esse

⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, GRAU, Nuria Cunill (org.). O Público não-estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, pag. 15-48. Esta obra apresenta importantes aportes teóricos que fundamentam a reforma do Estado brasileiro, especialmente diante da espacialidade pública não-estatal.

⁸ Constituição Federal: “Art. 174. 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. § 1º - A Lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A Lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da Lei.”

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 447 e 451.

plexo de autonomias está calcado: a) autonomia política: investidura dos seus administradores através da indicação do Chefe do Executivo e aprovação do parlamento, com prazo estipulado, sem possibilidade de demissão antes de o seu findar, salvo nos casos expressamente previstos em Lei; b) autonomia administrativa: competência para dirimir os conflitos da área sob regulação, com uma ampla discricionariedade técnica, sem a possibilidade de revisão dos atos praticados pela Administração direta; c) autonomia financeira: existência de recursos próprios das autarquias, muitas vezes oriundos do próprio setor regulado, o que diminui ou elimina quaisquer vínculos de dependência com a Administração direta.¹⁰

A partir de meados da década de 90 as agências reguladoras passaram a desempenhar um importante papel regulatório na esfera federal, nas mais diversas áreas, como nos serviços públicos (Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL,¹¹ Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL,¹² Agência Nacional dos Transportes Terrestres - ANTT,¹³ Agência Nacional da Aviação Civil - ANAC,¹⁴ Agência Nacional dos Transportes Aquaviário - ANTAQ¹⁵), fomento e fiscalização da atividade privada (Agência Nacional do Cinema - ANCINE¹⁶), indústria do petróleo (Agência Nacional do Petróleo - ANP), atividades estatais e dos particulares (Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA¹⁷, Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS¹⁸) e uso de bens públicos (Agência Nacional de Águas - ANA¹⁹). A esses modelos podem-se somar a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica que há muito desempenham um importante papel de regulação e fiscalização da atividade privada.

As agências reguladoras, configuradas sob inspiração do modelo norte-americano, significam a autonomização regulatória de instrumentos eminentemente técnicos, menos vulneráveis às influências e pressões políticas do que quando exercidas pela Administração Direta. É por essa razão que uma das condições para a indicação dos seus administradores é a detenção de um notório conhecimento da área regulada, o

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 447-477.

¹¹ Lei 9.427/96.

¹² Lei 9.472/97.

¹³ Lei 10.233/2001.

¹⁴ Lei 11.182/2005.

¹⁵ Lei 10.233/2001

¹⁶ Medida Provisória 2.228-1/2001.

¹⁷ Lei 9.782/99.

¹⁸ Lei 9.961/2000.

¹⁹ Lei 9.984/2000.

que deve ser aferido pelo Senado ou colegiado legislativo nos Estados e Municípios. Além disso, as particularidades e singularidades setoriais fazem com que cada agência reguladora possua dispositivos normativos próprios, distintos das demais, como resultado das diferenças das áreas sob regulação. Trata-se de mais um importante instrumento, dinâmico e ágil, para abarcar a complexa realidade no qual o Estado está inserido:

A cada dia, em grande medida pela evolução tecnológica, verifica-se: i) o surgimento de novos setores a clamar pautas normativas; ii) a complexização das questões merecedoras de regulamentação e, por tabela, a necessidade de mais intrincados e específicos instrumentos normativos; iii) a notável separação entre os diversos campos do Direito, pautada pela edificação de princípios e conceitos próprios a cada setor e não facilmente aproveitáveis para os demais. Todos estes fatores apontam para a dificuldade de se manter a Lei como instrumento exclusivo da ação regulatória e fonte única do arcabouço regulamentar.²⁰

Nessa quadra da história, reforçando-se os compromissos do Estado brasileiro com os direitos sociais, requer-se o fortalecimento dos instrumentos de intervenção indireta do Estado, também como forma de efetivação dos direitos fundamentais. As agências reguladoras, de natureza autárquica, integrantes da administração indireta como expressão da atuação estatal, somente se justificam diante da persecução dos direitos fundamentais consignados no ordenamento constitucional. Afinal de contas, o Estado e sua respectiva estrutura administrativa direta e indireta encontram-se vinculados a esses fins, definidos nos art. 5º a 7º da Constituição e em demais dispositivos constitucionais.

