

Marcos Fey Probst

**A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO
SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO:
A INSTITUIÇÃO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA DE TAXA
NO ÂMBITO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

Coorientador: Prof. Dr. João Manuel Ricardo Catarino

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Probst, Marcos Fey

A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: A INSTITUIÇÃO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA DE TAXA NO ÂMBITO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS / Marcos Fey Probst; orientador, Ubaldo Cesar Balthazar, coorientador, João Manuel Ricardo Catarino, 2018.

423 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências. 1. Federalismo de cooperação. 2. Gestão associada de serviços públicos. 3. Consórcios públicos. 4. Taxa. 5. Sistema constitucional tributário.

I. Balthazar, Ubaldo Cesar. II. Catarino, João Manuel Ricardo. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

**A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO
SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: A
INSTITUIÇÃO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA DE TAXA NO
ÂMBITO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS**

MARCOS FEY PROBST

Esta Tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
UFSC - Orientador

Prof. Dr. João Manuel Ricardo Catarino
ULISBOA - Membro

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
UFSC - Membro

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
CESUSC - Membro

Profa. Dra. Carolina Sena Vieira
UFSC - Membro

Prof. Arno Dal Ri Jr., Ph.D.
Coordenador do PPGD

Florianópolis, 11 de dezembro de 2018.

Aos meus amados filhos, Maria Laura
e João Pedro.

AGRADECIMENTOS

A defesa de uma tese de Doutorado não se faz da noite para o dia. Inicia-se lá atrás, quando da elaboração do projeto de pesquisa e da realização das provas para admissão no Programa de Pós-Graduação em Direito. Planejamento, organização e disciplina são essenciais, especialmente para que as pedras impostas na trajetória de nossas vidas não acabem por obstar a necessária caminhada em direção ao horizonte por cada um de nós almejado.

E no caso da presente pesquisa não foram poucas as dificuldades a serem vencidas, algumas já esperadas, outras inimagináveis. Mas em meu horizonte havia o desejo de conclusão do Doutorado, e cada desafio foi superado para que a tese de Doutorado finalmente pudesse ser submetida à avaliação final por qualificada banca de Professores. Por isso, a alegria e satisfação do dever cumprido, que jamais teria sido alcançado sem a colaboração de inúmeras pessoas. Por isso, os necessários agradecimentos.

Inicialmente, agradeço de forma especial e carinhosa ao Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, cuja orientação permitiu-me balizar adequadamente os temas a serem perquiridos para a pesquisa do problema posto em estudo, sempre primando pelo rigor científico e adequado aprofundamento dos temas pesquisados. Se não me foram poucas as pedras inseridas ao longo desses quatro anos de pesquisa, também foram inúmeros e árduos os desafios impostos ao Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, em especial pela missão a ele imposta de preservação da memória e do legado do saudoso Professor Doutor Luiz Carlos Cancellier de Olivo, em prol da autoestima e autonomia da nossa Universidade Federal de Santa Catarina.

Da mesma forma agradeço a atenção sempre afetuosa e respeitosa ofertada pelo Professor Doutor João Manuel Ricardo Catarino, que não mediu esforços para proporcionar-me as melhores condições de pesquisa na breve temporada de estudos junto às Universidades de Lisboa e de Coimbra. A visão holística do Professor Doutor João Manuel Ricardo Catarino permitiu a abertura de novas frentes de pensamento e estudo, inclusive no âmbito da União Europeia, na busca do correto balizamento dos institutos jurídicos utilizados na pesquisa.

Agradeço também a todos os servidores e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, o que faço na pessoa do competente Professor Doutor José Isaac Pilati.

Também agradeço à minha família. Impossível chegar até aqui sem o incondicional incentivo de minha esposa Juliana, que jamais deixou-me

esmorecer diante das dificuldades. Da mesma forma, agradecimentos mais que especiais à minha mãe Marli, a quem renovo eterna gratidão por permitir que seus filhos pudessem avançar nos estudos e na vida profissional, com dignidade e ética. Aqui não poderia deixar de lembrar dos meus irmãos, Rosana e Fernando, com nosso amor fraternal.

Por fim, agradeço ao amigo e Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam por ter-me instigado a ingressar no Doutorado, assim como aos meus colegas de Escritório de Advocacia, cujos cumprimentos e agradecimentos vão na pessoa do amigo e exímio administrativista, Edinando Luiz Brustolin.

(...)

É preciso amor pra poder pulsar;

É preciso paz pra poder sorrir;

É preciso a chuva para florir;

(...)

*(Tocando em Frente – Almir Sater e Renato
Teixeira)*

RESUMO

O federalismo de cooperação encontra no art. 241 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, seu principal instrumento de intergovernabilidade federativa, autorizando a gestão associada de serviços públicos através dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação. Com o advento da Lei federal nº 11.107/2005, que disciplina os consórcios públicos no país, presenciou-se um crescente número de novos consórcios para diversas áreas de interesse do poder público, inclusive voltados à prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis e para o exercício do poder de polícia administrativa, ambos aptos a serem remunerados mediante a instituição de taxa, nos moldes do art. 145, II da Constituição Federal. Apesar da inexistência no ordenamento jurídico nacional de previsão expressa para a instituição de taxas no âmbito dos consórcios públicos, como forma de remunerar as atividades desenvolvidas nos termos do art. 145, II da Constituição Federal, a cobrança e arrecadação de taxas pelos consórcios públicos não atenta contra o sistema constitucional tributário, desde que a instituição dessa espécie de tributo dê-se mediante lei específica de cada ente da Federação consorciado, bem como haja a delegação clara e direta da capacidade tributária ativa nos documentos de constituição do consórcio público (protocolo de intenções e contrato de consórcio público). Essa conclusão prestigia o federalismo de cooperação, a autonomia dos entes da Federação e revela-se consentânea com os princípios inerentes ao sistema constitucional tributário, em especial o da legalidade tributária.

Palavras-chave: federalismo de cooperação; gestão associada de serviços públicos; consórcios públicos; sistema constitucional tributário; taxa.

ABSTRACT

Cooperative federalism finds in art. 241 of the Federal Constitution, with the wording given by Constitutional Amendment n. 19/1998, its main instrument of federal intergovernability, authorizing the associated management of public services through public consortia and cooperation agreements. With the advent of Federal Law n. 11.107 / 2005, which disciplines the public consortia in the country, a growing number of new consortia have been witnessed for several areas of public interest, including the provision, effective or potential, of specific and divisible public services and for the exercise of administrative police power, both apt to be remunerated through the institution of fee, in the terms of the art. 145, II from the Federal Constitution. Despite the inexistence in the national legal system of express provision for the imposition of fees in the scope of public consortia, as a way of remunerating the activities developed pursuant to art. 145, II of the Constitution, the collection and tax revenue of fees by the public consortia does not violate the constitutional system of taxation, provided that the institution of this kind of taxes is given by specific law of each entity of the consortium federation, as well as the delegation clearly and directly the active tax capacity in the consortium's constitution documents (protocol of intentions and public consortium agreement). This conclusion prescribes the federalism of cooperation, the autonomy of the entities of the Federation and is in line with the principles inherent to the constitutional system of taxation, especially the tax legality.

Keywords: Cooperative federalism; associated management of public services; public consortia; constitutional system of taxation; tax.

RIASSUNTO

El federalismo cooperativo encuentra en el art. 241 de la Constitución Federal, con la redacción aportada por la Enmienda Constitucional n° 19/1998, su principal instrumento de gobernabilidad interna federativa, mediante la autorización de la gestión asociada de servicios públicos a través de los consorcios públicos y de los convenios de cooperación. Con la formulación de la Ley federal n° 11.107/2005, que regula los consorcios públicos en el país, surgió un número creciente de nuevos consorcios para diversas áreas de interés del poder público, inclusive aquellos enfocados en la prestación, efectiva o potencial, de servicios públicos específicos y divisibles y para el ejercicio del poder de policía administrativa, ambos aptos para ser remunerados mediante la aplicación de tasas, en el contexto del art. 145, II de la Constitución Federal. A pesar de que el ordenamiento jurídico nacional no prevé expresamente la aplicación de tasas en el ámbito de los consorcios públicos como forma de remunerar las actividades desarrolladas en los términos del art. 145, II de la Constitución Federal, la cobranza y recaudación de tasas por estas entidades no atenta contra el sistema constitucional tributario, si la creación de dicha especie de tributo se da mediante una ley específica de cada ente consorciado y que estos hayan delegado clara y directamente la capacidad de administrar estos tributos en los documentos de constitución del consorcio público respectivo (protocolo de intenciones y contrato de consorcio público). Esta conclusión prestigia el federalismo de cooperación, la autonomía de los entes de la Federación y es consistente con los principios inherentes al sistema constitucional tributario, en especial el de la legalidad tributaria.

Palabras clave: Federalismo cooperativo; gestión asociada de servicios públicos; consorcios públicos; sistema constitucional tributario; tasas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	25
1.1 DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	25
1.1.1 A origem do serviço público	25
1.1.2 Os aspectos material, formal e subjetivo do serviço público	34
1.1.3 A crise na noção de serviço público	35
1.1.4 Atividade econômica e serviço público.....	44
1.1.5 Serviço público e serviço social	49
1.1.6 Serviço público e função pública	52
1.1.7 Serviço público e poder de polícia	54
1.1.8 Serviços uti universi e uti singuli	57
1.1.9 Enfim, uma definição de serviço público	59
1.2 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS PELO ESTADO	75
1.2.1 Prestação centralizada	77
1.2.2 Prestação descentralizada	78
1.2.2.1 Descentralização legal.....	79
1.2.2.2 Descentralização negocial	79
1.3 A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	83
1.3.1 Pelo orçamento geral.....	83
1.3.2 Pela cobrança de taxa	84
1.3.3 Pela cobrança de tarifa pública	85
1.3.4 O regime de remuneração nas parcerias público-privadas	88
2 FEDERALISMO E GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	93

2.1	REFLEXÕES SOBRE O FEDERALISMO COMO FORMA DE ESTADO	93
2.2	O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	104
2.2.1	Redemocratização e descentralização política	109
2.2.1	A autonomia dos entes federados	116
2.2.2	O regime de competências constitucionais.....	121
2.2.3	A cooperação como instrumento de equilíbrio federativo	131
2.3	A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998 E A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	141
2.4	CONCEITO DE GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	150
2.5	INSTRUMENTOS PARA A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	156
2.5.1	Consórcios públicos	158
2.5.1.1	O surgimento dos consórcios públicos no Brasil	158
2.5.1.2	Consórcios administrativos e convênios	165
2.5.1.3	A Lei nº 11.107/2005 e seu decreto regulamentador	170
2.5.2	Convênios de cooperação	174
3	A FORMAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	177
3.1	A NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	177
3.1.1	Natureza contratual.....	178
3.1.2	Pessoa jurídica de direito público ou privado	181
3.1.3	O regime jurídico administrativo e sua extensão.....	195
3.1.4	A criação por diferentes entes da Federação.....	204
3.2	OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS E AS FIGURAS A ELE ASSEMELHADAS.....	208
3.3	OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	214
3.4	COMPETÊNCIAS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	223

3.5	DA CRIAÇÃO AO FUNCIONAMENTO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	227
3.5.1	Protocolo de intenções.....	229
3.5.2	Leis específicas de ratificação	234
3.5.3	Contrato de consórcio público	236
3.5.4	Contrato de programa	242
3.5.5	Contrato de rateio	249
3.6	FONTES DE RECEITA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	251
4	O REGIME JURÍDICO DAS TAXAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO	254
4.1	O ESTADO E O PODER DE TRIBUTAR	255
4.1.1	O Poder de Tributar e a subsistência do Estado	259
4.1.2	O Sistema Constitucional Tributário	265
4.1.3	A competência tributária na Constituição Federal	267
4.1.4	Capacidade tributária ativa como desmembramento da competência tributária.....	270
4.1.5	A legalidade tributária como principal limitação do Poder de Tributar.....	274
4.2	O CONCEITO JURÍDICO DE TRIBUTO	281
4.3	AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS	283
4.3.1	Impostos	285
4.3.2	Taxas	288
4.3.3	Contribuições.....	289
4.3.4	Empréstimos compulsórios	292
4.4	O REGIME JURÍDICO DAS TAXAS	294
4.4.1	Natureza jurídica	294
4.4.2	Características essenciais.....	296
4.4.3	Competência para a instituição de taxa	304
4.4.4	Taxa ou tarifa pública?.....	304

4.4.5	A posição do Supremo Tribunal Federal em relação à remuneração dos serviços públicos compulsórios.....	316
5	A INSTITUIÇÃO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA DA TAXA NO ÂMBITO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS	329
5.1	BALIZAMENTO DA TESE: AS CONCLUSÕES ATÉ ENTÃO JÁ LANÇADAS.....	329
5.2	A LEGALIDADE DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS EXERCEREM CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA	337
5.3	A INSTITUIÇÃO DE TAXA NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO PÚBLICO	347
5.3.1	A instituição de taxa pelos entes consorciados em favor do consórcio público.....	348
5.3.2	Previsão no Protocolo de Intenções.....	349
5.3.3	Respeito ao princípio da legalidade tributária.....	353
5.3.4	A remuneração da gestão associada de serviços públicos	355
5.3.4.1	A taxa pela prestação de serviço público.....	356
5.3.4.2	A taxa pelo exercício do poder de polícia.....	359
5.4	A FISCALIZAÇÃO DA TAXA NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO PÚBLICO	367
5.4.1	O exercício do poder de fiscalização pelo consórcio público	369
5.5	A COBRANÇA DA TAXA NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO PÚBLICO	371
5.5.1	Sujeito ativo da obrigação tributária	371
5.5.2	Fato gerador	376
5.5.3	Exigibilidade.....	379
5.5.4	Inscrição em dívida ativa	382
5.5.5	Certidão Negativa de Débitos	384
6	CONCLUSÃO.....	389
	REFERÊNCIAS.....	397

INTRODUÇÃO

Desde a Constituição de 1891, o Brasil adota o federalismo como modo de organização do Estado, influenciado pela Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Todas as Constituições que a sucederam (1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988) mantiveram o modelo federativo de Estado, reconhecendo, ao menos no campo formal, autonomia administrativa e competências constitucionais aos entes da Federação, inclusive aos municípios.

A partir da Constituição de 1988, inaugura-se uma nova fase do federalismo brasileiro, marcado pela expressa inclusão dos municípios como entes integrantes da Federação e pela adoção de um regime de partilha de competências mais complexo e equilibrado, em grande parte importado do constitucionalismo alemão, resultado do processo de redemocratização e descentralização de poder almejado pela sociedade após longo período de governo militar, o que justifica a busca pela Assembleia Constituinte de 1987 do fortalecimento dos Estados-membros e municípios frente à União, em parte alcançada inicialmente pela Constituição de 1988.

Entretanto, apesar de mais de 125 anos de experiência federativa, ainda é marcante no Brasil a desigualdade socioeconômica entre os entes que compõem a Federação. Variadas são as suas causas e dentre elas a ausência de efetiva cooperação federativa no Estado brasileiro, isto é, a inexistência de instrumentos jurídicos e políticas públicas de intergovernabilidade que permitam equacionar os desequilíbrios federativos, para o desenvolvimento mais uniforme e justo das diferentes regiões do país.

Deveras, o tema da cooperação no âmbito da Federação não é assunto novo, apesar de ainda incipiente na estrutura organizacional do Estado brasileiro. A Constituição do Estado de São Paulo de 1891, com as emendas sofridas em julho de 1929, já disciplinava a possibilidade de formação de consórcio administrativo entre municípios para a realização de melhoramentos de interesse comum, condicionados à prévia aprovação pelo Congresso do Estado de São Paulo. No campo nacional, é a Constituição de 1937 (art. 29) que inaugura previsão no sentido da possibilidade do agrupamento de municípios, com personalidade jurídica própria, para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. As Constituições de 1946, 1967 e 1969 não avançaram no tema.

A cooperação interfederativa ganhou relevância a partir da década de 60, com experiências exitosas de cooperação no campo municipal, por

meio da constituição de associações de municípios e consórcios municipais, estes voltados inicialmente para as áreas da promoção social, saúde e desenvolvimento regional, conforme experiência inicialmente vivenciada no estado de São Paulo. Todavia, eram cooperações ainda incipientes no cenário nacional, limitada à participação dos municípios e consubstanciada em instrumentos jurídicos muitas vezes de natureza precária, sem proporcionar segurança jurídica aos entes consorciados. Tais cooperações objetivavam replicar no país a forte e antiga tradição europeia de intercâmbio e cooperação entre as unidades de poder local e regional para a otimização de forças em torno de interesses comuns, sem que houvesse, entretanto, legislação nacional em relação a esse tema no Brasil.

A Constituição de 1988, em sua redação originária, em que pese seus méritos no processo de reorganização do Estado, acabou por não proporcionar comandos claros e diretos em relação às formas de cooperação entre os entes da Federação, limitando-se a prever competências comuns entre os entes federativos, a serem disciplinadas por lei (art. 23), e objetivos por demais abertos (art. 3º), sem a sinalização contundente da necessidade dos entes da Federação cooperarem em assuntos de interesse comum.

Para combater esse cenário de letargia federativa, e diante do silêncio da Constituição de 1988 em relação à formação de consórcios públicos no país, o Governo Federal aprovou a Emenda Constitucional nº 19/1998, que promoveu a Reforma do Estado brasileiro e inseriu novo texto ao art. 241 da Constituição Federal, estabelecendo a gestão associada de serviços públicos entre os entes da Federação, através da criação de consórcios públicos e da celebração de convênios de cooperação. Deveras, tentou-se ofertar mecanismos jurídicos mais seguros e de fomentar os laços de intergovernabilidade no país, essenciais para otimizar recursos públicos, bens e pessoal na consecução de objetivos comuns no âmbito do poder público. No que tange aos consórcios públicos, a Emenda Constitucional nº 19/1998 inovou ao consentir que quaisquer entes da Federação possam consorciar-se entre si, permitindo a criação de inúmeras estruturas consorciais aptas a equacionar os assuntos de interesse comum.

Atualmente, e, em especial, após a regulamentação dos consórcios públicos por meio da Lei federal nº 11.107/2005 e do Decreto federal nº 6.017/2007, tal arranjo federativo é realidade posta na Federação brasileira, utilizado para as mais variadas finalidades de interesse comum entre os entes federativos, a exemplo das áreas do saneamento básico, meio ambiente, inspeção agropecuária, saúde, assistência social,

tecnologia da informação, compras compartilhadas, entre outras. Muitos desses consórcios acabam por prestar serviços públicos (propriamente ditos) ou exercer função administrativa de polícia administrativa, sendo remunerados, em muitos casos, por meio da instituição de taxas.

Algumas leis setoriais, a exemplo do que ocorre no campo da saúde (Lei federal nº 8.080/1990), do saneamento básico (Lei federal nº 11.445/2007), do manejo dos resíduos sólidos (Lei federal nº 12.305/2010), da mobilidade urbana (Lei federal nº 12.587/2012) e do planejamento urbano (Lei federal nº 13.089/2015), já autorizam de modo expresse a gestão desses serviços através de consórcios públicos, o que permite a união de esforços e recursos para a satisfação do interesse comum dos entes federativos. Nesse caso, poderiam em tese os consórcios públicos ser remunerados por intermédio de taxas, seja pela prestação ou oferta de serviços públicos específicos e divisíveis, seja pelo exercício do poder de polícia.

No entanto, o sistema constitucional tributário vigente não fora concebido para tal cenário de intergovernabilidade. Melhor dizendo, não há disciplina legal específica em torno da possibilidade de instituição de taxas em favor dos consórcios públicos, como maneira de remunerar o exercício das atividades previstas no art. 145, II, da Constituição Federal (prestação de serviços públicos e exercício do poder de polícia), o que acarreta dúvida a respeito da compatibilidade de tal prática frente ao regime constitucional tributário, desde a legalidade da instituição da taxa até sua fiscalização e cobrança pelos consórcios públicos.

Eis o cerne da presente pesquisa de doutorado: *verificar a compatibilidade frente o sistema constitucional tributário da instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos, decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados no âmbito da gestão associada de serviços públicos*. Trata-se de pesquisa voltada para o direito positivo brasileiro, que perpassa o regime constitucional e adentra na legislação de regência dos consórcios públicos e das obrigações tributárias, sem perder de foco as influências advindas do direito alienígena e que balizam grande parte dos institutos jurídicos no país.

Para tanto, o primeiro capítulo aborda o conceito jurídico de serviço público e seus desdobramentos frente às diferentes modalidades de prestação de serviços públicos pelo Estado. Trata-se de tema relevante para a ciência jurídica (em especial ao Direito Constitucional, Administrativo e Tributário) e essencial para a delimitação das atividades

inseridas no âmbito do art. 241 da Constituição Federal, que disciplina a gestão associada de serviços públicos através dos convênios de cooperação e consórcios públicos.

No segundo capítulo, a pesquisa propõe a revisitação da estrutura federativa brasileira, buscando subsídios para a exata compreensão da autonomia dos entes políticos e do federalismo de cooperação como mecanismo de resolução de interesses comuns, que permitirão balizar o estudo do instituto da gestão associada de serviços públicos previsto na Constituição Federal, bem como seus atuais desdobramentos no campo do Direito Público, a exemplo da formação de consórcios públicos.

A figura dos consórcios públicos é objeto de análise no terceiro capítulo da tese, com a abordagem crítica e detalhada da sua natureza jurídica e dos instrumentos necessários para sua criação (protocolo de intenções e contrato de consórcio público) e operacionalidade (contrato de programa e de rateio). Também são verificados os arranjos jurídicos possíveis para a formação de consórcios públicos (de direito público e de direito privado), delimitando suas áreas de atuação no contexto constitucional e legal brasileiro e apresentando as experiências já existentes no país.

O quarto capítulo analisa as taxas no âmbito do sistema constitucional tributário brasileiro, traçando os limites do poder de tributar do Estado e indagando a respeito da natureza jurídica das taxas, inclusive para esmiuçar as características essenciais que contrapõe as taxas às demais espécies de tributo (impostos, contribuições e empréstimos compulsórios).

Por fim, o quinto capítulo é destinado a ofertar respostas ao problema central da pesquisa de Doutorado, a partir das premissas lançadas nos capítulos antecedentes. A pesquisa adentra no estudo da constitucionalidade da instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos (de direito público e privado), bem como seus desdobramentos decorrente do exercício da capacidade tributária ativa (lançamento tributário, inscrição em dívida ativa, expedição de certidão de débitos etc) quando autorizados a arrecadarem taxa como mecanismo legal para o financiamento da gestão associada de serviços públicos.

Dessa forma, a presente pesquisa procura jogar luz em matéria ainda inexplorada pela academia, mas já presente no cotidiano do Estado brasileiro, o que denota a necessidade da adequada atenção e estudo por parte dos operadores do Direito, em especial para que sejam preservados os institutos e as normas inerentes ao sistema constitucional tributário brasileiro.

1 SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A prestação de serviços públicos é intrínseca à concepção de Estado. Caso perguntado a um cidadão qual a razão da existência do Estado e do seu corpo funcional, muito provavelmente sua resposta abordará questões afetas à prestação de comodidades à sociedade, tais como a oferta de serviços públicos nas áreas da educação e saúde. Assim, sem prejuízo de outras atividades que marcam o Estado, o serviço público inegavelmente possui enorme importância no estudo do Estado e das suas funcionalidades, com especial atenção na França a partir do século XX, onde o instituto ganhou relevância ímpar.

E mostra-se fundamental para a presente pesquisa a compreensão da atual definição de serviço público na República Federativa do Brasil, focado no regime imposto pela Constituição de 1988, mas sem prejuízo do resgate histórico do instituto e das suas nuances ao longo do século XX.

1.1 DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Apesar de ter sido objeto de inúmeros estudos dentro e fora do país, a discussão envolvendo o conceito de serviço público e seu regime jurídico ainda é matéria que comporta desdobramentos a exigir constante revisitação por parte da doutrina, especialmente diante das alterações de toda a ordem na sociedade.

Não há como negar que aspectos sociais, econômicos e até tecnológicos influenciam na concepção de Estado e, por sua vez, do próprio serviço público. Veja-se o caso emblemático dos aplicativos de transporte urbano, a exemplo do Uber, que proporcionou em diversos países o embate jurídico em torno do entendimento entre atividade econômica e serviço público.

Assim, o instituto jurídico do serviço público apresenta-se atual, instigante e em constante processo de evolução, posto que se encontra intrinsecamente correlato à noção de Estado.

1.1.1 A origem do serviço público

Para se traçar uma noção contemporânea do serviço público é fundamental rememorar as abordagens inicialmente difundidas na França, especialmente no início do século XX, berço dos estudos sobre o

tema¹. E é preciso que se contextualize o ambiente social e político à época.

A Revolução Francesa (1789) trouxe à discussão, especialmente no âmbito do continente europeu, a necessidade de o Estado ofertar à sociedade determinados direitos sociais, atrelados a melhores condições de vida. Já no século XIX, passam a surgir os serviços sociais do Estado (educação, saúde, assistência social, entre outros), cuja oferta passa a ser de obrigação estatal diante do desinteresse da iniciativa privada². A partir do final do século XIX alguns Estados também avocaram para si a responsabilidade da prestação, adicionalmente aos serviços sociais, de serviços de cunho econômico (atividades industriais e comerciais), até então sob responsabilidade da iniciativa privada. É o caso, por exemplo, do transporte coletivo, iluminação pública, abastecimento de água, gás e energia elétrica³.

Em outros países, como os Estados Unidos da América, tal cenário não se mostrou presente com a mesma intensidade vivenciada na Europa, de modo que as necessidades de cunho social e as atividades de cunho econômico de interesse geral continuaram a ser ofertadas pela iniciativa privada, em regime de livre concorrência e subordinadas a regras legais como amplo acesso aos usuários e modicidade tarifária, tudo sob forte controle do Estado através das corporações e agências reguladoras⁴. É também a visão compartilhada por Souvirón Morenilla, ao mencionar que nos países anglo-saxões a configuração dos serviços públicos (designados de *public services* ou *public utilities*) não se vincula aos serviços de interesse geral do Estado, mas pela presença de prestadores privados submetidos a algum tipo de regulação e de controle público⁵.

Em relevante estudo sobre o serviço público na França, Chevallier aponta que a noção de serviço pública lançada no início do século XX na França pode ser compreendido como uma resposta às transformações pelas quais passou o Estado àquele tempo. Conclui o autor:

¹ Não se desconhece a existência do uso anterior da expressão serviços públicos, como bem lembrado por Grotti (2017, p. 4), ao mencionar que em Rousseau já se pode vislumbrar a concepção de serviço público como “ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente”. Mas é certo que a temática ganhou foco a partir dos estudos produzidos em França, mais especificamente no início do século XX.

² Bezerra, 2008, p. 108.

³ Bezerra, 2008, p. 109.

⁴ Grotti, 2014, p. 169.

⁵ Souvirón Morenilla, 1998, p. 154.

(...): enquanto o desenvolvimento do capitalismo exigia uma intervenção estatal mais ativa, a fim de preservar os equilíbrios sociais, os progressos do liberalismo levaram a enfatizar a limitação da autoridade estatal e sua submissão ao direito. O avanço do tema do serviço público respondeu a essas novas exigências: ao implicar que o Estado não é mero guardião do "interesse geral", mas também encarregado da satisfação das necessidades individuais e coletivas, o serviço público justifica mais do que nunca a aplicação, às atividades estatais, de um regime jurídico derogatório, relativamente ao direito comum, e garante a unidade das estruturas responsáveis por concretizá-las; através do serviço público desenha-se uma nova figura do Estado, mas que se situa em conformidade com a visão tradicional.⁶

Enfim, esse cenário explica o porquê de o instituto jurídico do serviço público ter seu berço na Europa, em especial na França, na primeira metade do século XX, fruto, justamente, desse processo de passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar, fortemente embebecido pelos valores da liberdade, igualdade e fraternidade advindos da Revolução Francesa e, posteriormente, pelos ideais do socialismo.

Para Bezerra, o conceito de serviço público, fruto da contribuição da Escola Francesa de Serviço Público, “nasceu com as teorias do Estado de Direito e do Estado Providência, no início do século XX.” Segundo a mesma autora, “era uma época em que o Estado começava a ser considerado o promotor da benevolência, a ser visto como um Estado servidor, um de cujos pilares era o serviço público.”⁷

Como ensina Bandeira de Mello, a noção de serviço público foi inicialmente invocada como critério delimitador da competência da jurisdição administrativa, de modo a nortear o próprio regime administrativo. A mesma ponderação é feita por Dal Pozzo e Martins, ao abordarem que o conceito inicial de serviço público permitiu a separação mais clara das competências do Conselho de Estado e da Corte de Cassação na França⁸. É o que defendiam os representantes da chamada Escola de Serviço Público (ou Escola de Bordeaux), tendo como principais representantes Léon Duguit e Gaston Jèze.

⁶ Chevallier, 2017, p. 7.

⁷ Bezerra, 2008, p. 110.

⁸ Dal Pozzo; Martins, 2017, p. 10 (nota introdutória à obra de Chevallier).

Ambos partiam da concepção de que o direito administrativo tinha como ideia central o serviço público, isto é, o instituto do serviço público acabava por definir o próprio regime jurídico administrativo, de maneira que o “Estado nada mais é senão um conjunto de serviços públicos.”⁹. Em suma, a Escola de Serviço Público substituiu o conceito de soberania pelo de serviço público como fundamento do poder estatal e do poder público¹⁰. Nas palavras de Rivero, a Escola de Serviço Público acreditou poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público¹¹. A mesma posição é defendida por Gordillo, para quem a teoria dos serviços públicos nascida na França fora utilizada para justificar, por exemplo, a competência do contencioso-administrativo, a natureza de contrato administrativo de certos convênios celebrados pela administração pública e o regime jurídico dos bens públicos, de modo que com base na concepção de serviço público forjou-se o antigo direito administrativo¹².

A origem do pensamento em torno da centralidade do serviço público como elemento justificador do poder estatal adveio das balizas trazidas, inicialmente, pelo precedente envolvendo o caso Blanco, em 1873. O caso refere-se ao julgamento pelo Tribunal de Conflitos francês de indenização em favor de Agnès Blanco, decorrente de danos físicos causados por acidente com vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo, a serviço do poder público. No caso, o Tribunal de Conflitos definiu a competência jurisdicional administrativa para julgamento do caso, por envolver a prestação de serviços públicos.

O caso Blanco e os julgados que lhe sucederam¹³ foram decisivos para a definição da competência jurisdicional administrativa com base na execução de serviço público pelo Estado. Até então, predominava o critério de atos de autoridade (competência administrativa) e de gestão (competência da justiça comum) para a definição da competência jurisdicional.

Apesar da relevância dada no século XX à categoria dos serviços públicos, não havia um conceito uniforme e amplamente aceito em torno do que fosse (e não fosse) serviço público. É o que revela Bandeira de Mello, ao afirmar que “o conteúdo do serviço público e respectiva

⁹ Bandeira de Mello, 2017, p. 19.

¹⁰ Buttgenbach, 1952, p. 6.

¹¹ Rivero, 1962, p. 146.

¹² Gordillo, 2013, p. 399.

¹³ A exemplo do caso Terrier, em 1903; do caso Feutry, em 1908; e do caso Théron, de 1910.

definição nunca foram precisos e uniformes.”¹⁴. O autor cita, para justificar tal conclusão, trechos das obras de Corail¹⁵ e Monségur¹⁶.

Para Duguit, expoente da chamada Escola de Serviço Público,

O conceito de serviço público é assim visto: é qualquer atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulamentado e controlado pelos governantes, porque a realização desta atividade é indispensável para a realização e o desenvolvimento da interdependência social, e é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante.

Esta atividade é tão importante para a comunidade que não pode ser interrompida por um momento. O dever dos governantes é usar seu poder para assegurar sua realização de uma maneira absolutamente contínua. A continuidade é uma das características essenciais do serviço público, e será visto mais adiante (Capítulo IV) que resulta em consequências importantes, em particular a impossibilidade jurídica da greve dos funcionários públicos.¹⁷

¹⁴ Bandeira de Mello, 2017, p. 14-15.

¹⁵ “(...) era impossível não se surpreender com o fato de que jamais havia sido dada uma definição rigorosa e unanimemente admitida de serviço público”, in *La Crise de la Notion Juridique de Serviço Público em Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 1954, p. 12 (Bandeira de Mello, 2017, p. 14-15).

¹⁶ “A determinação da noção de serviço público em todos os tempos preocupou os juristas e a jurisprudência numerosas vezes se pronunciou sobre esta questão em inúmeros casos específicos. Mas a fixação das condições necessárias e suficientes para que uma dada atividade seja considerada como um serviço público não parece uma questão cômoda para se resolver. Muitos são os autores que estudaram esta questão, e não parece que tenha havido uma solução definitiva”, in *Les Entreprises Privées d'Intérêt Public et les Sociétés d'Économie Mixte, aux confins du service public et de l'entreprise privée*, Paris, LGDJ, 1942, p. 24 (Bandeira de Mello, 2017, p. 14-15).

¹⁷ Duguit, 1923, p. 55-56. Tradução livre realizada da seguinte passagem de sua obra: “On aperçoit dès lors la notion de service public: c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.

Grotti afirma que em Duguit serviço público é “um dado objetivo e material (ele não se cria, ele se constata), (...) É também uma noção abstrata, quase transcendental”. A autora conclui que esta objetividade e abstração “acarretam uma noção antes sociológica do que jurídica do serviço público em Duguit, pois não fornece os elementos que o caracterizem perante o Direito”, mas tão somente perante o legislador¹⁸.

Assim, esclarece Grotti, para Duguit os serviços públicos não seriam determináveis *a priori*, posto que a situação objetiva emergente das relações sociais, que variam no tempo, influenciaria na concepção do que seja serviço público, e não a própria vontade do Estado (como soberano). Conclui a autora no sentido de que Duguit “veio inverter o eixo metodológico do direito administrativo, que dantes se articulava em torno da ideia de ‘poder’ estatal, de comando, pela ideia de ‘serviço dos administrados’.”¹⁹.

Bandeira de Mello tece forte crítica ao conceito apresentado por Duguit, pois, assim como apontado por Grotti, “não fornece os elementos que o caracterizam perante o Direito, carecendo dos dados reveladores de sua fisionomia jurídica.”²⁰.

A bem da verdade, o conceito de serviço público trazido por Duguit acaba por não revelar os elementos aptos a sua exata compreensão e delimitação, muito menos permite a identificação do regime jurídico administrativo sob o qual estaria abrangido o serviço público. Em suma, o conceito de Duguit é demasiadamente aberto e apto a enquadrar inúmeras atividades desempenhadas pelo Estado, inclusive de natureza legislativa e judiciária, o que torna imprecisa a definição do que seja (e do que não seja) serviço público²¹.

Cette activité est d’une importance telle pour la collectivité qu’elle ne peut pas être interrompue un seul instant. Le devoir des gouvernants est d’employer leur puissance à en assurer l’accomplissement d’une manière absolument continue. La continuité est un des caractères essentiels du service public, et on verra plus tard (chap. IV) qu’il en résulte des conséquences importantes, notamment l’impossibilité juridique de la grève des fonctionnaires.”

¹⁸ Grotti, 2017, p. 11.

¹⁹ Grotti, 2013, p. 20.

²⁰ Bandeira de Mello, 2017, p. 20.

²¹ É a visão também defendida por Di Pietro (2014, p. 102): “Leon Duguit, por exemplo, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos

A definição aberta e vaga do que seja serviço público fora reconhecida pelo próprio Duguit, fruto do entendimento de que não compete ao Estado definir o que venha a ser serviço público, posto, na visão do autor, existirem atividades que se impõem aos governantes e emergem das relações sociais (interdependência social), que variam no tempo, de modo que os serviços públicos não seriam determináveis *a priori*²². Para Cassagne, a visão de Duguit em relação aos serviços públicos tem como pano de fundo uma concepção autoritária e estadista, fruto de uma ideologia socialista e que acabou por contribuir para o processo de nacionalização dos serviços públicos e para a própria concepção do Estado de Bem-Estar Social²³.

Por sua vez, Jèze, outro expoente da Escola Francesa de Serviço Público, apesar de compartilhar da mesma noção de Duguit – no sentido de que o serviço público é o elemento fundamental e definidor do direito administrativo –, diverge deste, pois condiciona a existência de serviço público à vontade do legislador. Desta maneira, Jèze não se alinha ao pensamento de Duguit no sentido de que o serviço público se constata (não se cria).

Assim, para Jèze a existência de serviço público equivale a afirmar que os agentes públicos, com o fim de satisfazerem determinadas necessidades de interesse geral, estão aptos a aplicarem procedimentos de direito público, adstritos a um regime jurídico especial, de modo que as leis e os regulamentos são capazes de modificar a qualquer momento a organização do serviço público. Para o autor, a ideia de serviço público está ligada a um conjunto de regras jurídicas especiais, que objetivam facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, ou seja, as necessidades de interesse geral²⁴.

A teoria de serviços públicos desenvolvida por Jèze assumia como ideias centrais a prevalência do interesse público sobre o privado (existência de um regime jurídico especial), a satisfação regular e contínua de necessidades de interesse geral e a possibilidade de alteração da organização dos serviços por ato unilateral do poder público. Deveras, para Jèze a identificação do que seja serviço público deveria ser feita caso a caso, mediante um critério dedutível a partir do regime atribuído pela lei. Assim, o critério de Jèze tinha como ponto de partida o direito posto,

organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravitava todo o direito público”.

²² Duguit, 1923, p. 56.

²³ Cassagne, 1996, p. 99.

²⁴ Jèze, 1948, p. 4.

isto é, o ordenamento jurídico vigente, “deixando de lado, portanto, qualquer pretensão de buscar estabelecer uma razão substancial ou material de serviço público, divergindo aí, visivelmente, de Duguit, que pretendia reconhecer o serviço público na própria realidade social.”, como adverte Grotti²⁵.

Vê-se que entre os próprios juristas franceses da Escola de Serviço Público não há retidão no pensamento do que seja efetivamente serviço público, a denotar sua complexidade e difícil conceituação²⁶.

Ademais, na França a centralidade dos serviços públicos em torno do conceito de Estado, marca indelével da Escola de Serviço Público, era contraposta por juristas como Hauriou²⁷, que, sem refutar a relevância dos serviços públicos, tinha a concepção de Estado centrado no poder público e na gestão dos serviços públicos²⁸. Assim, para Hauriou “a doutrina de Duguit não é verdadeiramente realista, porque negligencia elemento essencial da realidade, o poder político, que é um fato”²⁹, na medida em que idealizou o Estado como titular de direitos objetivos anteriores à sua própria formação³⁰. Esse é o ponto central da crítica de Hauriou ao pensamento de Duguit.

Desta forma, Hauriou apresenta seu conceito de serviço público como uma organização pública de poderes, competências e costumes, assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma ideia de polícia, no sentido amplo da palavra³¹. Portanto, os serviços públicos somente seriam efetivados por meio do poder público, essência do próprio Estado.

Mesmo que não houvesse convergência na definição de serviço público, o pensamento oriundo dos juristas da Escola de Serviço Público mostrou-se importante extremamente importante para a realidade francesa por duas razões centrais: (i) o critério do serviço público foi um dos adotados, por longo período, para separar a competência da jurisdição administrativa da competência da justiça comum; e (ii) a noção de serviço

²⁵ Grotti, 2017, p. 14.

²⁶ Bandeira de Mello (2017, p. 32) assim conclui: “O simples enunciado do pensamento destes expoentes da Escola do Serviço Público e suas divergências já permite verificar o quanto é difícil obter denominador comum para a noção de serviço público e o quanto é imprecisa sua conceituação.”.

²⁷ Cassagne (1996, p. 98) atribui à Maurice Hauriou o pioneirismo nos estudos de serviço público na França.

²⁸ Cassagne, 1996, p. 98

²⁹ Grotti, 2017, p. 16.

³⁰ Cassagne, 1996, p. 98.

³¹ Hauriou, 1933, p. 64.

público foi utilizada como parâmetro de definição do próprio direito administrativo³².

Para Chevallier, com o avanço da noção de serviço público na França estes “foram levados a assumir as grandes funções coletivas, tornando-se um instrumento privilegiado de integração e de coesão social.”³³, passando a ser “verdadeira *pedra angular da construção estatal*: é ela que permite encerrar o espaço estatal sobre si mesmo, traçando uma linha sólida de demarcação entre o público e o privado”³⁴. Ainda, destaca o autor que são efeitos desse movimento de transformação na noção de serviço público (i) a demarcação nitidamente traçada entre público e privado; (ii) a transformação da imagem do Estado, que, ao perder o privilégio da transcendência, legitima-se, então, por meio de prestações fornecidas ao público; (iii) a construção de um sistema coerente de legitimação do poder público; e (iv) uma pressão contínua em favor do alargamento da esfera da gestão pública.³⁵

Como bem observado por Chevallier, a promoção dos serviços públicos ofertada no início do século XX, se um lado é resposta ao apelo das profundas transformações pelas quais passou o Estado, de outro transmutou a própria essência do Estado, que passou também a ser voltado para a satisfação dos interesses diretos da coletividade.

A concepção então entabulada pelos juristas que compunham a Escola de Serviço Público deve ser analisada ao seu tempo, ou seja, dentro do contexto social, político e econômico da Europa do século XX, como reflexo daquele modelo de Estado³⁶. Entretanto, não restam dúvidas da relevância dos estudos de Duguit, Jèze, entre outros juristas³⁷ da Escola de Serviço Público. Até hoje prevalece na doutrina significativa parcela das ideias centrais em torno do tema envolvendo os serviços públicos, a exemplo da derrogação do regime de direito comum no âmbito da

³² Di Pietro, 2014, p. 100-101.

³³ Chevallier, 2017, p. 8.

³⁴ Chevallier, 2017, p. 20.

³⁵ Chevallier, 2017, p. 7-8.

³⁶ Como leciona Bobbio (1999, p. 178), ao tratar dos poderes inerentes a todo Estado (poderes coercitivo, jurisdicional e de impor tributos): “O Estado tem esses poderes porque é indispensável que ele desenvolva certas funções. E as funções que correspondam a tais poderes são as funções mínimas do Estado, quer dizer, as funções sem as quais o Estado não será mais Estado. Todas as outras funções que o Estado moderno se tem atribuído, desde a função de providenciar o ensino até a função assistencial, caracterizam o Estado não enquanto tal, mas certos tipos de Estado”.

³⁷ A exemplo de Roger Bonnard e Louis Rolland.

prestação de serviços públicos pelo Estado e da característica intrínseca de satisfação ao interesse geral da coletividade.

1.1.2 Os aspectos material, formal e subjetivo do serviço público

É comum que o conceito de serviço público esteja atrelado a três elementos que compunham a compreensão de serviço público nas lições da Escola de Serviço Público francesa, quais sejam: o *subjetivo* ou *orgânico*; o *objetivo* ou *material*; e o *formal*. Cada uma desses elementos compunha a noção então havida em torno do serviço público, mesmo que, como já dito, não houvesse identidade completa na conceituação do instituto.

O sentido subjetivo ou orgânico de serviço público diz respeito ao organismo estatal, de modo que restará caracterizado o serviço público sempre que os agentes públicos e o aparato estatal exercem determinada atividade. Prevalece a figura do executor da atividade, no caso, a administração pública.

Por sua vez, o sentido objetivo ou material do serviço público liga-se ao entendimento de essencialidade das atividades, a exigir que o poder público as assegure à sociedade, ou seja, da relevância e necessidade coletiva em torno da execução de determinadas ações em prol da população. Aqui, ganha relevância para a compreensão de serviço público a natureza da atividade desempenhada.

Já no sentido formal, o serviço público é compreendido como toda atividade que está inserida em regime jurídico diverso daquele comum, o que dá ensejo a falar-se em regime jurídico administrativo, independentemente da concepção orgânica (quem está prestando o serviço) ou material (atividades com ampla relevância e interesse para a sociedade).

A distinção desses três elementos é importante porque ora o Estado exerce atividades eminentemente privadas (atividades econômicas), ora organismos privados desempenham atividades com alta carga de interesse social e coletivo. Nesses dois casos, mostra-se inapropriado falar-se em serviço público, a ratificar a relevância do critério formal na definição de serviço público.

Desta forma, a noção tradicional de serviço público era empregada, concomitantemente, por esses três elementos (subjetivo, objetivo e material), como exposto por Bandeira de Mello, ao afirmar que “entendia-se por serviço público a atividade de interesse geral prosseguida por um

organismo administrativo sob um regime derogatório de direito comum”³⁸.

1.1.3 A crise na noção de serviço público

Como analisado anteriormente, a concepção tradicional de serviço público partia da identificação muito clara de três elementos distintos: *objetivo* (atividade desempenhada por órgão ou entidade do poder público), *subjetivo* (atividade indispensável ao bem-estar coletivo) e *formal* (derrogação do regime jurídico de direito privado).

Com o declínio do Estado liberal, iniciou-se um processo no qual este passou a exercer atividades até então concentradas na iniciativa privada, passando a desempenhá-las em regime de competição. De outro lado, também passou a criar entidades privadas para gerir e prestar serviços públicos, igualmente reconhecendo que certas atividades até então concebidas como de natureza privada detinham caráter de serviço público³⁹.

Segundo Bezerra, o início da crise do serviço público decorreu do julgamento realizado pelo Tribunal de Conflitos francês no caso envolvendo a Sociététe Commerciale de l’Ouest Africain, em 1921. A Sociététe Commerciale de l’Ouest Africain era proprietária de barco danificado em acidente na Balsa Eloka, que executava a conexão marítima na colônia de Cote d’Ivoire, sob exploração do poder público⁴⁰. Conforme discorre Bezerra, fora reconhecido, neste julgamento, que:

(...) órgãos essencialmente administrativos podiam explorar tais serviços e que, ao contrário, certos estabelecimentos, aos que a lei ou o decreto que lhes instituíram tinham atribuído um caráter industrial ou comercial, podiam exercer parcial ou totalmente funções administrativas.

Esta inovação do Tribunal de Conflitos francês, em 1921, incluindo entre os serviços públicos aqueles de natureza industrial e comercial, ocasionou a crise da noção de serviços públicos propugnada pela Escola de Bordeaux.⁴¹

³⁸ Bandeira de Mello, 2017, p. 43.

³⁹ Bandeira de Mello, 2017, p. 47.

⁴⁰ Bezerra, 2008, p. 117.

⁴¹ Bezerra, 2008, p. 117.

Tal mudança na estrutura de funcionamento do Estado fez com que se tornasse difícil a categorização dos serviços públicos através da percepção dos três elementos, então identificados pela doutrina tradicional⁴². Como ressalva Conrado, com o reconhecimento dos serviços públicos comerciais e industriais na França, “não se pode mais vincular a noção de serviço público francês à gestão pública e ao regime jurídico de direito público, como pretendiam Duguit e Jèze”⁴³.