Os modelos das agências reguladoras instituídas em nível federal começaram a sofrer adaptações em âmbito estadual, como é o exemplo gaúcho da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul. Por mais que ainda não disseminadas em nível municipal, a possibilidade jurídica da sua instituição nos municípios é pacificamente aceita pela doutrina, em função do amplo feixe de autonomias que os municípios brasileiros desfrutam.

A Administração Pública, nos tempos atuais, não pode prescindir das novas formas de atuação, especialmente diante do mister constitucional de regular as mais diversas áreas sociais e econômicas, no âmbito da sua competência. O poder regulador

²⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98.

do Estado configura-se num imperativo, essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, para o qual as agências reguladoras exsurgem como uma importante alternativa. Não pode a Administração ficar empedernida em estátua ao contemplar as profundas transformações porque passa a sociedade. É preciso se apoderar dos novos instrumentos de atuação estatal. Corrobora esse entendimento Dalmo de Abreu Dallari: “O arcabouço administrativo do Estado brasileiro foi sendo bastante alterado, surgindo figuras novas, o pelo exercício da criatividade dos legisladores e administradores públicos ou pela adoção de instituições já existentes em outras partes do mundo.”²¹

2 Os Consórcios Públicos

Os consórcios públicos advêm do art. 241 da Constituição Federal, recentemente regulado pela Lei 11.107/2005.²² Até o advento desta Lei, os consórcios eram constituídos das mais diversas formas,²³ observando-se as normas das Constituições Estaduais e as orientações dos Tribunais de Contas.²⁴ A doutrina, por sua vez, concebia estes instrumentos como próprios de pessoas políticas ou entes da administração indireta do mesmo nível (somente entre municípios ou entre estados ou entre entes da administração indireta), sem a correspondente necessidade da criação de uma pessoa jurídica.²⁵ Tal entendimento restou mudado pela Lei 11.107/05 que

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer. Revista Jurídica, Brasília, v. 9, nº88, p. 19, dez/jan 2008. Nesse trabalho o autor também se refere às *agencies* existentes nos Estados Unidos, dotadas de grande autonomia através do desempenho de funções quase-legislativas e quase-jurispcionais, como resultado da adaptação do Estado aos novos tempos.

²² Constituição Federal: “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de Lei os consórcios públicos e os convênios de 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.” A regulação dos consórcios ocorreu com a Lei 11.107/2005 que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.”

²³ No decorrer dos anos algumas centenas de consórcios foram constituídos, para os mais diversos fins – saúde, educação, turismo, meio ambiente, desenvolvimento econômico, dentre outros. Desses, ressaltam-se o consórcio da Grande ABC, criado em 1997, focado no planejamento e execução integrada do desenvolvimento dos municípios do ABC paulista e o consórcio Tietê-Paraná, criado em 1986, para a unificação de esforços de 86 municípios dos Estados do Paraná e São Paulo no estímulo ao desenvolvimento através da navegação dos Rios Tietê e Paraná.

²⁴ O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, através da informação nº 07/2001, orientou as municipalidades acerca da constituição dos consórcios, especialmente a fim de ressaltar a incidência do regime jurídico-administrativo. As Constituições do Estado do Paraná, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul também dispuseram acerca dos consórcios.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 356-357: “Consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos

possibilita a formação de consórcios somente por entes federados, incluindo-se a União, resultando na criação de uma nova pessoa jurídica, ou de direito público, ou de direito privado.

A possibilidade alternativa da constituição de consórcios com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, conforme preceitua a Lei 11.107/05, tem sido alvo de grandes debates doutrinários, prevalecendo o entendimento de que os consórcios possuem personalidade jurídica de direito público:

O consórcio público se caracteriza, primeiramente, por deter personalidade jurídica de direito público. Esse dado o diferencia de figuras societárias clássicas, tais como a empresa pública, a sociedade de economia mista. (...) Ser dotada de personalidade jurídica de direito público significa a atribuição à entidade de competências, funções e regimes próprios dos entes estatais. Equivale a afirmar que o ente, embora dotado de personalidade autônoma, é um instrumento de realização das funções propriamente públicas. Isso importa a ausência de aplicação dos princípios inerentes à organização privada.²⁶