Em suma, a concepção do direito administrativo e da própria administração pública deixou de gravitar em torno do conceito de serviço público, o que colidia frontalmente com a teoria desenvolvida pela Escola de Serviço Público na França. Essa ruptura passou a ser designada como “crise da noção de serviço público”⁴⁴.

Gonçalves, analisando o cenário europeu, discorre que “o repetido anúncio da morte do serviço público é, aliás, o corolário de uma patologia grave que nele vem sendo detectada desde os anos 40-50, (...)”⁴⁵. Para Di Pietro, a crise na noção de serviço público decorre da impossibilidade de preexistirem os três elementos (subjetivo, objetivo e formal) até então conhecidos em todos os serviços públicos ofertados à sociedade. Isto porque no decorrer do tempo as pessoas jurídicas de direito público não mais foram as únicas a prestarem serviço público à sociedade, tencionando o elemento subjetivo, a exemplo do que ocorreu com a delegação do serviço público para particulares prestarem-no por sua conta e risco. Da mesma forma, o elemento formal tem desaparecido em alguns casos, posto que “nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público”⁴⁶.

Bandeira de Mello, por sua vez, em aprofundado estudo sobre o tema, aponta tratar-se de uma falsa crise, posto que dois dos elementos que consubstanciavam o conceito de serviço público (subjetivo e objetivo) dizem respeito à noção metajurídica, que em nada afeta a aplicação do Direito. Para o autor, o que se mostra relevante é o regime jurídico, isto é, a concepção formal de serviço público, competindo ao

⁴² Grotti, 2017, p. 19.

⁴³ Conrado, 2013, p. 49-50.

⁴⁴ Conrado (2013, p. 59) adverte que as crises do serviço públicos são “as crises de uma noção pura de serviço público que vincula prestação estatal (critério orgânico), busca pelo interesse público (critério material) e regime jurídico exorbitante do direito privado (critério formal)”.

⁴⁵ Gonçalves, 1999, p. 5.

⁴⁶ Di Pietro, 2014, p. 106.

legislador estabelecer quais atividades estarão submetidas ao regime administrativo⁴⁷.

Assim, a crise do serviço público então identificada na Europa decorre do fato de que os conceitos então elaborados pela Escola Francesa de Serviço Público não mais mostravam-se coerentes com a realidade jurídica do Estado francês, ou seja, com o que a lei dispunha como serviço público e suas maneiras de oferta à sociedade. Por isso, a crise identificada na primeira metade do século XX dizia mais respeito a questões de ajustes conceituais, até então lançados pela doutrina, do que a problemas em relação aos serviços públicos prestados pelo Estado ou por terceiros autorizados por lei. Como efeito dessa crise, o serviço público passou a não ser mais o único critério para a divisão de competências entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação⁴⁸.

Posteriormente, já no final do século XX, com a rediscussão do papel do Estado, fundamentada nos ideais liberais e o surgimento da União Europeia e, conseqüentemente, dos tratados em torno da busca de aproximar o regime jurídico nos países que compunham o bloco, juristas novamente voltaram a falar em crise do serviço público, ou seja, uma *segunda crise* do instituto⁴⁹.

As inúmeras transformações ocorridas nas estruturas administrativas dos Estados, especialmente nas décadas de 80 e 90 do século XX, tendo como principais indutoras as reformas promovidas por

⁴⁷ É o pensamento do autor (2017, p. 57): “Em suma, uma realidade jurídica só pode ser igual a si mesma. Portanto, serviço público, como conceito jurídico, só pode ser igual a um ‘regime jurídico’. Neste sentido nunca esteve em crise e jamais poderá estar. Haverá serviço público quando o legislador atribua um regime especial – o administrativo – a determinadas atividades.”

⁴⁸ É o pensamento de Dal Pozzo e Martins (nota introdutória à obra de Chevallier, 2017, p. 10), ao valerem-se do pensamento de Jacques Chevallier: “A obra de Chevallier revela, com bastante cuidado, as chamadas duas crises do serviço público francês. A primeira crise referiu-se à falência do instituto como critério único de divisão de competências entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. Os franceses dividiram o exercício da jurisdição entre esses dois órgãos e sempre buscaram um critério para definir quando a causa que envolve a Administração deve ser julgada por um ou por outro. Em certo momento histórico, adotaram o critério do “serviço público”, critério que, posteriormente, se mostrou insuficiente.”

⁴⁹ É a designação dada por Bandeira de Mello, que se reporta à crise advinda da União Europeia como a “segunda crise do serviço público”, em contraposição à “primeira crise do serviço público”, decorrente da passagem do Estado Liberal para o de Bem-Estar Social, especialmente na Europa da segunda metade do século XX (2017, p. 47-62). No mesmo sentido, Moreira Neto (2005, p. 2-5) identifica a existência de duas crises em torno do conceito de serviço público.

Margaret Thatcher, em 1979, na Inglaterra, impuseram, conforme postulam López e Gulías, a necessidade de o poder público reformular a tradicional maneira de oferta e prestação de serviços públicos, cujo conjunto de reformas passou a ser designado de *nova gestão pública*⁵⁰. Concluem as autoras que, nessa nova concepção de Estado, o Governo está orientado para atender a satisfação dos cidadãos e não as necessidades da burocracia governamental, voltado a produzir lucros e não despesas, adotando um viés empresarial⁵¹.

Outro ponto relevante em torno da nova concepção de serviços públicos pode ser vislumbrada no Tratado sobre Funcionamento da União

⁵⁰ López e Gulías (2015, p. 75) expõem as balizas do que seja *nova gestão pública* surgida a partir do final do século XX: “*La Nueva Gestión Pública o New Public Management*, ha sido una de las denominaciones más habituales para hacer referencia al conjunto de reformas administrativas que se llevaron a cabo a partir de principios de los años 80 y hasta mediados de los años noventa del pasado siglo XX en los gobiernos y administraciones públicas de los países desarrollados, especialmente en los de tradición anglosajona (RAMIÓ, 2001) (PRATS I CATALÁ, 2005). De hecho, es en Gran Bretaña con la llegada del gobierno de Margaret Thatcher en 1979, donde se sitúa el origen de las reformas llevadas a cabo al amparo de esta corriente, reformas que posteriormente se extenderían a Estados Unidos o Nueva Zelanda, entre otros países, así como a organizaciones internacionales como la OCDE o el FMI. Por ello, bajo esta denominación se pueden agrupar “muchas corrientes y modelos de gestión diferentes, unos analíticos, la mayoría de carácter normativo; unos genéricos y otros más concretos” (Ramíó, 2001), lo que en gran medida explica el hecho de que podamos encontrar en la literatura de referencia diferentes denominaciones para estos procesos de reforma. Entre los más conocidos, el término de *managerialism* (Pollit, 1990); el de *entrepreneurial government* (OSBORNE; GAEBLER, 1992), el de ‘paradigma posburocrático’ (BARZELAY, 1992) o el de ‘paradigma neoempresarial’ (RAMIÓ, 2001).”

⁵¹ López; Gulías, 2015, p. 76.

Europeia (arts. 14⁵² e 106.2⁵³), que introduziu a noção de *serviços de interesse económico geral*⁵⁴ sem, contudo, defini-los *a priori* e impor forma de gestão aos mesmos, ficando tal definição a critério de cada país componente da União Europeia⁵⁵, devendo ser observada a liberdade de

⁵² É a redação do art. 14: Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107.o do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, *sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.*

⁵³ É a redação do art. 106.2: As empresas encarregadas da gestão de *serviços de interesse económico geral* ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, *designadamente às regras de concorrência*, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.

⁵⁴ Para Nunes de Almeida (2014, p. 25), “Referindo-nos aos serviços de interesse económico geral, queremos reportar-nos à terminologia europeia adotada para designar os serviços, que, pela sua relevância no funcionamento normal da economia e na vida quotidiana dos utentes, devem respeitar certas condições essenciais: continuidade, qualidade, segurança do abastecimento, igualdade de acesso, preço razoável e aceitabilidade social, cultural e ambiental”.

⁵⁵ Em consulta ao site de legislação da União Europeia, encontra-se a seguinte definição de serviços de interesse económico geral: “Os serviços de interesse económico geral designam as atividades de serviço comercial que preenchem missões de interesse geral sujeitas a obrigações de serviço público. É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia, de comunicações e postais. O Tratado de Lisboa inova: - ao adicionar aos Tratados fundadores um Protocolo relativo aos serviços de interesse geral; - ao criar uma nova base jurídica que permite que as instituições europeias adotem regulamentos relativos à gestão dos serviços de interesse económico geral (artigo 14º do Tratado sobre o Funcionamento da UE). Contudo, a legislação da UE permite que os países da UE determinem livremente o modo como entendam organizar os serviços de interesse económico geral. As regras do mercado livre e de concorrência aplicam-se às empresas responsáveis pela gestão dos serviços de interesse económico geral, desde que tais regras não as impeçam de realizar as suas missões de interesse geral”. (Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=pt>, acessado em 14/2/2018.)

circulação de pessoas, bens, capitais e serviços, com primazia pelo regime concorrencial, como bem posto no art. 106.2 do referido Tratado europeu⁵⁶.

Nesse sentido, Chevallier lança uma análise acurada em relação à mudança na concepção dos serviços públicos ao longo do século XX:

Essa concepção tradicional sofreu um incontestável esfacelamento ao longo das últimas décadas: mudanças tecnológicas e econômicas contribuíram para debilitar a posição de certos serviços ao expô-los à pressão da concorrência; pressões externas, oriundas nomeadamente da União Europeia, levaram ao rearranjo das fronteiras do público e do privado, e à redução da especificidade do regime de serviço público, restrições financeiras impuseram o limite máximo da parcela do produto nacional destinada aos serviços não diretamente produtivos. Ao mesmo tempo que o serviço público viu sua extensão ser circunscrita, assistiu-se a uma certa banalização de seu estatuto. Passou a prevalecer a ideia de que, instituídos para responder a certas demandas sociais, os serviços públicos devem funcionar da maneira mais eficiente possível, a exemplo das empresas privadas: assim, o particularismo de seu estatuto jurídico torna-se menos justificável – e, para melhorar seu desempenho, os serviços públicos são | convidados a se inspirar nos métodos de gestão privada.⁵⁷

Assim, a chamada “segunda crise do serviço público” decorreria da percepção de que inúmeros serviços públicos estariam sendo deslocados para a iniciativa privada, a permitir que os particulares prestassem serviços públicos de interesse econômico, em aparente ofensa ao regime de direito público e em desprestígio da sua prestação pelos próprios organismos do Poder Público⁵⁸.

⁵⁶ Sobre o tema no âmbito da União Europeia, remete-se ao estudo produzido por Justen (2003).

⁵⁷ Chevallier, 2017, p. 8.

⁵⁸ É o pensamento de Dal Pozzo e Martins (nota introdutória à obra de Chevallier, 2017, p. 11): “A segunda crise e sua relação com o Direito brasileiro exige uma explicação mais cuidadosa. Chevallier dedica boa parte de sua monografia a ela. O Tratado da União Europeia impôs aos signatários a liberação da prestação, pelos

Entretanto, Bezerra relativiza tal crítica ao mencionar que a previsão constante na União Europeia para os chamados serviços de interesse econômico geral nada mais buscou que traçar normativas para ajustar os serviços públicos aos “novos tempos de liberdade econômica e concorrência”, sendo inapropriado falar-se em “morte do serviço público”. A autora expõe que “os processos de liberalização levados a cabo no contexto da globalização e da integração dos Países-membros da União Europeia não significaram o enterro daquela concepção francesa”⁵⁹, mas, tão somente, sua redefinição frente aos novos contextos econômicos e sociais do final do século XX.

Moreira Neto, ao reportar-se para o cenário dos serviços públicos na Europa e sua aventada crise, aduz que “antes mesmo de uma crise conceitual, é uma indefinição semântica provocada pelo uso de variadas e equívocas denominações”, a exemplo, continua o autor, de “serviços de interesse geral, serviço econômico de interesse geral, serviço público e serviço universal.”. Desta forma, segundo Moreira Neto, alguns falam em desaparecimento do velho *service public à la française* e outros em indícios de profunda mutação em curso do que se compreende por serviço público. Infere o autor que, apesar dessas indefinições, já se mostra possível identificar uma “convergência entre os conceitos e uma tendência geral de unificá-los, tudo com o iminente descortino no horizonte de uma desejável concepção integrada (...)”⁶⁰.

Importante notar que essa apontada crise não se limita aos serviços públicos. Como bem exposto por Di Pietro, fundamentado nos

membros da União, em regime de livre-concorrência, dos serviços até então considerados públicos. Por exigência do Tratado, como revela Chevallier, os serviços públicos foram severamente revistos. Chevallier não afirma textualmente – na verdade, ele nega –, certamente em decorrência da importância política e sociológica que o instituto possui na França, mas o fato é que o serviço público, na forma em que até então era compreendido, foi, na Europa, deixado de lado. Dessarte: após a instituição da União Europeia, os europeus adotaram o conceito vigente no Direito inglês e norte-americano de *public utilities*, atividades privadas que, diante do grande interesse social, são submetidas a uma intervenção estatal mais incisiva. Nascia o “novo serviço público”, denominação dada por muitos autores às missões de interesse público impostas a certas atividades privadas. Pelo conceito tradicional, a atividade era de “titularidade” do Estado, pelo novo conceito, deixa de sê-lo. Chevallier expõe, com bastante minúcia, como a substituição do serviço público tradicional por esse “novo” serviço público deu-se na França. Ele nega que o conceito de serviço público tenha “morrido”, mas reconhece que sofreu uma profunda modificação. A análise do tema, apresentada na obra que ora se publica, é bastante clara e didática.”

⁵⁹ Bezerra, 2008, p. 131.

⁶⁰ Moreira Neto, 2005, p. 13-14.

ensinamentos doutrinários na França, Espanha e Itália, a internacionalização do direito comunitário europeu nos países participantes da Comunidade Europeia, de fato, introduziu uma crise do próprio direito administrativo, e não tão somente dos serviços públicos⁶¹. A autora afirma ser compreensível falar-se em crise do direito administrativo na União Europeia, “pelo fato de que o Direito interno de cada membro da União Europeia teve que se colocar em posição hierárquica inferior ao direito administrativo europeu.”⁶². A mesma situação, entretanto, não é percebida no Brasil com igual intensidade, que não experimentou o fenômeno da internacionalização tal como a realidade dos países do bloco europeu.

As chamadas *crises no conceito de serviço público*, em verdade, não representam verdadeiras crises, pois dizem respeito à dificuldade de parcela da doutrina em conceber (e aceitar) as mudanças funcionais do Estado que, no final do século XX, abdicou de monopolizar a prestação de uma série de atividades de interesse social, para concentrar esforços no fomento e na regulação das atividades de relevância para a sociedade⁶³.

Mesmo diante dessa readequação do Estado ao longo do século XX, é certo que o instituto do serviço público se mantém útil e necessário nesse início do século XXI, por mais que seja difícil concebê-lo nos mesmos moldes dos ensinamentos então concedidos pela *Escola*

⁶¹ Para a autora (2017, p. 890-891), “são traços característicos do direito administrativo europeu: a internacionalização, a maior aproximação entre o direito administrativo e o direito privado, a constitucionalização do direito administrativo, a instituição de procedimentos de atuação da Administração Pública (em que sejam asseguradas a transparência, a participação dos cidadãos), o direito de ser ouvido, o direito à informação, a consensualidade, a legitimidade (sic) atividades dos cidadãos no recurso de anulação junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia.”

⁶² Di Pietro, 2017, p. 896.

⁶³ É a percepção feita por Nunes de Almeida (2014, p. 27-28), a partir do cenário em Portugal: “A autonomização dos serviços de interesse económico geral no direito europeu apresenta-se como “sucedânea do tradicional Estado prestador de serviços públicos”, consubstanciando uma nova proposta de “garantia de bem-estar e da coesão social a partir do mercado”. A tendência é para transformar um ‘regime de serviços públicos num regime de fornecimento regulado de bens e serviços pelo mercado’. A dimensão europeia da questão liga-se a outro vetor relacionado com a garantia da socialidade no novo contexto, que pressupõe não apenas uma intervenção dinâmica dos privados e uma intervenção reguladora dos Estados, mas também uma participação solidária dos Estados-membros da União Europeia. Segundo a Comissão, a União Europeia e os Estados-membros devem garantir que os serviços públicos sejam mais fáceis de prestar ao nível adequado, obedeçam a regras claras de financiamento, ofereçam a mais elevada qualidade e sejam efetivamente acessíveis a todos.”

Francesa de Serviço Público. Assim, consideram-se equivocadas as conclusões de Ortiz ao mencionar a morte dos serviços públicos e a ausência de utilidade do conceito frente às reformas vivenciadas pelo Estado contemporâneo⁶⁴. A relevância na definição do serviço público ainda se mostra útil e necessária, apesar do processo natural de redefinição do Estado frente às novas dificuldades e valores perseguidos. Em suma, a reforma do papel do Estado na economia e nas relações sociais importa na reformulação dos conceitos em torno da definição de serviço público.

Os tempos são outros, com novas necessidades coletivas e diferentes maneiras de satisfação das comodidades de alta relevância para a sociedade. Como aponta Eurico Bitencourt Neto, ao analisar as transformações do Estado e a administração pública no século XXI, “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.”⁶⁵.

Ao final, mais importante do que a discussão em torno de como as comodidades essenciais serão ofertadas à sociedade (pelo poder público ou pelo particular), é que cada Estado assegure aos seus cidadãos os bens e serviços necessários para a satisfação daqueles valores mínimos assegurados pela Constituição (saúde, educação, água potável, moradia etc.). Dito de outra forma, é preciso assegurar o cumprimento das finalidades intrínsecas do Estado (bem-estar do cidadão, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento social, entre outros), sendo secundária a discussão das formas de alcançar tal desiderato (através de órgãos públicos, dos particulares ou pela simbiose do público-privado), até porque os meios somente subsistem para satisfazer os fins.

Esse é o ponto que parece passar despercebido quando da busca da conceituação do que seja serviço público em pleno século XXI, na medida em que não se pode compreender as complexidades atuais que envolvem o Estado e as formas de efetivar os objetivos assegurados pela Constituição sob o velho olhar. É preciso despir-se de velhos conceitos e analisar os serviços públicos no ambiente de uma sociedade plural, dinâmica, inovadora e com alto poder de informação, inserida num mundo globalizado e envolto por tecnologias de toda a ordem. Daí que as alegadas “crises no conceito de serviço público” derivarem da tentativa – frustrada – de compreender as novas relações jurídicas e sociais a partir

⁶⁴ Ortiz, 1996, p. 57.

⁶⁵ Bitencourt Neto, 2017, p. 222.

de um Estado já não mais existente (senhor de si e responsável direto pela oferta das principais demandas da sociedade)⁶⁶.

1.1.4 Atividade econômica e serviço público

É comum que os juristas, ao tratar do tema serviço público, contraponham-no às demais atividades de natureza econômica desenvolvidas pela iniciativa privada e pelo próprio Estado. Isso porque nem tudo que é desempenhado pelo Estado diz respeito à satisfação de interesses sociais, marca indelével do serviço público⁶⁷. Somente aquelas atividades com forte relevância social (coesão e interdependência social, nas palavras de Duguit) são atraídas para o campo dos serviços públicos, a exigir do Estado que os ofereça à sociedade (diretamente ou por meio de terceiros).

Desta feita, o Estado não está limitado à prestação de serviços públicos. Outras atividades de natureza econômica também podem ser exercidas pelo Estado, intervindo de forma direta ou indireta na economia, seja no *exercício* de atividade econômica, por considerar de grande relevância para a sociedade, seja *regulando* determinadas atividades econômicas, para assegurar os princípios inerentes à ordem econômica (livre iniciativa, livre concorrência, preservação da saúde pública, etc.). Quanto mais relevante à sociedade for a atividade econômica, maior deverá ser a intervenção do Estado na economia⁶⁸.

⁶⁶ Souto (2001, p. 7) parece coadunar com esse pensamento, ao assim discorrer: “Os programas de desestatização, capitaneados pelos processos de privatizações e concessões e liquidação de empresas, buscam corrigir tais distorções, repensando o papel do Estado e sua estrutura. Assume, ainda, especial relevância a função de fomento, pela qual o Estado incentiva os particulares a desenvolver razões de interesse público ao invés dele próprio incorporar estruturas à Administração para empreendê-las. É a substituição do Estado de Bem-Estar pelo Estado-instrumento, afinal, o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, mas não aquele que, necessariamente, os presta diretamente.”

⁶⁷ Grau, 2008, p. 122-123.

⁶⁸ Aragão (2017, p. 95) traça importante paralelo da atuação do Estado na ordem econômica: “Com variadas nuances a atuação direta do Estado na economia apresentou-se nos mais diversos Estados, desde os países socialistas, em que tal presença absorvia quase todas as atividades econômicas, até os Estados Unidos, que, ao contrário do que poderia se pensar em razão do seu tradicional liberalismo econômico, teve desde o início do século XX uma forte atuação empresarial estatal, ainda mais se considerarmos o setor imobiliário do Governo Federal e as empresas estaduais e dos governos locais.

É utópico pressupor a existência de economia absolutamente livre e sem qualquer intervenção do Estado. Como bem lembra Vital Moreira, “A própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia.”⁶⁹.

Assim, no que diz respeito à ordem econômica, o Estado pode atuar na economia de modo *indireto*, impondo normas para pautar o comportamento dos agentes econômicos privados (atividade regulatória); ou de modo *direto*, oportunidade na qual o Estado exerce ele próprio determinada atividade econômica para fins de atender interesses coletivos (de ordem social, desenvolvimento, saúde, educação, etc.). Compete à Constituição de cada Estado traçar essas linhas de atuação estatal na ordem econômica.

Para Grau, todo serviço público é espécie do gênero atividade econômica, visto que envolve a utilização de bens e serviços, como as demais atividades econômicas desempenhadas pela iniciativa privada. Como serviço público, essas atividades estão preferencialmente ligadas à prestação pelo poder público. Outras atividades, no entanto, por não terem essa natureza de interesse social, estão essencialmente ligadas à prestação

Na Europa, foram as mais diversas razões que determinaram a atuação direta do Estado na economia, desde estratégicas e sociais a econômicas, como evitar que monopólios naturais ficassem em mãos privadas, passando por salvamento de empresas privadas em dificuldades, esforços de guerra, combate ao desemprego, interesses fiscais (como nas estatais do tabaco e do jogo), desenvolvimento de regiões que não recebiam necessários investimentos privados, até a expropriação de empresas por pertencerem a grupos ligados a ex-inimigo bélico, geralmente de cidadãos que colaboraram com a ocupação nazista.

Na América Latina a maior ou menor atuação do Estado na economia variou de acordo com as tendências ideológicas predominantes em cada contexto e com as necessidades desenvolvimentistas de cada momento, inversamente proporcionais à disponibilidade de capitais privados para supri-las, tendo sido também instrumentalizada para fomentar empresas privadas, por exemplo, através da venda deficitária/subsidiada de insumos metalúrgicos para a indústria privada de transformação.

Implantação de infraestruturas elétricas e de telecomunicações, salvamento de empresas privadas em dificuldades, necessidades sociais (como saneamento básico) e searas estratégicas (como petróleo e atividades nucleares) também fizeram eclodir um sem número de empresas estatais, sendo o Brasil um importante exemplo ilustrativo desse fenômeno.