Por óbvio, os consórcios públicos não podem ser confundidos com os consórcios previstos à espacialidade privada, seja os provenientes da Lei das Sociedades Anônimas (art. 278), seja os oriundos da Lei das Licitações (art. 33, V). Em ambas as situações não há o surgimento de uma nova pessoa jurídica, mas sim a vinculação temporária de mais de duas pessoas jurídicas de direito privado. Também não se confundem com os convênios, já que estes também podem ser firmados com pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e não originam uma nova pessoa jurídica.²⁷

Os fins dos consórcios são múltiplos, abrangendo todos os interesses comuns dos entes partícipes da pactuação, nos termos das suas competências constitucionais. O

partícipes. (...) Não se confundam os nossos consórcios administrativos, despersonalizados, com os *consorzi intercomunal* italianos, personalizados (...); DI PIETRO, Maria Zylvia, Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2001, p. 288: “Consórcio administrativo é o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para a consecução de objetivos comuns.”

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos. Revista Jurídica, Brasília, v. 9, nº88, p. 33, dez/jan 2008. Nesse mesmo trabalho o autor aproxima os consórcios das autarquias, chegando até a considera-los como espécies de autarquias. O mesmo entendimento é desposado por Benedicto do Porto Neto.

²⁷ Os convênios caracterizam-se pela associação de pessoas jurídicas para a consecução de fins comuns. O poder público pode firmar convênios com outras pessoas jurídicas de direito público como também com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, integrantes da denominada espacialidade pública não-estatal. Os convênios normalmente são bilaterais e não há o surgimento de uma nova pessoa jurídica.

Decreto 6.017/07, no seu art. 3º, apresenta 13 incisos, de caráter meramente exemplificativo, de finalidades para as quais os consórcios públicos podem ser constituídos. Ao se tratar de consorciamento de municípios limítrofes pode-se trabalhar em torno da existência de um interesse público regional para a indentificação dos fins possíveis ao consórcio.

O instrumento inicialmente utilizado para a criação de um consórcio é o protocolo de intenções, firmado pelos representantes dos entes federados (Chefes do Executivo), que deve possuir as cláusulas necessárias definidas no art. 4º da Lei dos consórcios. Tais cláusulas devem apresentar uma conformação bastante minuciosa do futuro consórcio, com pouca margem para definições posteriores. Após, deve ocorrer a ratificação dessas disposições pelo parlamento dos entes signatários, assinalando-se a possibilidade de consorciamento parcial ou da estipulação de cláusulas de reserva.²⁸

Uma vez ratificado o protocolo de intenções será subscrito o contrato de consórcio, que acarretará a existência jurídica do consórcio e possibilitará a construção do seu Estatuto. A particularidade da existência de vários signatários não desnatura a instrumentalização contratual do consórcio, ao contrário, faz com que a pactuação seja compreendida como um contrato plurilateral.

De acordo com as finalidades do consórcio poderá haver a subscrição de contrato de rateio e de contrato de programa. O contrato de rateio destina-se ao repasse de recursos dos entes consorciados ao consórcio, com validade anual, com exceção da vinculação a projetos previstos no Plano Plurianual e da gestão associada de serviços públicos.²⁹

O contrato de programa, por sua vez, tanto pode ser constituído no âmbito de um consórcio público, quanto em convênio de cooperação, com o objeto de disciplinar a gestão associada de serviços públicos. Aliás, a gestão associadas somente será válida, em qualquer circunstância, se disciplinada por contrato de programa. Tal gestão poderá ser total ou parcial, com ou sem a transferência de encargos, o que será definido em razão das particularidades do consórcio. Poderá abranger a execução de serviços ou o seu planejamento, regulação e fiscalização, porém, como decorrência lógica, não poderá exercer essas atividades cumulativamente.³⁰

²⁸ Ver o art. 5º da Lei 11.107/05.

²⁹ Art. 8 da Lei 11.107/05.

³⁰ Art. 4º e 13 da Lei 1.107/05.