A importância da atividade empresarial do Estado na história ocidental e brasileira é marcante. Basta lembrarmos que toda a expansão marítima europeia dos séculos XV e XVI foi feita por companhias mistas entre os Estados absolutistas e capitais privados, para a compra e venda de matérias – primas das colônias”.

⁶⁹ Vital Moreira, 1973, p. 198-199.

pela iniciativa privada⁷⁰. Por isso, o autor leciona no sentido da existência de *atividade econômica em sentido amplo* como gênero, subdividindo-a em duas espécies: *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*.

No caso da Constituição Federal, o art. 170 imprime à ordem econômica observância dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, sem condicionar o exercício da atividade econômica à autorização do Estado, salvo nos casos devidamente estabelecidos em lei. Trata-se aqui, segundo Grau, de concepção da atividade econômica em seu sentido amplo. Por sua vez, o art. 173 da Constituição Federal prevê a atividade econômica em sentido estrito, contrapondo-se ao art. 175, que rege os serviços públicos⁷¹.

Diferente é a posição defendida por Bandeira de Mello. Para o autor, a Constituição estabeleceu divisão clara: as atividades econômicas, da alçada dos particulares; e os serviços públicos, de competência do Estado, “logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas”⁷². Para o autor, é absurdo falar-se em *serviço público econômico*, uma vez que se trata de “regimes normativos antagônicos”⁷³. Assim, Bandeira de Mello não compreende, como o faz Grau, serviço público como espécie de atividade econômica.

Parece adequada a ressalva feita por Bandeira de Mello. A categorização lançada por Eros Grau acaba por aproximar regimes jurídicos por demais díspares, impondo natureza econômica a atividades reservadas constitucionalmente ao Estado e que, como corolário, gozam de regime jurídico por demais díspare ao imposto às atividades econômicas livremente exercidas pelo particular. Daí os distintos regimes jurídicos inseridos nos arts. 170, 173 e 175 da Constituição Federal.

Apesar da divergência classificatória, ambos os juristas identificam no regime constitucional brasileiro a adoção dos princípios da liberdade econômica e da livre concorrência, que norteiam as atividades econômicas aptas a serem desempenhas pelos particulares. Isso,

⁷⁰ Grau, 2008, p. 103.

⁷¹ Grau (2008, p. 128) traça sua noção de serviço público com fundamento no *interesse social*, valendo-se das lições de Duguit e Cirne Lima, como se verifica na seguinte passagem: “Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público.”

⁷² Bandeira de Mello, 2013, p. 809.

⁷³ Bandeira de Mello, 2013, p. 809.

entretanto, não afasta a existência de atividades (econômicas) prestadas em regime de exclusividade pelo Estado, por própria reserva constitucional, como é o caso do art. 177 da Constituição Federal, que estabelece atividades econômicas em regime de “monopólio da União”.

Sundfeld defende que tudo aquilo que a Constituição não estabeleça como serviço público é atividade econômica, em um conceito residual. Para o autor, “atividades econômicas são as não reservadas ao Estado. Para identifica-las, mister verificar quais as operações exclusivas do Poder Público.”⁷⁴.

Portanto, apesar das diferentes classificações encontradas na doutrina, o certo é que atividade econômica e serviço público não se confundem, posto que gozam de regimes jurídicos diversos, conforme estabelecido pela Constituição Federal (arts. 170, 173 e 175). E, sob o ponto de vista normativo, será atividade econômica tudo aquilo que não for previsto pela Constituição Federal como serviço público, como bem ressaltado por Sundfeld.

Desse modo, trata-se de um conceito residual de atividade econômica, repita-se, justamente porque este é o regime em regra definido pela Constituição (arts. 170 e 173), adstrita ao particular desempenhá-la sob o prisma da liberdade de iniciativa e livre concorrência. Somente em situações excepcionais (imperativos de segurança nacional e interesse público), definidas no art. 173 da Constituição Federal, poderia o Estado desempenhá-las, ainda assim, submetido ao regime do direito privado (§ 1º do art. 173 da CF)⁷⁵.

Ainda, a própria Constituição Federal elenca atividades econômicas que podem ser executadas pelo Estado, “em regime de convivência com a iniciativa privada”⁷⁶, a exemplo das atividades financeiras (arts. 163, VII), construção de moradias (arts. 23, IX) e abastecimento alimentar (art. 23, VIII).

De outra banda, os serviços públicos são prestados em regra pelo Estado, diretamente ou por meio de terceiros (permissão e concessão). Muitos estão previstos no texto da Constituição, como são os casos dos

⁷⁴ Sundfeld, 2009, p. 78.

⁷⁵ Apesar da dicção constitucional, é amplamente defendido pela doutrina que o Estado nunca desempenhará atividade econômica em regime *integralmente* privado, posto que adstrito aos princípios da administração pública, que acabam por acarretar na adoção de um *regime jurídico híbrido*, com elementos do direito privado e do direito público. Esse cenário restou muito bem caracterizado e absorvido pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

⁷⁶ Sundfeld, 2009, p. 79.

serviços postais (art. 21, X), de energia elétrica (art. 21, XII, b), de gás canalizado (art. 25, § 2º), de transporte coletivo de passageiros (art. 30, V), entre outros. E há os que estão implícitos no texto constitucional, em decorrência da grande relevância para a sociedade, e que podem ser normatizados através de legislação infraconstitucional. É o caso, por exemplo, dos serviços de saneamento básico⁷⁷, situação na qual o Supremo Tribunal Federal já se manifestou tratar-se de serviços públicos de competência municipal, quando de interesse local; e compartilhada entre Estado e municípios, em regiões metropolitanas⁷⁸.

A dificuldade, como tem-se ventilado, está justamente nesse ponto: estabelecer o que seja ou não serviço público. Algumas atividades são tranquilamente definidas como serviços públicos, pois textualmente dispostas na Constituição. Outras, entretanto, não estão previstas de maneira clara no texto constitucional, muito menos estão regradas na legislação federal, estadual ou municipal. Em alguns casos, há sérias dúvidas em relação à constitucionalidade dessas leis, o que demonstra a complexidade do tema envolvendo a definição e o escopo dos serviços públicos.

É o caso da polêmica vivenciada com os aplicativos de transporte privado de pessoas nos centros urbanos (Uber, Cabify, entre outros). As discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro têm como pano de fundo a natureza do serviço de transporte individual de passageiros (serviço público ou atividade econômica) e a possibilidade da oferta da referida atividade, sem prévia autorização do poder público. A depender da categorização dada à referida atividade desenvolvida pelos aplicativos (atividade econômica ou serviço público), caberiam diferentes medidas interventivas por parte do poder público municipal, inclusive a absoluta proibição de funcionarem sem prévia permissão ou concessão dos serviços (art. 175, CF)⁷⁹.

⁷⁷ O conceito de saneamento básico é definido na Lei nº 11.445/2007 (art. 3º) como sendo conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas.

⁷⁸ ADIN nº 1.842/RJ, relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 6/3/2013.

⁷⁹ No caso, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido do serviço de transporte individual de passageiros caracterizar serviço de utilidade pública (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.002.310/SC, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/6/2017). Recentemente, a Lei nº 12.587/2012 (art. 12) reconheceu os serviços de transporte individual de passageiros como “serviços de

Portanto, o regime jurídico adstrito à atividade econômica é sobremaneira diverso daquele imposto ao serviço público. Aquela está regulada pelo direito privado e é exercida sobre o prisma da livre concorrência e liberdade de iniciativa. Esta, por sua vez, está submetida ao direito público e é de competência do poder público, somente podendo ser desempenhada por terceiros mediante prévia licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

Em suma, o conceito de atividade econômica mostra-se residual, isto é, preponderante e corolário do princípio da livre iniciativa no regime constitucional brasileiro. É atividade econômica tudo aquilo que não seja definido serviço público e que tenha, em sua essência, conteúdo econômico⁸⁰. A dificuldade enfrentada está, justamente, em definir o que seja serviço público, posto tratar-se de conceito (ou noção, como prefere Grau), volátil no tempo, frente às realidades sociais e econômicas de cada Estado.

1.1.5 Serviço público e serviço social

Parcela da doutrina difere os serviços ofertados ao cidadão tão somente pelo Estado ou seus delegatários (*serviços privativos*) daqueles serviços prestados pelo Estado em comunhão com terceiros, isto é, em regime de compartilhamento entre o público e o particular (*serviços não privativos*). Estes últimos são chamados de *serviços sociais* (ou *serviços de relevância pública*), a exemplo dos serviços de saúde (art. 199 da CF), previdência social (art. 202 da CF), educação (art. 209 da CF) e cultura (art. 216-A). É a posição defendida por Sundfeld, para quem “os serviços públicos importam na criação de utilidade e comodidades fruíveis direta e individualmente pelos particulares, em setores reservados exclusivamente pelo Estado”, ao passo que os serviços sociais, apesar da semelhança com os serviços públicos, “diferenciam-se daqueles por não serem exclusivo do Estado”⁸¹.

De fato, a Constituição Federal prevê que determinadas atividades sob responsabilidade do Estados são executadas em regime de exclusividade, e outras serão compartilhadas pelo Estado e pela iniciativa

utilidade pública”. Recentemente, o Governo Federal expediu a Medida Provisória n. 844, de 6 de julho de 2018, que ratifica a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na referida ADIN n.º 1.842/RJ, mediante a inserção do art. 8º-A na Lei federal n.º 11.445/2007.

⁸⁰ Marques Neto, 2002, p. 18.

⁸¹ Sundfeld, 2009, p. 83.

privada. Assim, algumas atividades (serviços públicos) devem ser prestadas privativamente pelo Estado, ou mediante delegação a terceiros através do regime das concessões e permissões públicas (art. 175 da CF). Outras, entretanto, apesar de obrigatoriamente serem ofertadas pelo Estado, não são exclusivas (privativas) do Estado, de modo que a Constituição igualmente permite seu exercício pelos particulares (como direito próprio), em regime compartilhado com o poder público. Dessa maneira, atividades como saúde e educação são prestadas tanto por órgãos públicos como por entidades privadas, sob diferentes regimes jurídicos. Quando o Estado presta tais serviços, encontra-se vinculado ao regime de direito público. Quando prestado pelo particular, vigora o regime de direito privado⁸².

Desta forma, atividades como saúde e educação estão desde já autorizadas pela Constituição Federal a serem desempenhadas tanto pelo poder público como pela iniciativa privada (desde que cumpridas as regras imposta pelo Estado no exercício da regulação da atividade econômica), sem afastar a prerrogativa do poder público em ofertá-las, na qualidade de serviços sociais. Nesses casos, quando um particular presta uma atividade de saúde ou educação o faz sob o manto do regime de direito privado, ao contrário do poder público, que, quando exerce as mesmas atividades, está atrelado ao regime de direito público, como bem ressalta Modesto⁸³.

Para parcela da doutrina o *elemento diferenciador* dos serviços públicos e dos serviços sociais residiria na *prévia autorização constitucional* em torno da prestação destes últimos por parte da iniciativa

⁸² Apesar de Sundfeld (2009, p. 83) impor categorias jurídicas próprias aos serviços públicos e aos serviços sociais, acaba por chegar à mesma conclusão no que toca a aplicabilidade do regime jurídico de direito público a ambos os serviços quando prestados pelo Estado.

⁸³ É o pensamento do autor (2011, p. 36-37): “É certo também que os serviços sociais referidos, quando desempenhados pelo Poder Público como encargo, obrigação, submetem-se ordinariamente ao regime de direito público, quer por ser este o regime jurídico comum e normal da função administrativa do Estado, quer por expressa decisão legal. Por essa razão, diversos autores tendem a considerar essas atividades, quando prestadas pelo Estado, serviços públicos. Mas sem embargo dessa qualificação, essas atividades não seriam serviços públicos quando desempenhados por particulares. Porém, rotular de serviço público essas atividades, quando exercidos pelo Estado, é subordinar a natureza jurídica de uma atividade à qualidade do sujeito que a exercita, é adotar um conceito subjetivo de serviço público, o que é incoerente com a tese predominante na doutrina brasileira de se buscar a identidade própria da atividade de serviço público na identificação do regime jurídico especial da atividade, não do sujeito que por ela responde.” (grifos no original).

privada, o que acaba por impor, na visão de juristas como Sundfeld e Modesto, categorias jurídicas distintas a essas atividades prestadas pelo Estado (em regime de exclusividade, no caso dos serviços públicos, e sem o regime de exclusividade, no caso dos serviços sociais). Não se olvida que os chamados serviços sociais possuem regramento jurídico díspar daquele tradicionalmente empregado a determinados serviços públicos, especialmente porque nestes o particular somente os oferta em nome do Estado, ou seja, mediante prévia delegação dos serviços (art. 175, CF). Já nos serviços sociais, sua prestação não está condicionada à autorização ou qualquer outro ato delegatário por parte do Poder Público. Conforme ensina Sundfeld, “tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares.”⁸⁴.

Assim, o particular que oferta os chamados serviços sociais o faz sob o regime de direito privado e por direito próprio (despicienda qualquer delegação estatal), subordinado ao art. 170 da Constituição Federal, sendo comum que o Estado imponha, diante da relevância das atividades à sociedade, forte regulação na sua prestação pelo particular (art. 174, CF). Por sua vez, quando o Estado oferta os serviços sociais, o faz sob o regime de direito público⁸⁵.

Esse ponto, apesar de relevante, não parece suficiente para impor regime jurídico díspare a referido conjunto de atividades (chamadas de serviços sociais) para as quais a Constituição autoriza, desde já, sejam desenvolvidas pelo particular de forma complementar à sua prestado pelo Estado. Isso porque o simples fato de tais serviços não serem exclusivos do poder público de modo algum acarreta na alteração do regime jurídico a eles aplicado, qual seja, o de direito público. Ademais, o regime de exclusividade também pode ser afastado nos casos em que a Constituição permite ao poder público *autorizar* particulares a prestarem atividades enquadradas como serviços públicos, a exemplo do que dispõe o art. 21, XI e XII da Constituição Federal. Aqui, tanto nos serviços autorizados como nos serviços ditos sociais, vigora o regime jurídico de direito privado quando ofertados pelos particulares.

Daí correta a diferenciação feita por Aragão, no sentido da existência de serviços públicos sociais, como espécie do gênero serviços públicos⁸⁶. Ora, quando o Estado presta serviços como saúde, educação e assistência social aplica-se idêntico regime jurídico ao dos serviços

⁸⁴ Sundfeld, 2009, p. 83-84.

⁸⁵ Nesse sentido: Aragão, 2017, p. 151 e Sundfeld, 2009, p. 84.

⁸⁶ Aragão (2017, p. 150) subdivide os *serviços públicos* em *serviços econômicos* e *serviços públicos sociais*.

públicos tradicionalmente considerados, sem que existam divergências que permitam diferenciá-los a tal ponto de colocá-los em planos jurídicos diversos. A única inflexão existente diz respeito à titularidade não privativa do Estado para a oferta dos serviços designados de sociais. Mas, repita-se, situação correlata também ocorre com os serviços sujeitos à autorização pela Constituição (art. 21, XI e XII), posto que quando prestados pelo Estado gozam do mesmo regime jurídico dos serviços públicos tradicionalmente considerados.

De qualquer forma, a diferenciação entre serviços públicos e serviços sociais não é uníssona na doutrina, de modo que perfilhamos o caminho defendido por Aragão, ao considerar os serviços sociais espécie do gênero serviços públicos, impondo-lhe o mesmo regime jurídico de direito público.

1.1.6 Serviço público e função pública

É sabido que compete ao Poder Executivo materializar as políticas públicas impostas pela legislação (constitucional e infraconstitucional), mediante atividades de prestação de serviços, regulação, fomento e polícia administrativa. Ao Poder Legislativo é imposto o dever de fiscalização e criação de leis. Por sua vez, ao Poder Judiciário compete resolver os conflitos, mediante o exercício da função jurisdicional. É comum que todas essas funções (competências) administrativas sejam genericamente designadas de serviço público, em descompasso com a melhor técnica jurídica.

Isso porque são inúmeras as funções do Estado, cada qual envolve características e regras próprias. A prestação de serviços públicos é uma das tantas facetas do Estado, adstrita ao Poder Executivo e a um regime jurídico peculiar⁸⁷. Portanto, as atividades desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário não se confundem com o serviço público, adstrito ao Poder Executivo. Ainda assim, nem todas as ações do Poder Executivo são serviços públicos em sua essência, apesar de ser constante a confusão entre serviço público e atividade desenvolvida pelo Estado.

Nesse sentido também é a afirmação de Gordillo, para quem existem dois elementos que distinguem a concepção atual de serviço

⁸⁷ Não se desconhece que por vezes o Poder Legislativo exerce atividades de cunho prestacional, o que aparenta grave disfunção pública. Tal fenômeno dá-se diante dos vultosos orçamentos a que dispõe o Poder Legislativo nacional, em sua grande maioria superiores ao necessário, especialmente quando confrontados com as atribuições do Poder Executivo.

público daquela antiga. O primeiro, de que “nem a atividade legislativa nem a atividade jurisdicional são consideradas ‘serviço público’ no sentido estrito”, de modo que “só se pode falar de ‘serviço público’ dentro da atividade administrativa”. O segundo, de que “nem toda a atividade da administração pública constitui serviço público, apenas uma parte dela”⁸⁸. Desta forma, serviço público é uma restrita faceta das inúmeras atividades e atribuições desempenhadas pelo Estado, mais especificamente pelo Poder Executivo.

Assim sendo, somente estariam inseridas no conceito de serviços públicos aquelas atividades desempenhadas pelo Poder Público que possuam natureza prestacional, de oferta de comodidade material, cujas prestações devem ser periódicas e sistemáticas, dirigidas diretamente aos membros da coletividade⁸⁹.

E essa confusão entre função pública e serviço público mostra-se justificável. A própria Constituição Federal adota a expressão *serviço público* em distintos significados. Com acerto Guimarães quando menciona que “a expressão serviço público é polissêmica”⁹⁰, uma vez que nem sempre se apresenta com a mesma significação jurídica ao longo do texto constitucional.

De fato, por vezes a terminologia *serviço público* é utilizada na Constituição Federal no sentido de função pública, isto é, de desempenho de atividades de diversas naturezas pelos órgãos do Poder Público, a exemplo dos arts. 20, IV; 37, XIII; 39, § 7º; e 40, § 1º, III e § 16. Trata-se de associar a expressão ao corpo funcional da Administração Pública (elemento subjetivo).

Em outros momentos, a Constituição Federal dá sentido mais fechado aos serviços públicos, como categoria jurídica própria e que não se confunde com outras atividades exercida pelo Poder Público. É o que ocorre no art. 145, II da Constituição Federal, ao tratar da instituição das taxas para remuneração dos serviços públicos específicos e divisíveis prestados pelo Estado; ou no art. 175, ao estabelecer a forma de prestação dos serviços públicos.

⁸⁸ Gordillo, 2013, p. 400. Traduzido do original: “El primer elemento que distingue a esta noción de las más antiguas es el criterio de que ni la actividad legislativa ni la actividad jurisdiccional se considera “servicio público” en sentido estricto; o sea, que sólo puede hablarse de “servicio público” dentro de la actividad administrativa. El segundo elemento es que no toda la actividad de la administración pública constituye servicio público, sino sólo una parte de ella.”

⁸⁹ Aragão, 2017, p. 136.

⁹⁰ Guimarães, 2012, p. 73.

E essa confusão no texto constitucional decorre do fato de o Estado, no âmbito dos seus inúmeros órgãos e estruturas administrativas, desempenhar diversas funções públicas, de toda a ordem e natureza, ao que comumente designa-se de serviço público. Entretanto, tal concepção não é útil ao Direito, ao menos como categoria jurídica, justamente porque abrangeria atividades (serviços) de naturezas diversas e sem que houvesse um núcleo comum de princípios e regras.

Por isso a necessidade de traçar-se esse recorte, no sentido de não confundir *função pública* com *serviço público*. Naquela estão inseridas inúmeras atividades do Poder Público, dos diferentes Poderes, de natureza legislativa, judiciária, fomento, polícia administrativa, diplomacia e segurança nacional. Neste, somente pode ser vislumbrada a atuação do Estado em ofertar atividades com natureza econômica aos cidadãos e atrelado à consecução dos valores e objetivos inerentes à coesão e interdependência social.

1.1.7 Serviço público e poder de polícia

Também se mostra importante a diferenciação entre a prestação de serviço público e o exercício de poder de polícia administrativo por parte da Administração Pública.

Tradicionalmente, a doutrina separa tais atividades por compreender tratem-se de situações díspares, submetidas a regime jurídico distinto, o que se mostra acertado. Os serviços públicos caracterizam-se pela oferta de comodidades materiais, de alta relevância à sociedade. Já o poder de polícia administrativa traduz-se pela imposição por parte do Estado de limites à propriedade ou à liberdade do particular, impondo restrições e condicionantes para o exercício de atividades ou o gozo de direitos.

Gordillo destaca ser necessária a diferenciação entre as categorias de serviço público e poder de polícia, pois tratam-se, diametralmente, de categorias opostas. Afirma o autor que o poder de polícia está intrinsecamente ligado à concepção limitadora e controladora das liberdades individuais. Tais limitações, defende Gordillo, somente podem existir com amparo na lei, jamais como potestades metajurídicas⁹¹.

⁹¹ Gordillo, 2013, p. 373-374. O autor ainda traça interessante histórico da origem e desenvolvimento do poder de polícia, posicionando-se pela inversão na concepção das atribuições do Estado, no sentido de estabelecer os direitos individuais como princípio, e sua restrição como excepcionalidade atribuída ao Estado e prevista em lei. Segue o pensamento de Gordillo (2013, p. 388): “Si la noción no tiene un fundamento

Para Machado, o poder de polícia “manifesta-se em atividade da Administração Pública limitadora dos direitos e interesses individuais.”⁹². A mesma visão é compartilhada por Tácito, para quem o poder de polícia é compreendido como “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”⁹³.

Na mesma linha é o pensamento de Meirelles, ao dispor que a “razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades”⁹⁴. Enfim, o poder de polícia decorre da necessidade de limitação dos direitos individuais, para que a máxima liberdade de um cidadão não macule a liberdade alheia e da própria coletividade. Nesse contexto, a atividade de polícia administrativa se orienta a produzir a realização de direitos fundamentais e assegurar a própria democracia, na visão de Justen Filho⁹⁵.

Deveras, inexistem relevantes divergência na doutrina em relação à matéria. A categorização do poder de polícia administrativa mostra-se relativamente simples, o que permite individualizar essa categoria jurídica das demais existentes no âmbito do Estado (serviços públicos,

jurídico positivo; si se presenta desprovista de caracteres jurídicos, desprovista de régimen jurídico específico, e innecesaria para explicar problema o cuestión alguna de derecho constitucional o derecho administrativo; si además carece de valor político propio y es todavía políticamente repudiable, ¿para qué mantenerla o reestructurarla? En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal (‘policía’, ‘poder de policía’) al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como ‘Estado de Derecho’, sentar la premisa opuesta, de que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal.”

⁹² Machado, 2015, p. 764.