A retirada de ente consorciado dependerá da sua formalização em Assembléia Geral, podendo haver a sua exclusão se este não dispuser na sua legislação orçamentária dos recursos necessários para suportar o contrato de rateio. Já a alteração e a extinção do contrato de consórcio dependerão de aprovação da assembleia geral e da aquiescência dos parlamentos dos entes signatários, tal qual na sua constituição.³¹

Por fim, registra-se a existência de um número considerável de imprecisões conceituais, lógicas e de técnica legislativa na Lei 11.107/05, como se observa nos seus art. 10, par. 4º do art. 13, art. 15, dentre outros. Entretanto, também se deve salientar a necessidade e a importância de tal regulação para a Administração Pública brasileira, empoderando os entes federados para utilização de mais um importante instrumento de concretização do federalismo de cooperação consignado no ordenamento constitucional brasileiro.

3 Consórcios Reguladores Intermunicipais

Discorrer sobre os consórcios reguladores intermunicipais requer uma compreensão preliminar acerca do Estado Federal brasileiro. Aliás, ressalta-se a particularidade da Federação brasileira, composta pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios.³² Discorrer sobre uma Federação significa analisar as particularidades da intensa incidência dos princípios do federalismo³³ em um determinado Estado, que se caracteriza: a) Constituição escrita que defina as competências dos entes federados, em situação de igualdade; b) pluralidade de ordens jurídicas e esferas governamentais autônomas, pautadas pela não-centralização; c)

³¹ Art. 8º, 11 e 12 da Lei 11.107/05.

³² A Federação brasileira possui a particularidade de alçar as municipalidades à condição de entes federados, o que não existe similar em nenhum outro ordenamento constitucional.

³³ “Há uma relação direta entre o federalismo e a efetividade dos princípios do Estado democrático de direito, da república, da não-centralização, da subsidiariedade, da liberdade e do pluralismo. Aliás, tais princípios comumente encontram-se estampados, expressa ou implicitamente, nos ordenamentos constitucionais dos Estados democráticos de direito, corroborando com a efetivação da máxima federalista: a unidade na diversidade. Aliás, tais princípios se apóiam mutua e recursivamente, constituindo um feixe principiológico alicerçador do federalismo.” CORRALO, Giovani da Silva. A Autonomia Municipal como um Direito Fundamental na Constituição Brasileira. 2006. Tese de Doutorado em Direito do Estado – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Deve-se cuidar para não confundir federalismo com Federação. Federalismo é um conjunto de princípios e valores que buscam a unidade na diversidade, enquanto que a Federação é uma das formas que o federalismo pode assumir quando incidente numa determinada espacialidade estatal, aliás, comumente é a forma onde a incidência dos seus princípios e valores ocorrem com maior intensidade.

participação dos entes federados na formação da vontade nacional; d) órgão judicial para a defesa da Constituição; e) vedação de secessão.³⁴

Por conseqüência, confere-se aos entes que integram a Federação brasileira um plexo de autonomias, com base nas competências consignadas na Constituição Federal:³⁵ a) autônoma política: abrange a escolha pelos respectivos cidadãos dos seus governantes, como também a possibilidade de cassação dos seus mandatos; b) autonomia auto-organizatória: elaboração da sua Constituição ou Lei Orgânica; c) autonomia legislativa: instituição de um sistema normativo próprio, cuja unidade repousa na Constituição; d) autonomia administrativa: organização das atividades administrativas da sua competência, dentre as quais ressaltam-se os serviços públicos, a polícia administrativa, a intervenção direta e indireta e o fomento; e c) autonomia financeira: instituição e arrecadação dos tributos da sua competência, como a elaboração autônoma das leis orçamentárias necessárias à sua aplicação e dos demais recursos oriundos de transferências constitucionais.

Nessa perspectiva, tratando-se de consórcios públicos, à União compete a instituição de normas gerais para contratação, conforme o art. 22, XXVII da Constituição, o que confere validade à Lei 11.107/05. Entretanto, cada ente federado poderá dispor de normas próprias para tal pactuação, desde que não contrarie esse regramento geral.

Quanto à constituição de consórcios reguladores intermunicipais, ou seja, de pessoa jurídica fruto do consorciamento de entes municipais para o planejamento, regulação e fiscalização de serviços públicos concedidos ou permitidos, há a possibilidade jurídica de tal empreendimento, como também para a regulação de outras áreas, com o exercício da polícia administrativa. Isso desde que tais serviços públicos ou áreas de regulação encontrem-se sob a competência municipal.

Às municipalidades, pela sua condição de partícipes do pacto federal, há o gozo do plexo de autonomias conferidas aos entes federados, das quais se salientam a autonomia auto-organizatória, a autonomia legislativa e a autonomia administrativa. Concretizar ou não um consorciamento para os fins da competência constitucional das

³⁴ CORRALO, Giovani da Silva. Município: autonomia na Federação brasileira. Curitiba: Juruá, 2006, p. 142.

³⁵ A coluna vertebral da repartição de competências na Federação brasileira encontra-se nos art. 21 a 30 da Constituição, ressalvando-se que o texto constitucional também impõe competências aos entes federados em outros dispositivos constitucionais.

municipalidades é uma decisão que compete aos próprios municípios, no gozo da sua autonomia.

No caso dos consórcios reguladores intermunicipais tratar-se-á, por conseguinte, da gestão associada plena de serviços públicos, quando abranger o planejamento, a regulação e a fiscalização de serviços públicos, cuja pormenorização será alvo de contrato de programa, conforme dispositivos da Lei 11.107/05. Ressalta-se a amplitude do poder que é concedido a quem exerce funções regulatórias, oriundo da Constituição e próprio das pessoas políticas por ela definidas como competentes, razão pela qual os consórcios reguladores intermunicipais deverão possuir personalidade jurídica de direito público, em regime autárquico, análogo ao das agências reguladoras:

A conferência de personalidade jurídica de direito público ao consórcio público, formado por dois ou mais entes da Federação, é medida *imprescindível* para que ele possa assumir as competências de regulação e fiscalização de serviço público. Como afirmei acima, as competências constitucionais atribuídas às pessoas político-administrativas são *deveres* que lhe são confiados. Ao reservar determinado serviço a ente da Federação, a Constituição Federal lhe impõe o dever de assegurar o permanente atendimento dos usuários na sua fruição, o que importa no encargo de regulá-lo e de fiscalizar sua prestação. Bem por isso, as competências constitucionais são *indelegáveis* e *irrenunciáveis*, exceto nas hipóteses expressamente admitidas no próprio texto constitucional.³⁶

O exercício dos poderes públicos conferidos à Administração requerem a personalidade jurídica de direito público: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, considerou que esse elemento, a natureza da personalidade, é fundamental para que um ente possa exercer poderes de autoridade pública.”³⁷ Por essa razão, não é admissível a constituição de consórcios com personalidade jurídica de direito privado para fins regulatórios, aliás, reforça-se o entendimento de que os consórcios públicos devem possuir personalidade jurídica de direito público, não obstante a facultatividade da Lei 11.107/05.³⁸

³⁶ PORTO NETO, Benedicto. Parecer. Revista Jurídica, Brasília, v. 9, nº88, dez/jan 2008. Esse posicionamento também é defendido por Floriano Marques Neto.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

³⁸ Praticamente inexistirá diferenças quanto à incidência do regime jurídico-administrativo se o consórcio possuir personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Além disso, o campo de atuação do consórcio, se detentor de personalidade de direito privado, ficará restrito, pois não poderá abarcar determinadas matérias, como é o caso da regulação de serviços públicos.

Ademais, a configuração autárquica traduz uma extensão do próprio Estado e da máquina administrativa, permitindo o pleno uso dos deveres-poderes administrativos de que dispõe a espacialidade pública. A regulação de serviços públicos ou demais áreas via consórcios com feitiço autárquico não significa a simples delegação de competência a terceiros, mas o seu próprio exercício via pessoa jurídica que se caracteriza por ser uma *longa manus* do próprio Estado.

O regime jurídico aplicado às autarquias reguladoras deverá estar presente nos consórcios reguladores intermunicipais, especialmente a autonomia política, administrativa e financeira. Entretanto, registra-se a conformação singular que cada Agência Reguladora possui no ordenamento jurídico, fruto das especificidades da Lei instituidora, com conformações bastante distintas. Assim, esses consórcios possuirão uma natureza jurídica híbrida, ora enquanto consórcios públicos, ora enquanto agências reguladoras.