⁹³ Tácito, 1952, p. 8. Nesse artigo o autor aborda a origem do conceito e sua distinta aplicação nos Estados Unidos da América. Cita-se excerto do texto: “Profundamente diverso se apresenta o sentido do poder de polícia na doutrina e na jurisprudência americanas. Enquanto nos países europeus a sua caracterização se limita apenas àquelas formas de limitação de direitos individuais emanadas da Administração (e, portanto, sujeita ao princípio da anterioridade legal), nos Estados Unidos o *police power* se apresenta, sobretudo, em referência ao exercício da função legislativa. Daí o seu deslocamento, em grande parte, para a esfera do Direito Constitucional, onde tem sido intensa e variável a construção, especialmente na jurisprudência da Suprema Corte, das grandes linhas do instituto.” (Tácito, 1952, p. 5).

⁹⁴ Meirelles, 2002, p. 129.

⁹⁵ Justen Filho, 2013, p. 590.

serviços sociais, serviços diplomáticos, serviços de fomento, etc.). Contribui para essa relativa harmonia o fato de o Código Tributário Nacional (art. 78⁹⁶) disciplinar a matéria, ao definir com clareza o conceito para o poder de polícia administrativa.

Para Bandeira de Mello, no conceito de poder de polícia insere-se “a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividades, apreensões).”⁹⁷. Enfim, trata-se de rol extenso de atribuições em que o Estado pode valer-se de prerrogativa constitucional para limitar ou regular direito individual, de natureza preventiva, fiscalizadora e repressiva, desde que o faça de maneira legítima, motivada e proporcional, com amparo em lei e observadas as garantias constitucionais do devido processo legal (incluída aqui a ampla defesa e o contraditório).

Muitos administrativistas mostram-se contrários ao uso da expressão *poder de polícia* ou *poder de polícia administrativa*. Compreendem tratar-se de expressão a denotar um caráter arbitrário, resquício da concepção do Estado soberano.

Sem prejuízo da relevância dos argumentos apresentados no sentido da impropriedade da expressão *poder de polícia*, o fato é que o termo consta da Constituição Federal (art. 145, II) e do Código Tributário Nacional (art. 78), bem como resta consolidado na doutrina e nos precedentes jurisprudenciais. Mais relevante do que estabelecer-se um nome adequado para o instituto, é compreendê-lo adequadamente, em observância ao regime constitucional vigente (dever de motivação do ato administrativo e observância dos princípios do devido processo legal, da legalidade e da proporcionalidade).

E o exercício dos poderes de polícia por parte do Estado devem ser sopesados e devidamente compreendidos pelos seus agentes, para que não

⁹⁶ Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

⁹⁷ Bandeira de Mello, 2010, p. 295.

ocorram ilegalidades e abusos, consubstanciadas na falsa volúpia de atender interesses pessoais travestidos de interesse público. Assim, mostra-se válida a observação de Justen Filho no sentido do cuidado no uso de expressões destituídas de cunho preciso (v.g., ordem pública, bem comum e interesse público) por parte dos representantes do Estado (em todos os níveis da Federação e dos Poderes constituídos), posto que as prerrogativas e os poderes não podem ser confundidos como “aparato estatal para fins que satisfazerem antes o interesse do governante do que os direitos fundamentais”⁹⁸, situação ainda pouco compreendida por significativa parcela dos exercentes de cargo público no país.

Assim, as atividades do Estado que limitam ou disciplinam direitos e impõe obrigações a terceiros estão fora do conceito de serviço público, justamente porque de natureza diametralmente oposta.

1.1.8 Serviços *uti universi* e *uti singuli*

Outra categorização existente no âmbito dos serviços sob responsabilidade do Estado diz respeito à destinação de sua prestação, mais precisamente à individualização do serviço ofertado pelo Poder Público frente à coletividade.

Determinados serviços são fornecidos pelo Estado sem que se possa individualizar o benefício auferido por cada cidadão, como ocorre com os serviços de limpeza urbana e iluminação pública, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal⁹⁹. Nesses casos, a doutrina os classifica como serviços *uti universi*, ou seja, atividades prestadas em prol da coletividade de forma genérica e inespecífica.

Outros serviços ofertados pelo Estado podem ser individualizados e, inclusive, quantificados, permitindo que se saiba quais os cidadãos que foram beneficiados e em que medida. São denominados de serviços *uti singuli*. Dá-se como exemplo os serviços de fornecimento de água potável

⁹⁸ Justen Filho, 2013, p. 590.

⁹⁹ Neste sentido: “É assente nesta colenda Corte que as taxas de iluminação pública e de limpeza pública se referem a atividades estatais que se traduzem em prestação de utilidades inespecíficas, indivisíveis e insuscetíveis de serem vinculadas a determinado contribuinte, não podendo ser custeadas senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.” (AI nº 463910 AgR, Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, julgamento em 20.6.2006, DJ de 8.9.2006). Mesmo sentido: RE 576321 RG-QO, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 4.12.2008, DJe de 13.2.2009). Ainda, vide Súmula Vinculante nº 41: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

e distribuição de energia elétrica. Nessas situações sabe-se perfeitamente quem são as pessoas beneficiadas e o quanto se valeram daquele serviço.

A diferenciação entre serviços *uti singuli* e *uti universi* mostra-se oportuna por dois motivos.

O primeiro, pois somente os serviços *uti singuli* podem ser objeto de instituição da taxa (vide art. 79 do CTN e art. 145, II da CF) ou tarifa pública (art. 175, da CF), justamente por permitirem a individualização e quantificação dos serviços ofertados pelo Estado. Já os serviços *uti universi* são financiados basicamente por meio de impostos. O segundo, porque alguns elementos inerentes ao regime jurídico do serviço público não são passíveis de serem adotados aos serviços *uti universi*, a exemplo da modicidade tarifária, justamente pela ausência de divisibilidade.

E por terem a divisibilidade e especificidade em sua natureza, parcela da doutrina compreende que os serviços *uti singuli* devem ser classificados em categoria jurídica própria (serviços públicos), pois muito pouco possuiriam em comum com os serviços *uti universi*. Para Aragão, a única questão em comum dessas duas atividades ofertadas pelo poder público “é a possibilidade de serem exigidos compulsoriamente do Estado no caso de omissão”¹⁰⁰. Desta maneira, somente os serviços *uti singuli* seriam enquadrados como serviço público¹⁰¹.

Pensa-se diferentemente. Isso porque ambos os serviços (*uti singuli* e *uti universi*) detém alta relevância para a sociedade (presente a essencialidade) e objetivarem proporcionar comodidades materiais aos cidadãos. Inadequado e sem propósito afastar do conceito de serviço público aquelas comodidades (atividades materiais) ofertadas pelo Estado tão somente porque impossível a individualização (identificação e quantificação) do indivíduo beneficiado, como se tal situação fosse determinante para caracterizar a natureza jurídica da atividade desempenhada pelo Estado¹⁰².

Melhor explicando, parece inexistir razão que justifique afastar do conceito de serviço público atividades de alta relevância para a sociedade como iluminação pública e limpeza urbana, que certamente detém a mesma essencialidade de outras atividades ofertadas pelo poder público, a exemplo da coleta dos resíduos sólidos urbanos ou do fornecimento de água potável. O simples fato da não individualização de determinada comodidade sob responsabilidade do Estado (fruição individual, como alude Bandeira de Mello) não altera seu regime jurídico, sendo evidente

¹⁰⁰ Aragão, 2017, p. 139.

¹⁰¹ Nesse sentido: Bandeira de Mello, 2017, p. 77; e Aragão, 2017, p. 139.

¹⁰² Nesse mesmo sentido, Justen Filho, 2013, 732.

que em ambos os casos (serviços *uti singuli* e *uti universi*) aplicam-se os elementos intrínsecos ao regime jurídico dos serviços públicos (universalidade de acesso, modicidade das taxas ou tarifas públicas, quando remunerados; continuidade, regularidade, atualidade, eficiência, cortesia e transparência).

Portanto, em que pese a divergência doutrinária nesse ponto, tanto os serviços *uti singuli* como os serviços *uti universi* prestados pelo Estado são caracterizados como serviços públicos, pois submetidos ao mesmo regime jurídico de direito público.

1.1.9 Enfim, uma definição de serviço público

Como antes discorrido, é longínquo o tempo em que Duguit e os demais integrantes da *Escola Francesa de Serviço Público* lançaram suas primeiras ideias e traçaram conceitos em torno do serviço público. O tema é de longa data objeto de discussões e estudos no campo do Direito Público, e sempre fora admitida, inclusive por Duguit¹⁰³, a dificuldade em conceituar-se o que venha a ser serviço público, especialmente porque com o passar do tempo as relações sociais e econômicas impõem novos desafios ao Estado, o que altera as relações de coesão e interdependência social (nas expressões utilizadas por Duguit). Por essa razão, a dificuldade de ter-se um conceito estanque e definitivo de serviço público. Como bem adverte Sánches Móron¹⁰⁴, é extremamente difícil a missão de conceituar serviço público e estabelecer o que efetivamente esteja contemplado em sua definição, posto que tal desiderato varia conforme cada Estado, ao seu devido tempo.

Como adverte Chevallier, a expressão serviço público nada mais é do que um dos modos possíveis de designar uma esfera de *funções coletivas*, necessárias à organização social. Defende o autor ser o serviço público uma *noção complexa*, pois engloba três tipos de significações: institucional, jurídica e ideológica. Conclui o autor:

Essa dimensão mítica explica por que a noção de serviço público é tão difícil de ser apreendida e delineada: utilizada em campos conceituais muito diversificados, a noção está saturada de significações múltiplas que se superpõem, se entrecruzam, se remetem umas às outras, e entre as

¹⁰³ Duguit, 1923, p. 56.

¹⁰⁴ Sánches Móron, 1979, p. 544.

quais a mudança é constante. Antes de tudo, o serviço público é uma entidade social: ele engloba as diversas atividades e estruturas atribuídas às pessoas jurídicas de direito público; concernentes à "esfera pública", os serviços públicos apresentam um conjunto de especificidades que proíbe qualquer assimilação às empresas privadas. Mas o serviço público é também uma noção jurídica: ele conduz à aplicação de regras de direito específicas e derogatórias de direito comum; o "regime de serviço público" condensa e resume aquilo que constitui o que é próprio do direito administrativo. Enfim, e mais profundamente, o serviço público é um operador ideológico: ele constrói o mito de um Estado generoso, benevolente, preocupado unicamente com o bem-estar de todos; o serviço público é o "princípio axiológico" que deve comandar a gestão pública, a finalidade a qual governadores e servidores devem ter como referência, a norma que legitima suas ações.¹⁰⁵

A complexidade na definição do que seja serviço público, portanto, está intrinsecamente correlata a esses dois pontos centrais: o *tempo* e o *ordenamento estatal*. O *tempo*, posto que a *relevância* e *necessidade* de que certas atividades sejam ofertadas pelo Estado (diretamente ou por quem lhe faça às vezes) varia ao longo da história, não permanecendo estanques. O *ordenamento estatal*, na medida em que compete a cada Estado, no decurso de seu regime constitucional, estabelecer os direitos e as garantias do cidadão, bem como os deveres do próprio Estado frente à coletividade. São situações que inevitavelmente se interlaçam.

Assim, o que é serviço público atualmente no Brasil poderá não o ser em Portugal. Da mesma forma, o que fora serviço público no Brasil sob a égide da Constituição de 1891 não necessariamente o é atualmente, diante do novo regramento constitucional e da realidade social e econômica. Por esse motivo, Grau opta pela *noção* de serviço público¹⁰⁶,

¹⁰⁵ Chevallier, 2017, p. 19-20.

¹⁰⁶ Grau (2003, p. 264-265) afasta a construção de um *conceito* de serviço público, por compreender mais útil a *noção* de serviço público. Assim discorre o Eros Grau: "A partir daí parece-me, hoje, que a questão da *indeterminação dos conceitos* se resolve na *historicidade das noções* – lá, onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado*, há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como ideia que *se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* (Sartre). Por isso

diante dos problemas temporais inerentes à estrutura dos conceitos. Logo, na busca da identificação do que seja serviço público, infere o autor que “determinante para tanto será o exame da Constituição, desde o intérprete tenha compreendido que, em verdade, *serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*”¹⁰⁷.

Por isso, reforça-se, a definição de serviço público mostra-se complexa, variando no tempo (especialmente sob o viés social e econômico) e no espaço (ordenamento de cada Estado), não sendo estanque e definitivo¹⁰⁸.

No país, muitos administrativistas de escol já lançaram luz sobre o tema. Alguns apresentam visão mais aberta do que seja serviço público, a exemplo de definição dada por Meirelles, extremamente ampla, abrangendo praticamente todas as atividades do Estado. Para o autor, serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”¹⁰⁹.

Meirelles classifica os serviços públicos em serviços *públicos propriamente ditos* e *serviços de utilidade pública*. Aqueles seriam prestados diretamente à comunidade pelo Estado (e somente por ele), ligados a atos de império e medidas compulsórias aos administrados, a exemplo dos serviços de polícia administrativa e de preservação da saúde pública¹¹⁰. Por sua vez, os serviços de utilidade pública são os que a Administração Pública presta ao cidadão com o objetivo de “facilitar a vida do indivíduo na coletividade”, a gerar conforto e bem-estar, sem estar associado à ideia de essencialidade e necessidade¹¹¹.

conduzirá a muito pouco a determinação de um *conceito* de serviço público, impondo-se a buscarmos enunciar a *noção*.”

¹⁰⁷ Grau, 2008, p. 109.

¹⁰⁸ Nas palavras de Meirelles (2002, p. 316), “o conceito de serviços públicos não é uniforme na doutrina, (...)”, que varia e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, (...)”. No mesmo sentido se posicionam inúmeros juristas: Grotti, 2014, p. 169; Cime Lima, 1954, p. 84; Bandeira de Mello, 2017, p. 62; e Grau, 2008, p. 109.

¹⁰⁹ Meirelles, 2002, p. 317.

¹¹⁰ Essa classificação não é seguida pela doutrina majoritária brasileira, que contrapõe os conceitos de serviço público e poder de polícia administrativa, com especial enfoque no art. 145, II da Constituição Federal. Para Meirelles, o poder de polícia é espécie do gênero serviço público.

¹¹¹ Meirelles, 2002, p. 317.

Para Gasparini, no conceito de serviço público¹¹² proposto estão inseridas as atividades de oferecimento de comodidades ou utilidades materiais, as atividades jurídicas, bem como os serviços cartorários e os serviços fruíveis direta (transporte coletivo e coleta de lixo) e indiretamente (segurança pública) pelo cidadão, o que torna demasiadamente amplo o conceito de serviço público.

Também apresentam conceitos amplos de serviço público Cretella Júnior¹¹³ e Masagão¹¹⁴, que não distinguem as atividades administrativas das funções legislativas e jurisdicionais, e as atividades de cunho social daquelas de polícia administrativa, regulação e fomento econômico. Enfim, são conceitos por demais amplos, a englobar atividades estatais por demais díspares.

Parcela da doutrina impõe limitação ao escopo dos serviços públicos, tendo como traço característico a retirada do conceito das funções legislativas e jurisdicionais, bem como as atividades de polícia administrativa, regulação e fomento econômico. É o caso, dentre outros, de Di Pietro, Grau, Aragão, Marques Neto, Freitas, Souto, Moreira Neto e Bandeira de Melo. Trata-se de conceito restritivo de serviço público, que ainda assim guarda nuances próprias entre essa categoria de doutrinadores.

Ao expor sobre seu conceito de serviço público¹¹⁵, Di Pietro afasta as atividades de natureza pública como a polícia administrativa, o fomento e a intervenção. Para a autora, também estariam inseridos como serviços públicos os “serviços comerciais e industriais”, situação em que o regime jurídico seria híbrido (de direito comum, derogado, ora mais, ora menos, pelo direito público)¹¹⁶, o que torna o conceito de serviço público por demais amplo, como reconhecido pela própria jurista.

¹¹² Gasparini (2007, p. 292) conceitua serviço público como sendo “toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.”

¹¹³ Cretella Júnior, 1999, p. 409.

¹¹⁴ Masagão, 1970, p. 279-280.

¹¹⁵ Para Di Pietro (2014, p. 107), serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

¹¹⁶ Di Pietro, 2014, p. 108.

Já a posição defendida por Grau contempla o serviço público como espécie do gênero *atividade econômica*¹¹⁷. O autor vale-se das lições de Duguit e de Cirne Lima¹¹⁸ para traçar os elementos centrais em torno do serviço público, dando especial ênfase à normatividade estabelecida na Constituição para a definição de quais atividades serão caracterizadas como serviço público, que, por sua vez, estão atreladas ao “desenvolvimento da coesão e da interdependência social” ou ao caráter “existencial” ao seu tempo. Para Grau, o que evidencia determinada atividade como serviço público “é a sua vinculação ao interesse social”, reconhecendo que alguns serviços públicos não estão expressamente definidos no texto da Constituição¹¹⁹.

Aragão também adota uma definição restrita de serviço público, em contraposição às demais dimensões vislumbradas pelo autor na doutrina (conceito amplíssimo, amplo e restritíssimo)¹²⁰. Para o autor, no

¹¹⁷ É o conceito apresentado por Grau (2003, p. 267): “Serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).”

¹¹⁸ Cirne Lima menciona que serviço público “é todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado”. Daí, conclui o autor, que deve o serviço público “ser prestado aos componentes daquela, diretamente ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.” (1954, p. 84). Compreende o jurista que a definição de serviço público “pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela” (1963, p. 122). Portanto, para Cirne Lima, é na Constituição – e não na legislação infraconstitucional – que o jurista encontrará a previsão normativa (explícita ou implícita) para o enquadramento de determinada atividade como serviço público, ainda assim, apta a alterações no tempo (caráter existencial em um momento dado).

¹¹⁹ Grau, 2008, p. 128.

¹²⁰ Aragão (2017, p. 129-130) resume assim as diferentes conceituações de serviço público existentes na doutrina: “A primeira acepção (amplíssima), apesar de correspondente à noção clássica francesa de serviço público, que definia o próprio Estado como um conjunto de serviços públicos, em cujo conceito estariam até as atividades jurisdicionais e legislativas, poderia até ser adotada em um trabalho de ciência política ou de sociologia, mas seria de escassa utilidade em um estudo jurídico, já que abrangeria atividades totalmente díspares entre si em termos de regime jurídico. Nessa acepção, uma obra sobre serviços públicos seria um tratado geral de Direito do Estado. (...)”

A segunda acepção exposta de serviços público (ampla) aproxima-se bastante do ideal, mas possui o inconveniente de colocar sob a mesma rubrica atividades que, do

conceito de serviço público estão englobados os serviços de natureza econômica e social, pois “possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum (‘unidade de sentido’) capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito”, na medida em que ambos são em maior ou menor escala sujeitos à legislação consumerista; são específicos e divisíveis; e geram direitos subjetivos individuais¹²¹. Outro ponto central na noção de serviço público trazida por Aragão diz respeito à distinção entre serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*. Para o autor, somente estes estariam inseridos no conceito de serviços públicos, pois individualizáveis, de modo que os serviços *uti universi* aproximar-se-iam das funções públicas (gerais e indivisíveis).

Por sua vez, Bandeira de Mello limita o conceito de serviços públicos àquelas prestações material e singularmente fruíveis pelo cidadão, afastando os serviços legislativos e judiciários, assim como os serviços de polícia administrativa, fomento e regulação (atos jurídicos)¹²².

Na visão do renomado administrativista, são seis os requisitos inseridos no conceito de serviço público proposto. O primeiro, refere-se

ponto de vista estritamente jurídico, são muito diferentes: os serviços *uti universi* e os serviços *uti singuli*. (...)

O conceito restritíssimo (quarta hipótese supra-aventada – a terceira veremos em seguida), contemplador apenas dos serviços tradicionalmente chamado de ‘econômicos’, por possibilitarem a sua exploração por delegação pela iniciativa privada com fins lucrativos, seria o tecnicamente mais bem delimitado. Seria, no entanto, restrito demais, já que não se deve exigir que um conceito abranja apenas fenômenos jurídicos idênticos, sob pena de não lograr os seus fins de sistematização, já que para cada fenômeno haveria um conceito. O conceito deve, outrossim, contemplar o maior número possível de fenômenos distintos que possuam em comum um regime jurídico mínimo significativo”. Prossegue o autor ao afirmar que adota conceito restrito de serviço público, no sentido de abranger “as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”

¹²¹ Aragão, 2017, p. 130.

¹²² É o conceito ofertado por Bandeira de Mello (2017, p. 81): “Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.”

à *prestação de uma atividade*, não se confundindo com obra pública. O segundo, no sentido de ser uma *prestação de atividade material*, afastando-se do conceito os atos jurídicos administrativos (como o poder de polícia). O terceiro, trata-se de serviços que atendam a *coletividade em geral e que sejam singularmente fruíveis pelos indivíduos*. O quarto, versa sobre os ditos serviços serem importantes para a *satisfação dos interesses coletivos*. O quinto, discorre a respeito de o Estado os ter qualificado como pertinentes em si próprio, a atrair a *titularidade (exclusiva ou não) da prestação dos serviços*. Por fim, o sexto e último requisito diz respeito ao caráter formal, *submetendo-se o serviço público ao regime jurídico de direito público*¹²³.

Expõe o autor, ainda, que o regime de direito público imposto aos serviços públicos tem como prisma jurídico a observância dos seguintes preceitos, que categorizam e diferem, em parte, o serviço público das demais atividades desenvolvidas pelo Poder Público. São eles: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhes a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas públicas; e 10) princípio do controle interno e externo sobre as condições de sua prestação¹²⁴.

Trata-se de conceituação restritiva de serviço público. Somente determinadas atividades desempenhadas pelo Estado, diretamente ou por intermédio de delegação a terceiros, enquadram-se no conceito desenvolvido por Bandeira de Mello, que critica a adoção de conceitos abertos ou vagos de serviço público, que nada dizem de relevante ou contribuem para a identificação de um regime especial. Deveras, somente faz sentido falar-se em serviço público como categoria jurídica se for para lhe emprestar regime jurídico distinto das demais atividades desenvolvidas pelo Poder Público.

Vê-se que inexistente entendimento uniforme na doutrina brasileira em relação à abrangência e conceituação dos serviços públicos. Inúmeras são as posições defendidas por juristas de escol, que acabam por destacar pontos sensíveis ao conceito de serviço público¹²⁵. Tem prevalecido, de

¹²³ Bandeira de Mello, 2017, p. 75-80.

¹²⁴ Bandeira de Mello, 2017, p. 83-85.

¹²⁵ É o caso de Souto (2000, p. 179-180), que compreende o serviço público como a atuação do Estado “que visa ao atendimento, em concreto, de determinadas necessidades ou utilidades que a sociedade”, por interesse da Administração em “vê-las prestadas com generalidade, regularidade, eficiência, modicidade de custos e

modo geral, o conceito ofertado por Bandeira de Mello, no sentido de dar-se prevalência ao elemento formal de caracterização do serviço público (adoção de um regime jurídico específico), bem como limitá-lo às atividades materiais que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados¹²⁶.

Couto e Silva tece fortes críticas à adoção do critério formal na definição de serviço público. Vislumbra que “a concepção mais moderna é de que o regime jurídico é totalmente irrelevante para a caracterização dos serviços públicos. Complementa o autor que os serviços públicos “se definem apenas pelo fim de interesse geral que perseguem e o vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Estado”¹²⁷. Em razão disso, Couto e

cordialidade”, “por meio da Constituição ou de lei, para serem desenvolvidas segundo normas e controles de direito público”. Por sua vez, Freitas (1997, p. 33-35) caminha no sentido de entender como serviço público “todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar publicista”. Defende que as atividades, sem a característica da essencialidade, devem estar adstritas à prestação pelo particular, a exemplo das atividades de “simples interesse subalterno” ou “conveniência episódica governamental”, sendo indevido serem chanceladas como serviço público. Já Moreira Neto (2005, p. 11) apresenta sua definição de serviço público como “uma atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação”. Por fim, Marques Neto (2002, p. 18-22) também compreende que a expressão serviços públicos é usada sob dois contextos distintos. Um amplo, a designar “toda a prestação estatal, incluindo desde as atividades econômicas, a jurisdicional, a segurança pública, o poder de polícia, a ordenação urbanística e mesmo a própria regulação estatal” e outro em sentido restrito, abarcando as “atividades de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social”, que a Constituição ou a lei atribuem titularidade ao Estado como “forma de assegurar o seu acesso a toda a gente, permanentemente.”. A exemplo de Grau, Marques Neto também defende que serviços públicos são espécie do gênero atividade econômica, posto que “o fato de uma atividade ser considerada serviço público não extrai dela o seu conteúdo econômico”, com “possibilidade de geração de lucros.” Para o Marques Neto, ao elencar determinada atividade como serviço público surgem três consequências. A primeira, a “introdução de mecanismos de restrição de acesso a quem queira explorar tal atividade”, mesmo que não seja de forma absoluta. A segunda, a incidência de forte regulação sobre o prestador de serviços. A terceira, o compromisso do Poder Público “assegurar a existência e a acessibilidade destes serviços a toda a coletividade.”.

¹²⁶ Bandeira de Mello, 2017, p. 81.

¹²⁷ Couto e Silva, 2002, p. 47

Silva mostra-se contrário ao posicionamento de Bandeira de Mello em centrar no critério formal a definição de serviço público¹²⁸.

Na mesma linha parece a crítica de Cassagne, valendo-se dos ensinamentos de Jean François Lauchame, quando aduz que “(...) o regime exorbitante do direito privado é mais uma consequência da presença de um serviço público do que um elemento de sua definição”¹²⁹. Para Cassagne, a concepção atual do que seja serviço público perpassa por três ideias centrais: *busca da satisfação das necessidades básicas, conteúdo econômico do benefício e obrigatoriedade de sua oferta*. Fora dessa concepção, prevalece o princípio da subsidiariedade, de modo que, mesmo diante de atividades de interesse público, deve prevalecer a liberdade de mercado¹³⁰.

Como anteriormente afirmado, não há uma uniformidade no tratamento da matéria. A própria Constituição Federal não sistematiza os serviços públicos. Em diferentes artigos, ora a expressão serviço público é utilizada sob o prisma *subjetivo* (como atuação do Estado, ou seja, exercício de atividade administrativa, como nos arts. 20, IV; 37, XIII; 39, § 7º; e 40, § 1º, III e § 16), ora sob o prisma *material* (serviço público propriamente dito, de cunho prestacional ao cidadão, como nos arts. 145, II e 175). Como adverte Grotti, “a Constituição Brasileira de 1988 poderia, em tese, contemplar as várias concepções doutrinárias de

¹²⁸ É elucidativa a seguinte passagem no pensamento de Couto e Silva (2002, p. 47): “O que, com todo o respeito, não me parece aceitável, por destoante da realidade do nosso tempo e até mesmo do ordenamento jurídico brasileiro, é a bem conhecida posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que só considera serviço público o que seja prestado sob regime de direito público. Isso implica dizer que só os serviços administrativos são serviços públicos, expelindo-se do conceito os de natureza industrial e comercial, que, por subordinados a regime predominante de direito privado, seriam classificados, se bem compreendo o pensamento do ilustre mestre paulista, como ‘serviços governamentais’ (MELLO, 2001, p. 602). Tais serviços, embora presente o vínculo orgânico com o Estado e conquanto prestados no interesse geral, não seriam serviços públicos. Mas que natureza teriam? Seriam atividades puramente econômicas do Estado, em tudo igual a que indivíduos desempenham? Como explicar as regras constitucionais que as tratam como serviços públicos (p. ex., os incisos XI e XII, do art. 21)?”.

¹²⁹ Cassagne, 1996, p. 101. Tradução do original: “(...) el régimen exorbitante del Derecho privado constituye más una consecuencia de la presencia de un servicio público que un elemento de su definición”.

¹³⁰ Cassagne, 1996, p. 101. É o pensamento do autor (1996, p. 105): “En la actualidad, el servicio público se desenvuelve em un marco tendente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades, que en algunos ordenamientos, como el argentino, se ha transformado en un deber del Estado.”.

serviços públicos de acordo com a sua maior ou menor abrangência”¹³¹, o que denota a complexidade da matéria e as divergências tão agudas entre os juristas.

A mesma indefinição é encontrada no âmbito da jurisprudência pátria. Em que pese a existência de importantes precedentes que abordam o tema, a verdade é que não há uma posição firme dos Tribunais em relação aos critérios de definição do que seja serviço público no país, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Deveras, e como se verificará quando da abordagem do tema em relação aos serviços públicos compulsórios, o Supremo Tribunal Federal tem manifestado posições casuísticas quando defrontado com a dinâmica constitucional dos serviços públicos, sem, repita-se, existir uma linha comum e firme de pensamento sobre o tema¹³².

Apesar de tamanhas divergências doutrinárias e da ausência de uma orientação clara do Supremo Tribunal Federal em relação à definição de serviço público, compreende-se ainda presente os três elementos definidores de serviço público (subjeto, material e formal), embora sob perspectivas diversas daquelas lançadas no início do século XX, pelos integrantes da Escola Francesa de Serviços Públicos.

O elemento *subjeto* apresenta-se caracterizado pela titularidade do Estado de prestar em prol da sociedade os serviços públicos, diretamente ou através de terceiros delegatários. E por esse motivo é que os serviços sociais (como educação e saúde) são categorizados à parte, isto é, não são serviços públicos, justamente porque aqui o particular presta os serviços livremente, sem qualquer delegação do Poder Público (o que não afasta a regulação econômica da atividade pelo Estado, nos termos do art. 174 da CF).

Já o elemento *formal* diz respeito à existência de um regime de direito específico na prestação desses serviços, que se contrapõe ao regime comum de Direito, adstrito às atividades eminentemente privadas. Se é bem verdade que cada vez mostra-se mais difícil vislumbrar-se um único regime jurídico a disciplinar os serviços públicos, diante da existência cada vez maior de regras jurídicas específicas para cada setor

¹³¹ Grotti, 2014, p. 170.

¹³² Sobre o tema, remete-se o leitor para os excelentes artigos de Dal Pozzo e Jatene (2014, p. 67-82) e Grotti (2014, p. 169-188) constantes da obra intitulada *O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (Pereira, Flávio Henrique Unes et al (coords.)).* Belo Horizonte: Fórum, 2014).

de serviços públicos, como ocorre no Brasil¹³³, de outro não há como deixar de identificar um regime peculiar aos serviços públicos, onde ainda é possível verificar prisma jurídico comum, a exemplo do dever de cortesia, universalidade e eficiência na sua oferta e da necessidade de imposição de remuneração módica aos usuários.

Por fim, o elemento *material* mostra-se presente porque a *concepção de serviço público está, inexoravelmente, atrelada à ideia de satisfação dos direitos fundamentais (no viés das necessidades básicas) assegurados pela Constituição e corolários aos valores e objetivos de cada sociedade*. Essa concepção está presente na conceituação de serviço público apresentada por inúmeros juristas: *coesão social e interdependência social*, em Duguit; *serviço existencial*, em Cirne Lima e Eros Grau; *necessidade ou utilidades públicas*, em Bandeira de Mello e Sundfeld; *necessidades coletivas*, em Di Pietro; *imprescindibilidade social*, em Marques Neto; *concretização dos direitos fundamentais*, em Justen Filho; e *realização dos objetivos fundamentais*, em Juarez Freitas. Apesar das expressões diversas usadas pelos juristas, a noção é muito próxima, pois gravita em torno da *essencialidade e necessidade* de certas atividades econômicas (serviços públicos) serem ofertadas à sociedade, para assegurar os objetivos e valores estabelecidos na Constituição. E compete ao constituinte originário ou derivado, a partir da realidade social e econômica ao seu tempo, a definição de quais sejam esses serviços públicos¹³⁴.

¹³³ Vide os serviços públicos de energia elétrica e saneamento básico, cada qual com leis nacionais a dispor princípios e regras inerentes à cada setor, nem sempre convergentes. Essa posição também é defendida por Sundfeld (2000, p. 32-33), para quem os serviços públicos não detêm necessariamente disciplina uniforme, detendo especificidades próprias.

¹³⁴ Por mais se que defenda a competência do legislativo na definição do que efetivamente seja serviço público em determinado Estado, especialmente no caso brasileiro, não se desconhecem os problemas e a carência de legitimidade em torno do processo de formação das leis, que mais do que revelar a *vontade geral* da sociedade (soberania popular), são fruto de conformações de poder e interesses (em especial econômicos e políticos) intestinos ao parlamento, como nos revelam os estudos críticos denominados genericamente de *public choice* (teorias das escolhas públicas). Entretanto, apesar das mais variadas críticas, ainda é no Legislativo que se encontra o ambiente mais próximo da soberania popular. Sobre o tema, remete-se o leitor aos seguintes textos: FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction* Chicago: University of Chicago Press, 1991; e CYRINO, André. *Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan/abr. 2017.

Desta forma, as relações sociais e econômicas presentes a determinado tempo influenciarão na delimitação dos serviços públicos, seja através do processo de alteração da Constituição Federal, seja mediante a elaboração de leis infraconstitucionais, desde que harmônicas ao texto constitucional. Como bem pontuado por Cezne, “a noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social.”¹³⁵

Poderá a lei infraconstitucional, assim, definir determinada atividade econômica como serviço público, desde que em absoluta sintonia com o texto constitucional, seja por previsão expressa na Constituição, seja em decorrência da atividade possuir natureza intrínseca à atuação do Poder Público, correlacionada ao cumprimento dos direitos fundamentais e aos valores e objetivos assegurados pela Constituição. Nesse mesmo sentido, posiciona-se Souto, ao defender que, em atenção ao princípio constitucional fundamental da livre iniciativa, “só podem ser definidos como serviços públicos os interesses relevantes da sociedade (juízo político)”, isto é, “aqueles caracterizados pela sua especialidade e que reclamem prestação sob normas de direito público, em caráter geral e contínuo, sob controle do Estado”¹³⁶.

Não se trata de uma autonomia ilimitada concedida ao legislador infraconstitucional, como bem adverte Justen Filho, pois seus limites estariam condicionados à “referibilidade direta e imediata aos direitos fundamentais.”¹³⁷ Nas palavras de Guimarães, ao posicionar-se pela possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer o que seja serviço público, a “esfera política de atuação estará limitada à conformidade com a afetação teleológica ao serviço público conferida pela Constituição”, diante das “necessidades coletivas num certo tempo e num certo lugar.”¹³⁸

É o caso dos serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos, elevado à categoria de serviço público pela legislação local (dos diversos

¹³⁵ Cezne, 2005, p. 335.

¹³⁶ Souto, 2000, p. 180.

¹³⁷ Justen Filho, 2013, p. 742. Para esclarecer o pensamento do autor, cita-se passagem elucidativa: “O serviço público existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais, que não podem ser promovidos mediante os mecanismos da atuação de mercado próprios da iniciativa privada. Como decorrência, essa atividade é atribuída à titularidade do Estado e submetida ao regime de direito público. Isso acarreta a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. O art. 175 da CF/1988 disciplina a matéria.” (2013, p. 695).

¹³⁸ Guimarães, 2012, p. 96-97.

municípios brasileiros) e, mais recentemente, pela legislação nacional (Lei nº 11.445/2007), sem que a Constituição Federal assim o estabeleça de forma expressa.

Ainda, a própria interpretação evolutiva do texto constitucional pode acabar por impor diferentes soluções para a abrangência dos serviços públicos. Como ensina Barroso, a norma deve ser interpretada diante da realidade fática do seu tempo, adstrita aos *valores e objetivos* do próprio Estado, delineados pela Constituição¹³⁹. Tal situação, por óbvio, não permite que o intérprete faça as vezes de legislador, deturpando a legislação posta. Trata-se, evidentemente, de interpretar-se a norma, e não de recriá-la, sob pena de quebra da separação de Poderes e da própria ordem constitucional.

Não se pode, repita-se, ignorar que a concepção de serviço público evolui no tempo, devendo atualmente ser compreendida dentro desse cenário de subsidiariedade do Estado, tão bem caracterizado por Cassagne¹⁴⁰. Aliás, nada obsta que o atual paradigma de Estado

¹³⁹ Apesar de valiosas as lições de Barroso (2015, p. 160-161) no campo da interpretação e aplicação das normas constitucionais, o autor por vezes concebe exagerado poder e arbítrio ao intérprete, como se denota da seguinte passagem: “À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”. As considerações do autor poderiam dar margem a rupturas constitucionais demasiadamente sérias e impactantes, em afronta à separação dos Poderes, tudo sob a justificativa da proteção à democracia, ética e justiça. Em suma, a posição de Barroso é terreno fértil para o ativismo jurídico, por vezes demasiadamente irresponsável.

¹⁴⁰ É o pensamento de Cassagne (1994, p. 109): “El principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, como así también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos”.

(regulador e subsidiário) sofra modificações nas próximas décadas diante de novos desafios da sociedade, retornando o pêndulo para a essencialidade das estruturas públicas, não nos exatos moldes do pós Segunda Guerra Mundial, mas em um cenário onde o Estado atrai para si obrigações que, atualmente, tem delegado para a iniciativa privada (como é o caso de alguns serviços em regime de monopólio natural).

A definição de serviço público (e a forma como é prestado) jamais será estaque. A realidade social e econômica, alinhada a questões políticas, culturais e tecnológicas, importarão na constante evolução do conceito de serviço público, inclusive a permitir que seu regime jurídico sofra variações, para melhor adaptar-se às demandas da sociedade. Nas palavras de Medauar, a ordem estabelecida na Constituição vigente em relação aos serviços públicos “pode perfeitamente vir a mudar no futuro, do mesmo modo que já não é a mesma que existiu no passado”¹⁴¹.

E o conceito de serviço público está intrinsicamente ligado à concepção do próprio Estado, como vislumbrado no decorrer das chamadas *crises no conceito de serviço público*, na medida em que critérios como essencialidade, interesse público e comodidade materiais também são suscetíveis de sofrerem variações¹⁴².

Por isso, precisa a observação de Moreira Neto ao enfatizar a existência de *tendências* em torno da matéria. A primeira, segundo o autor, seria a “diminuição de importância da titularidade do serviço”. A segunda, a “abertura de espaços de competência”, ampliando o número de prestadores aptos a desenvolver determinada atividade em regime concorrencial, a exemplo do uso das licenças e autorizações de serviços públicos em contraponto ao regime das concessões (regime contratual), situação já vivenciada no campo de inúmeros dos serviços públicos elencados no art. 21 da Constituição Federal¹⁴³.

¹⁴¹ Medauar, 1995, p. 31.

¹⁴² Na discussão de qual o melhor modelo de Estado, compactuamos com a visão sempre lúcida de Freitas (1997, p. 33), ao defender a necessidade de “um Estado essencial, sem significar um Estado reduzido. Ao revés, longo do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais”.

¹⁴³ Moreira Neto, 2005, p. 15. Prossegue o autor (2005, p. 16): “O importante é que os valores da coesão e da solidariedade social e, para promovê-los, a presença do Estado, continuam sendo, tanto quanto na época de DUGUIT e de JÈZE e do conceito clássico, a razão de ser da teoria do serviço público, não importando que novas denominações se lhes atribuam.”.

Levando em conta o exposto, pode-se definir *serviço público* como sendo *as atividades de cunho prestacional (comodidades materiais) definidas na legislação como de responsabilidade do Estado, fruível individualmente pelo cidadão ou genericamente pela coletividade, que pode prestá-las diretamente ou através de seus delegatários, mediante regime jurídico público e específico, para o fim de propiciar coesão e solidariedade social diante dos valores e objetivos assegurados pela Constituição.*

E por coesão e solidariedade social (ou interdependência social, reportando-se à terminologia adotada por Duguit), compreende-se como a necessidade de o poder público proporcionar à coletividade, direta ou indiretamente, determinados serviços essenciais para a consecução dos direitos assegurados pelo Estado, inerentes aos próprios valores e objetivos daquela sociedade. Tratam-se de serviços de alta relevância pública e relacionados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, sendo do interesse da sociedade que todos se valham desses serviços, de forma gratuita ou, ao menos, sob tarifas públicas (ou taxas) módicas.

Portanto, eliminam-se da definição de serviço público ora proposta as funções públicas de cunho meramente administrativo, de fomento ou correlatos à soberania nacional, assim como as atividades de polícia administrativa e de natureza legislativa e judiciária.

Em contrapartida, inclui-se no conceito proposto aqueles serviços *uti universi*, não passíveis de individualização por parte do Estado, usufruídos de maneira coletiva e indiscriminada pela sociedade, a exemplo do que ocorre com os serviços de drenagem pluvial, varrição pública e iluminação pública. Nada impede que sejam caracterizados como serviço público, posição que diverge do pensamento de Bandeira de Mello e Aragão, por exemplo. E isso porque o regime jurídico de fato desses serviços é necessariamente o mesmo em relação às atividades individualizáveis (serviços *uti singuli*), na medida em que a única marca que os distingue é a impossibilidade destes (os serviços *uti universi*) serem custeados através de taxa ou tarifa pública. Ocorre que dois pontos aqui merecem reflexão. O primeiro, no sentido de que não é obrigatória a remuneração dos serviços divisíveis (*uti singuli*) por parte do Estado, de modo que se ofertados gratuitamente acabam por incorrer no mesmo regime jurídico dos serviços *uti universi*. O segundo ponto diz respeito à possibilidade dos serviços *uti universi* também serem objeto de delegação por parte do Estado, mediante o regime das concessões administrativas

(Lei federal nº 11.079/2004), de modo novamente demonstra-se a identidade de regime jurídico nos serviços *uti singuli* e *uti universi*.

Também se inclui no conceito de serviço público os chamados serviços sociais (serviços não privativos/exclusivos do Estado, como saúde, educação, assistência social e previdência social). Isso porque, apesar de não serem privativos do Estado, sua prestação é ofertada sob as mesmas regras jurídicas daquelas ofertadas às atividades tipicamente enquadradas como serviços públicos (abastecimento de água, transporte coletivo de passageiros, fornecimento de energia elétrica, etc). A distinção presente entre essas atividades (titularidade compartilhada no caso dos serviços sociais) não é suficiente para acarretar-lhe um regime jurídico próprio, na medida em que devem ser ofertados pelo Estado sob as mesmas condições e regras jurídicas.

Por sua vez, a aplicação de um regime jurídico público aos serviços públicos é corolário da sua própria existência, isto é, sempre que determinada atividade for definida por lei como serviço público, a aplicação do regime jurídico público mostra-se automática e indelével. Dito de outra forma, a definição de determinada atividade econômica como serviço público torna imprescindível a adoção de um regime jurídico diferenciado, caracterizado pela observância de princípios e regras especiais, não atinentes ao regime constitucional prevaletente às atividades econômicas (art. 170 e 173 da CF). Regem o regime jurídico dos serviços públicos os princípios da universalidade de acesso, modicidade das taxas ou tarifas públicas, quando remunerados; continuidade, regularidade, atualidade, eficiência, cortesia e transparência¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Gordillo aponta que o regime jurídico de direito público deve assegurar quatro elementos centrais ao funcionamento dos serviços públicos. Generalidade, uniformidade, regularidade e continuidade, sendo este último o mais relevante. Cita-se passagem que ilustra o pensamento do autor (2013, p. 401): “En razón de que trata de satisfacer una necesidad pública, el servicio público debe estar dotado, se afirma entonces, de “medios exorbitantes al derecho común,” es decir, de un régimen de derecho público que asegure la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo. (...) En efecto, de estos cuatro caracteres que hacen al funcionamiento del servicio público, el más importante es el de la continuidad, el cual no significa que la actividad sea ininterrumpida, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente. La continuidad del servicio público reside, pues, en que se satisfaga oportunamente - sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate - la necesidad pública. En los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc., la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de la enseñanza

Ressalta-se, desde já, que a definição de serviço público acima adotada não afasta a necessidade de que sua aplicação se dê com acuidade e atenção, especialmente, porque, como já reiterado em mais de uma vez, a Constituição Federal adota critério polissêmico no uso da expressão serviço público ao longo do seu texto, assim como se observará ao abordar-se a abrangência e o escopo da gestão associada de serviços públicos (art. 214 da CF).

1.2 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS PELO ESTADO

Delimitado o que seja serviço público, diferenciando-se de suas figuras afins, importa esclarecer que o mesmo pode ser prestado de diversas formas, cada qual com peculiares jurídicas próprias, mas sempre com uma identidade comum, atrelado ao regime jurídico que envolve a prestação dos serviços públicos.

Assim, a natureza jurídica de serviço público jamais se perderá enquanto a lei assim o dispuser, independentemente de quem seja o efetivo prestador dos serviços de titularidade da pessoa política (órgão da administração direta, entidade da administração indireta ou particular). Enquanto a lei reconhecer que determinada atividade é serviço público, estará ela adstrita às regras e aos princípios que regem a matéria, tal como a delegação mediante prévio processo licitatório (art. 175 da CF) ou a necessidade de observância dos princípios da universalidade, generalidade, cortesia e eficiência.

E as formas de prestação dos serviços públicos pelo Estado tem sofrido profundas alterações nas últimas décadas. A atual dinâmica do Estado contemporâneo, com a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e a diminuição da sua participação como prestador direto de serviços públicos não passou despercebido pela doutrina especializada. Esse movimento deu ensejo ao que a doutrina designou de segunda crise do serviço público, como já analisado, e que vem sendo objeto de constantes críticas e modificações¹⁴⁵.

É o pensamento de Moreira Neto, que, ao analisar o cenário dos serviços públicos na comunidade europeia, conclui no sentido de existir

primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones”.

¹⁴⁵ Sobre o tema e as novas concepções de serviço público na Europa, remete-se o leitor aos trabalhos de López e Gulías (2015, p. 73-94) e Manuel Arenilla Sáez (org) (*Crisis y reforma de la administración pública*. A Coruña: Netbiblo, 2011).

um processo de crescente “repúdio aos monopólios, aos privilégios estatais e até à manutenção das prestações de serviços públicos em mãos do Estado”. Na visão do autor, “estas práticas são consideradas como sérios obstáculos à livre circulação de pessoas, de bens e de serviços e, por tanto, antagônicos a esta ideia matriz da integração europeia”¹⁴⁶.

Na mesma linha, Modesto discorre que o Direito Administrativo brasileiro passa por uma via *expansiva*, na medida em que de um lado continua assegurando direitos ao cidadão, como tradicionalmente o fez, e de outro amplia suas relações com o particular na oferta de *serviços de relevância pública*¹⁴⁷ através de entidade privadas sem fins lucrativos, mediante financiamento público direto (parcerias sociais e econômicas)¹⁴⁸.

Deveras, desde a reforma do Estado iniciada no Governo Fernando Collor¹⁴⁹, mas com especial ênfase no Governo de Fernando Henrique Cardoso, percebe-se dois movimentos crescentes na concepção do Estado brasileiro. O primeiro, o avanço do Estado-regulador, ou seja, o alargamento das funções regulatórias da administração pública, com o intuito de disciplinar o mercado. O segundo, caracterizado pelo processo de desestatização do Estado, marcado ora pela transferência de responsabilidade ao particular para a prestação de serviços públicos (sob diferentes regimes jurídicos, a exemplo da concessão, permissão e das parcerias sociais), ora pela opção realizada pelo Estado de não prestar determinados serviços públicos em preferência ao regime da autorização (como é o caso do setor de telecomunicações e geração de energia elétrica, entre outros constantes do art. 21, XI e XII da CF).