A criação de consórcios públicos se constitui numa importante alternativa para a melhor otimização dos recursos públicos, resultado na união de esforços de entes federados para a persecução de objetivos comuns. Reforça e consolida o federalismo de cooperação esculpido no texto constitucional, cuja marca está na atuação conjunta das pessoas políticas oriunda da Constituição. Rompe e supera o solipsismo institucional, especialmente na órbita municipal, quando se tem por enfoque pequenas e médias municipalidades, cujos recursos são insuficientes para abarcar uma realidade cada vez mais complexa.

Os consórcios reguladores intermunicipais se inserem nesse contexto de otimização e cooperação, constituindo-se, também, em importantíssimo instrumento de atuação estatal no planejamento, regulação e fiscalização de serviços públicos e de áreas da sua competência. Além do mais, diante da escassez de recursos dos pequenos e médios municípios, possibilitam a concretização do mister constitucional de planejar, regular e fiscalizar os serviços e áreas sob a sua competência constitucional, que muitas vezes requerem um cabedal de recursos e conhecimentos indisponíveis e inacessíveis às municipalidades, individualmente.³⁹

³⁹ Podem-se citar os serviços municipais de água e esgoto, o transporte coletivo, os serviços funerários, dentre outros serviços que poderão ser abarcados pelos consórcios reguladores intermunicipais. Além desses, as municipalidades podem regular outras áreas de atuação, como o meio ambiente e o planejamento urbano, exemplificativamente, com o exercício da polícia administrativa.

Está-se diante do descortinar de um novo instrumento de atuação estatal, calcado na cooperação e possibilitador de uma melhor inserção da espacialidade pública em áreas marcadas por uma complexidade cada vez maior, fruto das grandes transformações porque passa a sociedade hiberna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou estudar as condições de possibilidade deste novo instrumento que exsurge à espacialidade pública: os consórcios públicos. Para tanto, restringiu-se à espacialidade local, especialmente no exercício do poder regulador do Estado, fruto das transformações porque esse tem passado no decorrer das últimas décadas para se adequar às complexidades da sociedade contemporânea.

A análise dos consórcios públicos intermunicipais requer tanto a compreensão do Estado Federal brasileiro, como também da Lei 11.107/05, que disciplina o consorciamento entre os entes federados e apresenta os mais diversos instrumentos para a sua efetivação: protocolo de intenções, contrato de consórcio, estatuto, contrato de rateio e contrato de programa.

Assim, conclui-se pela possibilidade da constituição de consórcios reguladores intermunicipais, enquanto um importante instrumento de cooperação e otimização de recursos das municipalidades, seja para o planejamento, regulação e fiscalização de serviços públicos, seja para a regulação de outras áreas da competência municipal. Entretanto, tais consórcios deverão revestir-se da personalidade jurídica de direito público, uma vez que utilizarão dos poderes próprios da espacialidade estatal.

Está-se diante de um novo instrumento de ação das municipalidades, potencializador da atuação estatal diante de uma sociedade cada vez mais complexa e que requer mecanismos adequados para o exercício do poder regulador do Estado.

REFERÊNCIAS

CORRALO, Giovani da Silva. Município: autonomia na Federação brasileira. Curitiba: Juruá, 2006.

CORRALO, Giovani da Silva. *A Autonomia Municipal como um Direito Fundamental na Constituição Brasileira*. 2006. Tese de Doutorado em Direito do Estado – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 173-197.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, nº88, p. 19, dez/jan 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em 30 de março de 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, nº88, dez/jan 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em 30 de março de 2008.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1995

MORIN, Edgar. Os desafios da complexidade. In: MORIN, Edgar (coord.). *A Religação dos Saberes: o desafio do séc. XXI*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 559-567.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, GRAU, Nuria Cunill (org.). *O Público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, pag. 15-48.

PORTO NETO, Benedicto. Parecer. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, nº88, dez/jan 2008. Esse posicionamento também é defendido por Floriano Marques Neto. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em 30 de março de 2008.

RENAULT, Alain. O Indivíduo: reflexões acerca da filosofia do sujeito. Rio de Janeiro: Difel, 1998.

SÖDERQVIST, Jan, BARD, Alexander. Netocracia e o conceito de plurarquia. Palestra realizada no dia 16 de fevereiro, às 11h, na Conferência das Cidades, em Porto Alegre.

STRECK, Lênio. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.