Para Erthal de Carvalho, verifica-se atualmente um fenômeno multifacetado, no qual a mesma atividade pode ser desempenhada diretamente pelo Estado, transferida à iniciativa privada sob o regime de direito público (concessão e permissão) ou prestada pela iniciativa privada. Defende, a autora, posição no sentido de que todos os serviços com alguma essencialidade ou relevância para o corpo social devam ser regulados pelo Estado, podendo sua atuação dar-se de diferentes formas,

¹⁴⁶ Moreira Neto, 2005, p. 11-12.

¹⁴⁷ Para Modesto (2011, p. 33), “são atividades de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso.”

¹⁴⁸ Modesto, 2011, p. 26-27.

¹⁴⁹ Plano Nacional de Desestatização – PND, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente objeto de inúmeras alterações.

sem que seja necessário se reservar ao Poder Público certos serviços, posto que “o mais fundamental é a prestação adequada e satisfatória (finalidade) e não, de fato, o ente ou agente que a realiza (meio para se atingir determinada finalidade)”¹⁵⁰.

Este é o ponto que por vezes passa despercebido, e bem destacado por Erthal de Carvalho. Mais relevante que a discussão em torno de qual o melhor modelo de prestação de atividades com alguma carga de essencialidade e relevância pública (se pelo Estado, ou pelo particular), é o Estado de fato proporcionar medidas para que tais serviços sejam ofertados com qualidade, eficiência e a preços acessíveis à sociedade, inclusive assegurando a universalidade de acesso mediante políticas públicas (subsídio direto ou indireto, isenções, etc). A melhor solução deverá ser analisada em relação a cada atividade, mensurando-se sua essencialidade, natureza (regime de monopólio natural ou concorrencial), os investimentos necessários e a disponibilidade dos particulares ofertarem tais atividades sem prejuízo do efetivo acesso aos usuários. E essa reflexão varia de Estado a Estado, de atividade à atividade.

Nesse sentido, são variadas as modelagens passíveis de o Estado valer-se para fins de assegurar à sociedade a oferta de determinados serviços que gozam de alta relevância pública, atinentes a comodidades atreladas à concepção da dignidade da pessoa humana. De qualquer forma, sempre que a lei definir determinada atividade como serviço público, sua prestação estará adstrita ao regime de direito público, seja quando prestado diretamente pelos órgãos ou entidades da administração indireta, seja quando prestados por particulares.

1.2.1 Prestação centralizada

Dar-se-á a prestação centralizada quando o poder público prestar os serviços públicos de forma direta, isto é, através dos seus órgãos que compõe a administração pública direta. Aqui, a própria pessoa política, mediante sua estrutura orgânica é quem oferta os serviços públicos à sociedade. Confundem-se, assim, a figura do titular dos serviços públicos com a do prestador.

Essa prática é pouco utilizada pela administração pública em relação aos serviços públicos com cunho econômico, que comportam remuneração por parte do particular, sendo, nesse caso, preferível a criação de entidade específica componente da administração pública indireta (v.g., uma autarquia, empresa pública ou sociedade de economia

¹⁵⁰ Erthal de Carvalho, 2013, p. 128-129.

mista) ou a delegação a terceiros mediante celebração de contrato administrativo.

1.2.2 Prestação descentralizada

Diz-se que há prestação descentralizada quando os serviços públicos são ofertados por pessoa jurídica distinta daquela titular dos serviços públicos (pessoa política componente da Federação), ou seja, por entidade com personalidade jurídica própria criada pelo Estado ou por particulares, mediante relação negocial.

No caso, o Estado descentraliza a execução (responsabilidade) pela prestação dos serviços públicos, sem, contudo, desonerar-se da competência (irrenunciável) de titular dos serviços¹⁵¹. Assim, por mais que delegue a execução dos serviços públicos a terceiros, sempre a pessoa política titular dos serviços poderá retomar tal mister, valendo-se da sua competência e prerrogativa de definir de que maneira devem ser ofertados tais serviços à sociedade. Por derradeiro, jamais o Estado delegará a titularidade dos serviços, mas tão somente a responsabilidade de prestá-los aos cidadãos¹⁵².

¹⁵¹ Nesse sentido, Carvalho Filho (2016, p. 364): “Os serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas, na forma pela qual a Constituição procedeu à partilha das competências constitucionais. Essa titularidade, retratando, como retrata, inequívoca expressão de poder político e administrativo, é irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa. Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão somente a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade. O que muda é apenas o instrumento em que se dá a delegação: numa hipótese, o instrumento é a lei (que, além de delegar o serviço, cria a entidade que vai executá-lo), enquanto na outra é um contrato (concessões ou permissões de serviços públicos para pessoas já existentes). Mas em ambos os casos o fato administrativo é, sem dúvida, a delegação.”

¹⁵² Em sentido contrário é a posição de Aragão, que se manifesta pela possibilidade de delegação da titularidade dos serviços públicos às entidades com personalidade jurídica de direito público. Cita-se pensamento do autor (2017, p. 422): “Na forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga ou delegação, a entidade da Administração Indireta ou a particular. Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou não (basicamente concessionários ou permissionários), a transferência será apenas da execução do serviço.”

Esse ponto é de extrema relevância. A descentralização dos serviços públicos não desincumbe a administração pública direta do ônus de controlar e fiscalizar a efetiva prestação dos serviços públicos. O Estado não se liberta de tal mister através da descentralização dos serviços. Daí a relevância das agências de regulação, aptas a desempenharem o papel estatal de controle e fiscalização dos serviços públicos prestados à sociedade.

Duas são as formas de descentralização de serviços públicos. A primeira, por lei, com a criação de nova pessoa jurídica pelo Estado. A segunda, negocial, mediante a celebração de contrato administrativo. Passa-se a análise de cada uma delas.

1.2.2.1 Descentralização legal

No caso da *descentralização legal*, chamada por parcela da doutrina de delegação legal ou descentralização por outorga, o Estado cria ou autoriza a criação por lei de nova pessoa jurídica para a prestação de serviço público, no caso, uma autarquia, fundação pública, sociedade de econômica mista ou empresa pública. Compreende-se que os consórcios públicos, de direito público ou privado, também se inserem aqui quando criados com o fim de ofertar serviços públicos aos cidadãos.

Deveras, tratam-se das pessoas jurídicas que compõem a administração indireta, responsáveis por atividades especificadas por lei e que buscam proporcionar melhores condições para a oferta de serviços públicos. É o caso de inúmeras entidades comumente designadas de *estatais* no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios, criadas para a prestação de serviços públicos de competência da pessoa política titular dos serviços e instituidora dessas entidades.

1.2.2.2 Descentralização negocial

Ao contrário da descentralização por lei, casos existem em que o Estado delega a execução dos serviços a terceiros mediante celebração de contrato administrativo, ou seja, mediante relação negocial.

As situações mais tradicionais e comuns de descentralização negocial dizem respeito às concessões e permissões de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Nesse cenário, os concessionários ou permissionários prestam serviço público, por sua conta e risco, remunerados por tarifa pública, mas vinculados, ao menos quanto à *atividade-fim* (a prestação do serviço propriamente dita), ao

regime de direito público¹⁵³. As concessões e permissões de serviço público devem sempre ser precedidas de processo licitatório e tem na Lei federal nº 8.987/1995 seu principal marco jurídico¹⁵⁴.

Da mesma forma, a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, rege as chamadas parcerias público-privadas, também aptas à prestação de serviços públicos pelo Estado mediante relação negocial, nas modalidades de concessão administrativa e concessão patrocinada¹⁵⁵. Trata-se de modelo muito próximo ao das concessões tradicionais (comuns), mas com peculiaridades que dizem respeito ao compartilhamento de riscos com o poder público (parceiro público), ao regime especial de remuneração do contratado (parceiro privado) e às garantias especiais de pagamento ao contratado referente à contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado¹⁵⁶.

Importante aqui a ressalva no sentido de não ser impeditivo à administração pública, sob determinadas condições autorizadas por lei, e com respaldo na Constituição, autorizar que terceiros exerçam a mesma atividade titularizada ao Estado, *não na qualidade de serviço público*, mas como atividade econômica, por razões de interesse público e de busca

¹⁵³ Tal afirmação não impõe a adoção integral e absoluta de todo o regime de direito público aos concessionários e permissionários de serviço público, sejam eles integrante da administração pública indireta ou particulares. Como exemplo, um grupo privado detentor de contrato de concessão de serviços de abastecimento de água não necessita licitar os insumos para a prestação do mencionado serviço público, diferentemente do que ocorre com uma autarquia municipal responsável pela prestação do mesmo serviço público. Da mesma forma, as estatais públicas estão vinculadas ao regime híbrido estabelecido pela Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Em todas as hipóteses acima ventiladas, tem-se em comum a aplicação dos princípios gerais de direito público, inerentes à prestação do serviço público (modicidade tarifária, universalidade, continuidade, atualidade, entre outros).

¹⁵⁴ Sobre o regime das concessões e permissões de serviço público, remete-se o leitor para as excelentes obras de Guimarães (2012), Justen Filho (2003) e Moreira (2010).

¹⁵⁵ Lei federal n. 11.079/2004, Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é 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.

¹⁵⁶ Sobre as parcerias público-privadas e seu regime jurídico, remete-se o leitor às obras de Marques Neto e Schirato (2011), Dal Pozzo *et al* (2014) e Braz da Silva (2016).

pelo regime concorrencial (como ocorre no setor de telecomunicações atualmente). Nesse caso o particular prestará os serviços sob as regras do direito comum (art. 170 da CF), não se confundindo com os concessionários e permissionários de serviço público.

Essa temática é bem exposta por Binenbojm, ao analisar o regime da autorização prevista no setor de transporte coletivo de passageiros. Para o autor, o poder público detém espaço de livre conformação outorgado pela Constituição Federal para definir, em relação a determinados serviços públicos, se os mesmos serão prestados pelo Estado (diretamente ou indiretamente), ou autorizados para que particulares os explorem como atividade econômica¹⁵⁷.

O que importa ressaltar é que o regime das autorizações, previsto especialmente no art. 21 da Constituição Federal, não importa em delegação para terceiros da prestação de serviços públicos, isto é, não se confunde com os regimes da concessão e permissão de serviço público, regidos pela Constituição Federal (art. 175) e por lei específica (Lei nº 8.987/1995). É o caso dos serviços de telecomunicação, radiodifusão sonora, energia elétrica, navegação aérea, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário, entre outros listados no art. 21, XI e XII da Constituição Federal, que comportam serem ofertados à sociedade nesse duplo viés jurídico: ora como serviço público, ora como atividade econômica. Tudo a depender de previsão em lei e motivos a justificar essa modelagem jurídica, que, por óbvio, deverá preservar os princípios da impessoalidade e transparência¹⁵⁸.

Além das concessões e permissões de serviço público, outras modalidades de prestação dos serviços públicos foram desenvolvidas com o fim de instrumentalizar o Estado de arranjos jurídicos das mais diversas

¹⁵⁷ Binenbojm, 2017, p. 503. É o pensamento do autor: “Com efeito, dentro desse espaço de livre conformação aberto pelo constituinte, compete ao legislador verificar, em cada caso, qual é o instrumento mais adequado para delegar ao particular a exploração do serviço (por meio de concessão ou permissão) ou para autorizar sua exploração como atividade econômica em sentido estrito (por meio de *autorização*). Aliás, tanto é assim que o modelo de *autorização* para a delegação dos serviços descritos no art. 21, XI e XII, da CF é comum no ordenamento jurídico brasileiro e se verifica, por exemplo, no regime de telecomunicações, de energia elétrica e de portos, setores em que vigora um modelo de *assimetria regulatória*, caracterizado pela convivência harmônica entre alguns prestadores sob regime de serviço público e outros prestadores sob regime de atividade econômica em sentido estrito.”

¹⁵⁸ Para aprofundamento do complexo tema envolvendo o regime das autorizações, inclusive com opiniões favoráveis e divergentes das ora lançadas, remete-se o leitor aos recentes estudos de Aragão (2017. p. 544-548) e Nester (2017, p. 108-128).

naturezas e formatações possíveis, no intuito de disponibilizar instrumentos jurídicos aptos à adequada prestação dos serviços públicos frente às realidades e dificuldades vivenciadas.

É o caso das parcerias sociais, surgidas na década de 90 e que também se apresentam como forma diferenciada do Estado ofertar relevantes serviços aos seus cidadãos, mediante contratualização (i) com as *organizações sociais de contrato de gestão*, sob regime da Lei federal nº 9.637, 15 de maio de 1998, e (ii) com as *organizações da sociedade civil de interesse público de termo de parceria*, sob o regime da Lei federal nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Mais recentemente, com o advento da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, deu-se o regramento do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a celebração de *termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação*.

Como visto, muitas são as formas de prestação dos serviços públicos pelo Estado, variando dos modelos centralizados aos descentralizados, sendo cada vez mais comum a participação da iniciativa privada como prestadora de serviços públicos. Esta fuga para o direito privado não pode ser vista com pré-conceitos. Em si, não é boa, nem má. Não existe um melhor regime jurídico em relação à prestação de serviços públicos. Se de um lado a experiência tem mostrado que o poder público tem imensas dificuldades para ofertar serviços públicos com qualidade, universalidade, eficiência e economicidade, de outro, a história recente também já desnudou o caráter nefasto da iniciativa privada quando ausentes os controles e a fiscalização por parte dos órgãos de controle e da própria sociedade, redundando em escândalos de corrupção e gigantescos prejuízos financeiros.

Enfim, não há equação perfeita, acabada. Compete a cada Estado definir a melhor forma de prestação dos serviços públicos frente à realidade jurídica e econômico-social de cada sociedade, inclusive em relação a cada serviço público. Vejam-se os *déficits* de qualidade, eficiência e universalidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil¹⁵⁹. Não há como afastar, aqui, o uso das

¹⁵⁹ Pesquisa divulgada em 2018 pelo Instituto Trata Brasil, tomando-se como base os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) para o ano de 2016 e publicados pelo Ministério das Cidades, revela que 83,3% da população era abastecida com água potável, o que quer dizer que 35 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso ao serviço. Quanto à coleta de esgoto, 51,9% da população tinha acesso

concessões e parcerias público-privadas para a alavancagem dos investimentos necessários para a universalização e melhoria do setor, de vital relevância para o desenvolvimento do país. Mas há que se investir em controle e fiscalização, com o aperfeiçoamento do modelo das agências reguladoras, infelizmente ainda fortemente contaminadas pelo clientelismo político-partidário.

Por isso a relevância do ordenamento jurídico prever diferentes modalidades de prestação de serviços, cada qual como características e especificidades próprias, aptas a melhor equacionar a realidade de cada serviço público a ser ofertado pelo Estado.

1.3 A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Assim como os serviços públicos podem ser ofertados pelo Estado sob diferentes formas, seu financiamento também pode variar conforme a política pública adotada em torno da sua prestação. Questões afetas à essencialidade do serviço público (correlato à dignidade da pessoa humana), ao nível socioeconômico dos cidadãos e à disponibilidade orçamentária são fatores diretamente ligados à definição da maneira como serão custeados os serviços públicos.

Dessa forma, existem serviços públicos *gratuitos* e *remunerados*, assim como a remuneração poderá dar-se através de taxas, tarifas públicas (preços públicos) ou através de sistema híbrido (tarifa pública mais contraprestação do poder público), a exemplo do que ocorre nas parcerias público-privadas.

1.3.1 Pelo orçamento geral

Nada obsta que o Estado, como política pública para determinado serviço público, abstenha-se de implementar regime remuneratório para prestação de serviços públicos aos cidadãos. Dito de maneira direta, pode o Estado ofertar gratuitamente serviços públicos, custeados pelas receitas orçamentárias.

É o que ocorre tradicionalmente com os serviços indivisíveis, prestados *uti universi*, a exemplo da educação e saúde, prestados

ao serviço em 2016, de modo que mais de 100 milhões de pessoas utilizavam medidas alternativas para lidar com os dejetos, o que em grande parte reflete no despejo do efluente diretamente nos mananciais de água. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking-2018/realatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2018.

gratuitamente pelo Estado, sem qualquer ônus ao cidadão. Nesse caso, os custos do serviço são arcados pelo orçamento geral, advindos em regra da cobrança dos impostos.

Sem prejuízo, as receitas orçamentárias também podem subsidiar, total ou parcialmente, o custeio dos serviços divisíveis e específicos, aptos a serem financiados por taxa ou tarifa pública, conforme o caso. Isso por ocorrer, como lembra Carrazza¹⁶⁰, no intuito de torná-los mais acessíveis aos cidadãos, em especial diante daquelas atividades com alto grau de essencialidade e correlatas à dignidade da pessoa humana.

1.3.2 Pela cobrança de taxa

A remuneração de serviços públicos ofertados pelo Estado é matéria que, de longa data, provoca discussões na doutrina e jurisprudência, em especial diante da dicotomia existente entre as taxas (regime jurídico-tributário) e as tarifas públicas (regime jurídico-administrativo). Como elucida Coêlho, “trata-se de uma das esquinas da tributarística, onde o estudioso fica perplexo sobre o caminho a seguir.”¹⁶¹.

Deveras, os serviços públicos prestados pelo Estado ganharam, nas últimas décadas, regramentos jurídicos específicos, detalhando a forma de prestação dos mesmos pelo poder público, as especificidades técnicas de qualidade e eficiência e os direitos e deveres dos cidadãos (usuários/contribuintes). É o caso, por exemplo, dos serviços de energia elétrica (Lei nº 9.427/1996, entre outras), de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007) e de transporte coletivo de passageiros (Lei nº 12.587/2012), que impuseram regimes jurídicos distintos e peculiares à realidade de cada setor.

¹⁶⁰ Discorre Carrazza (2008, p. 561): “Não é por outro motivo que muitos autores ressaltaram que os impostos servem para custear os serviços públicos indivisíveis, destinados indistintamente a toda a coletividade e, nesta medida, usufruíveis *uti civis* (segurança pública, defesa nacional, iluminação pública etc.). Esta colocação, além de não ser jurídica, nem sempre é correta, já que, de uns tempos a esta parte, serviços públicos divisíveis, considerados fundamentais ao desenvolvimento da coletividade, estão sendo prestados a preços mínimos, com o fito de torná-los acessíveis a todos. Para cobrir-lhes os custos tem-se recorrido a outras entradas, dentre as quais merecem destaque as provenientes dos impostos. De fora a parte estas considerações, a correlação entre o serviço público indivisível e o imposto não tem qualquer relevância para o direito tributário, que não se ocupa com a destinação do produto da arrecadação do tributo, mas com a relação jurídica que se instaura entre a pessoa política e o sujeito passivo.”

¹⁶¹ Coêlho, 2012, p. 401.

A instituição da taxa tem regramento constitucional no art. 145, II, que fixa as suas hipóteses de incidência tributária: (i) pelo exercício do poder de polícia ou (ii) pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Assim, as taxas, além de financiarem serviços públicos, podem ser instituídas com o fim de remunerar as atividades de polícia administrativa.

A matéria será analisada em detalhes no Capítulo IV. Por ora, importante estabelecer que as taxas, como espécie tributária, estão subordinadas aos princípios que regem o sistema constitucional tributário, em especial a legalidade tributária (art. 150, I da CF), a anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF) e a noventena (art. 150, III, “c”, da CF). Assim, a criação e majoração das taxas dá-se através de lei ordinária, cuja eficácia (exigibilidade tributária) está postergada para o exercício vindouro, com respeito ao prazo mínimo de noventa dias a contar da publicação da lei que instituiu ou majorou o tributo.

1.3.3 Pela cobrança de tarifa pública

Há certa convergência da doutrina em caracterizar as tarifas públicas como *espécie de preço público*¹⁶², adstrita à remuneração de

¹⁶² No Brasil, inexistente definição em lei do que seja preço público. Diferentemente das taxas (de natureza *ex lege*), a doutrina tradicionalmente impõe aos preços públicos a característica de *relação contratual*, alheia ao regime jurídico tributário e concatenada à contraprestação pecuniária devida ao Estado em decorrência do uso e venda de bens públicos e pelo exercício de determinadas atividades. Entretanto, o tema é repleto de divergências. Ataliba (1992, p. 142) afirma que “preço é a contraprestação de uma prestação contratual livremente fixada entre partes iguais”, jamais apta a remunerar a prestação de serviços públicos. Nesse ponto, Ataliba segue as lições de Greco, no sentido de serem inconciliáveis os conceitos de preço e serviço público, pois aquele é expressivo de atividade desenvolvida para a satisfação de interesse público secundário, ao passo que este decorre de típica atuação tendente a satisfazer interesse público primário (Ataliba, 1992, p. 147). Já para Nascimento (1977, p. 8), preço público é a “quantia que representa pagamento pela utilização e consumo de serviço ou produto, de natureza comercial ou industrial, que o Estado fornece, ou ainda, representa pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial”. Tácito (1997, p. 799) afirma que os preços públicos e as taxas “correspondem à propiciação de bens ou serviços divisíveis e caracterizados”, mas diferem porque aqueles “equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude do ato direto de uso ou aquisição”, ao passo que as taxas “pressupõe(m) a obrigatoriedade e dispensam a utilização efetiva”. Vê-se que inexistente sintonia na doutrina em relação do que seja *preço público*, assim como as situações abarcadas em

serviços públicos divisíveis e específicos, prestados pelo Estado ou por seus delegatários mediante contrato administrativo (concessionários e permissionários de serviços públicos).

Ganha especial relevo o tema no âmbito do art. 175 da Constituição Federal, com a disciplina dada pela Lei federal nº 8.987/1995, que estabelece o regime das concessões e permissões de serviço público no país. Aqui, apesar de inexistir conceito de tarifa pública, pode-se traçar as linhas centrais desse instituto jurídico, a exemplo da sua natureza contratual, apta a remunerar a prestação de determinado serviço público para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, a tarifa pública é a contraprestação pecuniária paga pelo usuário de determinado serviço público para financiar a prestação daquele mesmo serviço. Há, aqui, correlação direta entre o montante estabelecido de tarifa pública e o custo necessário para a oferta do serviço público (amortização do investimento, custeio operacional, margem de lucro etc).

Ademais, as tarifas públicas podem ser importante mecanismo de execução de políticas públicas¹⁶³, por intermédio da instituição de subsídios tarifários (diretos e indiretos) ou fiscais, a permitir que toda a sociedade possa usufruir dos serviços públicos, inclusive os cidadãos de baixa renda. Por isso ilustrativa a designação do Capítulo IV da Lei federal nº 8.987/1995 (*Da Política Tarifária*), posto que as tarifas públicas não são concebidas mediante a simples relação entre despesa e receita. Por trás da concepção de uma política tarifária estão inseridos elementos como equilíbrio financeiro, disponibilidade dos recursos naturais, controle da saúde pública, justiça social e dignidade da pessoa humana.

Daí a relevância do conceito de modicidade tarifária, compreendida como a prática de tarifas públicas justas e aptas a serem adimplidas pela integralidade dos usuários, a fim de viabilizar seu uso por toda a sociedade. Justen Filho, de modo apropriado, conclui que a modicidade tarifária representa “não apenas a menor tarifa possível sob o prisma econômico, mas também o seu dimensionamento, de modo a assegurar o acesso dos usuários a serviços essenciais.”¹⁶⁴.

torno do seu conceito jurídico, diferentemente do que ocorre com as *tarifas públicas*, devidamente delineadas pela dogmática e com sentido próprio e delimitado.

¹⁶³ Nesse sentido as lições de Câmara (2005, p. 77), para quem “A escolha do regime tarifário a ser adotado depende de uma decisão política; não é uma mera aplicação de dados objetivos, que visem unicamente à fixação de um preço justo para a prestação de um dado serviço. É, antes disso, um fundamental instrumento de implementação de políticas públicas”.

¹⁶⁴ Justen Filho, 2013, p. 748.

Os serviços públicos objetivam a coesão e a solidariedade social, o que pressupõe seu efetivo uso pelo cidadão, diante da relevância para o Estado (como é o caso dos serviços de coleta e tratamento do esgoto sanitário ou o manejo dos resíduos sólidos urbanos). A modicidade tarifária nada mais representa que desdobramento da essencialidade dos serviços públicos.

Nesse prisma, Guimarães conceitua a tarifa pública como “preço-contrapartida arcada pelo usuário na esfera da relação jurídica contratual que trava com o prestador-concessionário, mas é também preço-regulado e controlado pelo poder público”¹⁶⁵, haja vista tratar-se de prestação de serviço público, o que atrai regime jurídico próprio.

Deveras, as tarifas públicas, especialmente no ambiente das concessões e permissões de serviços públicos, guardam atualmente forte regulação por parte de organismos do Estado criados especialmente para tal fim (as agências reguladoras). É bem verdade que alguns serviços públicos ainda são prestados em ambiente não regulado, a exemplo dos serviços de transporte público coletivo municipal de passageiros, onde inexistem, salvo raras exceções, transparência e controle na composição das tarifas públicas¹⁶⁶.

De qualquer forma, o foco de interesse é a concepção das tarifas públicas como instrumento de remuneração dos concessionários e permissionários de serviços públicos, apto a remunerá-los pelos custos e investimentos realizados. O Estado também se vale desse regime jurídico para tal fim, a exemplo da instituição de tarifas públicas de água e esgoto por parte das autarquias municipais, empresas públicas e sociedades de economia mista. Já no setor elétrico, também são cobradas tarifas públicas pelas concessionárias estaduais de energia (concebidas sob a forma de sociedades de economia mista), antes mesmo do advento do marco regulatório setorial, quando da criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Da mesma forma ocorre com os serviços postais e de telegrama, prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, remunerados através de tarifas públicas e outros preços públicos¹⁶⁷.

Vê-se, portanto, que, apesar da doutrina tradicionalmente vincular as tarifas públicas à remuneração dos serviços públicos delegados (art.

¹⁶⁵ Guimarães, 2012, p. 180.

¹⁶⁶ Já existem experiências positivas no controle das tarifas públicas de transporte coletivo municipal de passageiros, a exemplo da desenvolvida pela Agência Intermunicipal de Regulação do Médio Vale do Itajaí (AGIR), com sede em Blumenau/SC.

¹⁶⁷ Conforme art. 32 e seguintes da Lei federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978.

175 da CF), inexistente restrição para que o próprio Estado, diretamente ou por meio da Administração indireta, institua tal regime de remuneração, como restará melhor abordado no Capítulo IV quando do enfrentamento do tema envolvendo a dicotomia entre taxa e tarifa pública.

1.3.4 O regime de remuneração nas parcerias público-privadas

Situação diferenciada encontra-se no âmbito das parcerias público-privadas, nas suas duas modalidades (concessão administrativa e patrocinada). Isso porque a Lei federal nº 11.079/2004 prevê regime de remuneração diferenciado pela prestação dos serviços públicos por parte do parceiro privado, na medida em que, distintamente do que ocorre tradicionalmente nas concessões comuns (aquelas disciplinadas pela Lei federal nº 8.987/1995), haverá contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, ora como complemento às receitas tarifárias auferidas pelo contratado (concessão patrocinada), ora como única forma de remuneração pelas atividades desenvolvidas.

As concessões patrocinadas aproximam-se do modelo das concessões comuns. É o que se retira do próprio conceito legal trazido pelo art. 2º, § 1º da Lei federal nº 11.079/2004¹⁶⁸. Ambas têm como elemento central a delegação da prestação de serviços públicos (com ou sem obras públicas), passível de instituição de tarifas públicas como mecanismo de remuneração desses serviços. São modelos próximos, mas que não se confundem porque na concessão patrocinada haverá, adicionalmente à tarifa, a contraprestação do poder público em favor do parceiro privado, devidamente alicerçado em garantias e no contrato. Já nas concessões comuns, as tarifas, como regra, são aptas a remunerar os serviços. Eventuais subsídios ou repasses de recursos orçamentários são comuns, mas incertos e sempre atrelados à política pública setorial, à margem de disponibilidade orçamentária e vulnerável às questões políticas. Daí a instabilidade financeira por vezes vivenciada nas concessões comuns¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Art. 2º, § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

¹⁶⁹ É o caso das concessões de transporte municipal coletivo de passageiros, sendo frequentes as medidas paliativas por parte do poder público para enfrentar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, a exemplo de subsídios orçamentários, variáveis de ano a ano, e adstritos às questões políticas locais. É contra esse cenário que a contraprestação estabelecida na Lei federal n.

Por sua vez, as concessões administrativas caracterizam-se pela existência tão somente da contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. Tal situação é objeto de críticas por parcela da doutrina¹⁷⁰, em boa medida decorrente da novidade lançada pela novel legislação, que acabou por desbordar os conceitos tradicionais de concessão pública (delegação de serviços públicos aptos a serem remunerados por tarifa pública, portanto, divisíveis e específicos). Sem propósito as críticas então lançadas, pois as inovações trazidas pela Lei federal nº 11.079/2004, além de compatíveis com o regime jurídico constitucional, refletiam (e ainda refletem) os anseios da administração pública frente à necessidade de dar solução aos problemas contemporâneos¹⁷¹.

É bem verdade que o conceito de concessão administrativa trazido pela Lei federal nº 11.079/2004 não é feliz¹⁷², posto não esclarecer adequadamente os dois campos de atuação em relação a esta modalidade

11.079/2004 foi concebida, proporcionando maior segurança jurídica à estabilidade econômico-financeira da concessão.

¹⁷⁰ É o caso, por exemplo, de Bandeira de Mello (2013, p. 792/793), que tece críticas ao regime de remuneração estabelecido pela Lei federal n. 11.079/2004: “Dever-se-ia depreender, apesar da profunda obscuridade aludida, que, enquanto na parceria “patrocinada” o concessionário (sob a designação de parceiro privado) se remunera parte por tarifas cobradas do público e parte por pagamento que o Poder Público (sob a designação de parceiro público) lhe faz, na parceria administrativa o particular se remunera exclusivamente por ‘tarifas’ de um serviço público do qual a Administração é ‘a usuária direta ou indireta’. Ocorre que é praticamente impossível conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens. Logo, o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, *não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra* – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão. Deveras, não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe de mágica, esta qualidade. Também não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole para que tal pagamento se converta em tarifa e o dito contrato se transforme em uma concessão; assim como não bastaria chamar uma cadeira de alto-falante para poder irradiar sons por meio dela.”.

¹⁷¹ Remete-se o leitor à análise bem lançada por Marques Neto (2011, p. 11-29) em relação às novidades trazidas pela Lei federal n. 11.079/2004, oportunidade na qual afasta as principais críticas então existentes em relação às parcerias público-privadas.

¹⁷² Art. 2º, § 2º Concessão administrativa é 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.

de parceria público-privada¹⁷³. No primeiro, o objeto do contrato diz respeito à prestação de serviços à própria administração pública, esta figurando como *usuária direta* dos serviços (v.g., manutenção de um presídio ou de um prédio público), assemelhando-se ao regime de contratação de serviços previsto pela Lei federal nº 8.666/1993. No segundo, a concessão administrativa tem como objeto a delegação de serviços de competência do Estado, onde o *usuário é o próprio cidadão*, sem que haja a cobrança de tarifas públicas (seja pela sua impossibilidade, por tratar-se de serviços *uti universi*, seja por opção da própria administração pública, como política pública).

De fato, as concessões administrativas abarcam maior gama de oportunidades que as concessões patrocinadas, estas limitadas, como bem observado por Aragão, aos “serviços públicos econômicos”, ao passo que as concessões administrativas, prossegue o autor, “têm como possível objeto um leque bem mais amplo de atividades administrativas, algumas delas sequer enquadráveis no conceito de serviço público”¹⁷⁴.

Como conclusão, no âmbito da concessão patrocinada há duas fontes distintas de remuneração contratual. Uma decorrente da cobrança de tarifas públicas pelo parceiro privado perante os usuários dos serviços. Outra advinda de contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, complementando o montante necessário de receitas para fazer frente ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão¹⁷⁵. Já na concessão administrativa, a remuneração dos serviços públicos dar-se-á tão somente através da contraprestação do parceiro público em favor do particular contratado. Em ambas as modalidades, a contraprestação prevista contratualmente em favor do particular é protegida por garantias especiais¹⁷⁶, que visam dar segurança jurídica ao negócio entabulado com o poder público, o que desonera e atrai o capital privado.

¹⁷³ Nesse sentido é a posição de Freire (2014, p. 43): “De todo modo, a posição doutrinária que parece ser mais acertada é a que diferencia a concessão administrativa em dois tipos: a) a concessão administrativa de serviços ao Estado, sem delegação de serviço público; e b) a concessão administrativa de delegação de serviços públicos.”. No mesmo sentido, Porto Neto (2011, p. 140), Sundfeld (2011, p. 31), Justen Filho (2013, p. 829/830) e Guimarães (2012, p. 168).

¹⁷⁴ Aragão, 2011, p. 36.

¹⁷⁵ Lei federal n. 11.079/2004, Art. 10, § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

¹⁷⁶ Lei federal n. 11.079/2004, Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais

Assim, as concessões patrocinada e administrativa guardam peculiaridades que as diferenciam em relação às demais espécies de contrativos administrativos, especialmente diante do regime da contraprestação por parte do poder público, conforme previsto na Lei federal nº 11.079/2004, que permite a adoção de diferentes modalidades: (i) ordem bancária; (ii) cessão de créditos não tributários; (iii) outorga de direitos em face da Administração Pública; (iv) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; e (v) outros meios admitidos em lei¹⁷⁷.

Pelo texto da lei, vê-se que a contraprestação não se dá necessariamente em pecúnia, sendo permitido um arranjo mais complexo para fazer frente às receitas necessárias para o custeio das atividades do objeto da parceria público-privada. Em todas as situações, a lei veda o adimplemento da contraprestação antes da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada¹⁷⁸, salvo a realização de aportes necessários ao longo da vigência do contrato para a realização de obras ou aquisição de bens¹⁷⁹.

Assim, inovou a legislação ao prever a possibilidade do parceiro público adimplir contraprestação em favor do parceiro particular, mediante regime de garantias que extrapolam as regras inseridas nos contratos administrativos comuns. Tal cenário proporcionou à administração pública um novo instrumento jurídico capaz de viabilizar serviços até então restritos à prestação direta (centralizada) pelo Estado ou ao regime comum da Lei federal nº 8.666/1993 (contratos de curta duração e sem regime de garantias especiais de pagamento). Por isso a relevância das parcerias público-privadas, que acabam por ofertar, em conjunto com as concessões comuns, um cabedal de arranjos jurídicos e econômico-financeiros capazes de materializar relevantes investimentos

previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e VI – outros mecanismos admitidos em lei.

¹⁷⁷ Art. 6º, da Lei n. 11.079/2004.

¹⁷⁸ Art. 7º, da Lei n. 11.079/2004.

¹⁷⁹ Art. 6º, § 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

no setor de infraestrutura e de prestação de serviços afetos ao poder público¹⁸⁰.

Sem dúvida, a partir das concessões patrocinada e administrativa o poder público passou a deter importante instrumento jurídico para viabilizar projetos que envolvem a prestação de serviços e a construção de obras públicas, até então restritos a modelos jurídicos antiquados e pouco atrativos à iniciativa privada (como é o caso dos contratos de terceirização ou de simples empreitada, submetidos ao regime da Lei federal nº 8.666/1993). E após quase 15 anos de vigência da legislação, percebe-se que o principal modelo de parceria público-privada adotado pelo poder público fora o da concessão administrativa, justamente porque permite (i) a concessão de serviços que não podem ser remunerados através de tarifa pública, pois indivisíveis (*uti universi*), a exemplo da iluminação pública e limpeza urbana; e (ii) a alocação de infraestrutura e serviços destinados à própria administração pública, para o desempenho de funções de competência do Estado.

¹⁸⁰ Lembra-se que é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III da Lei federal n. 11.079/2004).

2 FEDERALISMO E GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Definido o conceito de serviço público e contornada a temática em torno da sua oferta pelo poder público, necessária a incursão sobre o alcance da expressão “gestão associada de serviços públicos” inserida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que deu nova redação ao art. 241 da Constituição Federal, inserindo as figuras do convênio de cooperação e do consórcio público.

Para tanto, importante a prévia reflexão sobre o federalismo e sua dinâmica no atual regime constitucional brasileiro, que tem como diretriz a cooperação entre os entes da Federação, pilar de sustentação da gestão associada de serviços públicos.

2.1 REFLEXÕES SOBRE O FEDERALISMO COMO FORMA DE ESTADO

O Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno, resultante de um povo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam em um poder não sobrepujado por nenhum outro organismo político¹⁸¹. O Estado, na concepção de Wolkmer, é “uma espécie de organização política, munida de coerção e poder”¹⁸², legitimado pelo interesse da maioria e que administra amplos interesses e objetivos do seu povo delimitado em determinado espaço territorial¹⁸³.

Tomando-se como critério a distribuição geográfica de poder, o Estado é tradicionalmente dividido em *unitário* (ou simples) e *federal*. Aquele tem como principal característica a existência de um único centro de decisões políticas para todo o território do Estado, sendo a forma mais comum de Estado e possuindo, muitas vezes, unidades administrativas descentralizadas, mas sempre *subordinadas* ao núcleo central de poder. Por sua vez, o Estado federal, contrapondo-se ao Estado unitário, tem como ponto marcante a *descentralização do poder político*, isto é, a existência de unidades internas (Estados-membros) dotadas de *autonomia político-administrativa* e que participam da elaboração das leis nacionais

¹⁸¹ Bastos, 1995. p. 11.

¹⁸² Wolkmer, 1990, p. 12.

¹⁸³ Não se adentrará nas diversas concepções inerentes à existência do Estado (acepções filosófica, jurídica e sociológica). Para aprofundamento do tema, remete-se o leitor para os estudos produzidos por Bonavides (2010, p. 65 e ss.).

e das alterações da Constituição. Como estabelece Horta, “O Estado Federal é, simultaneamente, um Estado e uma Federação de Estados”¹⁸⁴.

Nos dois modelos (unitário e federal), a soberania do Estado é sempre *una*, de modo que no regime federativo os Estados-membros detêm apenas autonomia política no âmbito dos limites geográficos do seu território, que jamais extrapolará os limites do Estado nacional e estará circunstanciado pela Constituição.

Até o final do século XVIII, não se conheceu senão o Estado unitário, posto que o Estado federal somente surge com a experiência inovadora das treze colônias americanas, em 1787¹⁸⁵. Para Dallari, “O Estado Federal nasceu, realmente, com a constituição dos Estados Unidos da América, em 1787”¹⁸⁶. Nesse novo modelo, cada um dos Estados representados delegou sua soberania e parcela de seus poderes com base nas quais se constituiu um novo Estado, regido por uma Constituição e organizado pela existência de três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Em suma, permaneceram as treze colônias (Estados-membros) com toda a autonomia e os poderes então existentes, com exceção daqueles delegados expressamente à nova unidade política central.

Os ideais discutidos pelas treze colônias na Convenção realizada na cidade de Filadélfia restaram-se preservados pelos escritos de Hamilton, Madison e Jay, na obra *O Federalista*, que retrata com clareza a linha mestra em torno da concepção do Estado federal americano, calcado, basicamente, na necessidade de os Estados (até então Estados confederados) unirem-se em torno da comunhão de esforços para a criação de uma unidade estatal forte, com o objetivo de manter a segurança, a paz e fomentar o comércio internacional, transferindo-se à União (unidade central de poder) somente aquelas competências indelévels à tal mister, sem prejuízo da preservação dos Estados-membros independentes e autônomos¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Horta, 2003, p. 493.

¹⁸⁵ Bastos, 1995, p. 96. No mesmo sentido, Bonavides (2010, p. 194): “A Federação propriamente dita não a conheceram nem praticaram os antigos, visto que a mesma, tanto quanto o sistema representativo ou a separação de poderes, é das poucas ideias novas que a moderna ciência política inseriu em suas páginas nos três séculos de desenvolvimento”.

¹⁸⁶ Dallari, 2012, p. 252.

¹⁸⁷ Extrai-se passagem elucidativa da obra *O Federalista*: “Os poderes que a Constituição delega ao Governo Federal são em pequeno número e limitados, aqueles que ficam aos Estados são numerosos e sem limites. Os primeiros hão de recair principalmente sobre objetos exteriores, como a guerra, a paz, as negociações e o

A passagem colacionada sintetiza o processo e os anseios em torno da união das treze colônias, transpassando a confederação em novo Estado, responsável pelas questões envolvendo a soberania das colônias, sem, contudo, alijar os poderes dos Estados-membros (colônias).

A experiência dos Estados Unidos inspirou outros países a adotarem o modelo federal de Estado, estereótipo da independência, democracia e liberdade, valores intrínsecos à Constituição americana de 1787. São exemplos de Estados que adotam a norma federal: o Brasil, a Argentina, a Bélgica, a Alemanha, a Suíça, o México, o Canadá e a Austrália. E são exemplos de Estados unitários: a França, Inglaterra, Espanha, Portugal, Uruguai, Paraguai e Chile.

Muito já se escreveu a respeito do Estado federal, na busca de identificar suas características centrais, que o contrapõe ao Estado unitário. Para Santi Romano, os elementos tradicionalmente característicos do Estado federal são: (i) território próprio, população, compreendendo a dos Estados-membros, e ordenação jurídica que possua caráter originário e, portanto, não derive das de tais Estados; (ii) que os Estados-membros também tenham território e cidadãos próprios, bem como ordenamento jurídico originário, isto é, independente, pela sua fonte, da do Estado Federal; (iii) que estes Estados-membros, nas suas recíprocas relações, formem uma união paritária. Complementa o autor no sentido de que “faltando o primeiro requisito – ou seja, se a união não fosse um Estado – ter-se-ia uma simples confederação”. Por sua vez, continua o autor, “faltando o segundo – isto é, se os países subordinados não fossem verdadeiros e próprios Estados – ter-se-ia um Estado unitário e não uma União de Estados”. Por fim, faltando o terceiro elemento, conclui Santi Romano, “ter-se-ia, como vassalagem, tantas uniões

comércio estrangeiro, com o qual tantas relações tem o poder, concedido ao governo, de impor tributos; os segundos estender-se-ão a todos os objetos que de ordinário interessam mais diretamente- a vida, a liberdade, a prosperidade, a ordem interna, os melhoramentos e a prosperidade do Estado. As funções do Governo Federal serão extensas e importantes em tempo de guerra e em caso de perigo, as dos governos particulares serão em tempo de paz, e por consequência durante a maior parte do tempo. Assim, quanto mais habilitado ficar o Governo Federal pelos poderes que se lhe concederem para a defesa da nação, tanto menos frequentes podem ser esses paroxismos de perigo, em que pode ter lugar a sua preponderância sobre os Estados particulares. Se a nova Constituição for examinada com sinceridade e escrupulo, achar-se-á que a mudança por dia proposta consiste muito menos na concessão de “poderes novos” à União do que na revalidação dos ‘poderes originais’.” (Hamilton, 2003, vol. 2, p. 172-173)

quantos fossem os Estados dependentes, não uma única União”, posto que os Estados-membros devem formar uma corporação¹⁸⁸.

Horta sintetiza, na diversidade dos tipos constitucionais e históricos do federalismo, as características comuns do regime federativo: a composição plural dos entes estatais, a indissolubilidade do vínculo federativo, a repartição de competências, a autonomia do Estado-membro, a intervenção federal, o sistema bicameral, a repartição tributária, a existência de um Supremo Tribunal, dotado de jurisdição conclusiva na interpretação e na aplicação da lei federal e da Constituição Federal¹⁸⁹. Para o autor, tais características estão geralmente presentes nos Estados federativos, aprimoradas ao longo dos séculos XIX e XX por diferentes Estados e que caracterizam essa forma de organização política.

Bonavides, em referência às lições de Georges Scelle, traz como ponto inflexível do sistema federativo a *lei da participação* e a *lei da autonomia*. Pela lei da participação, os Estados-membros efetivamente atuam do processo de elaboração da vontade política da organização federal, mediante representantes no processo legislativo nacional e de mudança da própria Constituição (a exemplo do Senado Federal no sistema bicameral brasileiro). Em suma, os ditames da Federação ocorrem, necessariamente, com a participação dos Estados federados. Por sua vez, a lei da autonomia confere aos Estados-membros da Federação a possibilidade de estabelecer uma ordem constitucional própria e legislar sobre assuntos da sua competência, no âmbito dos seus limites geográficos e observados os parâmetros fixados pela Constituição¹⁹⁰.

Miranda caminha no mesmo sentido de Bonavides, ao traçar a existência de duas características centrais em torno do Estado federal. A primeira, de *sobreposição* entre o governo central e os Estados federados, de modo a que cada cidadão estará sujeito a duas Constituições (nacional e local) e ser destinatário de atos provenientes de ambos os corpos administrativos, legislativos e jurisdicionais, diante da autonomia conferida aos Estados membros da Federação. A segunda, de *participação*, na medida em que os estados federados participam da constituição do Estado nacional, daí resultando designar-se o Estado federal como o *Estado de Estados*¹⁹¹.

De fato, a doutrina não é uníssona relação às características marcantes da distinção entre o Estado federal e o Estado unitário.

¹⁸⁸ Romano, 1977, p. 180.

¹⁸⁹ Horta, 1981, p. 14.

¹⁹⁰ Bonavides, 2010, p. 195.

¹⁹¹ Miranda, 2015, 155-156.

Todavia, as ponderações de Santi Romano, Horta, Bonavides e Miranda não se mostram divergentes, pois complementam-se, de modo que cada autor enfatiza os elementos que compreende marcar essa forma de Estado. Segundo aponta Conti, “pouca uniformidade existe na doutrina no que tange às características que um Estado deve ter para ser considerado Federação”¹⁹², para que seja contraposto ao Estado unitário. Ademais, a existência de distintos modelos de Estados federais faz com que, de fato, seja muito difícil (e talvez até despropositada) a busca de elementos centrais característicos do Estado federal, tal como um *check-list*.

Sem prejuízo, apresentam-se como pontos centrais do Estado federal a existência (i) de autonomia político-administrativa dos Estados-membros em relação ao governo nacional, (ii) de participação dos Estados-membros no processo legislativo nacional e (iii) de uma repartição de competências prevista na Constituição entre os entes nacional e subnacionais. Essas parecem ser as marcas indelévels do regime federativo.

Assim, o Estado federal não se confunde com a Confederação. Neste modelo, vários Estados unem-se, através de um tratado (e não uma Constituição), para seguirem política comum de natureza externa, voltada às relações internacionais e diplomáticas. Na Confederação não é criado nenhum poder estatal novo, a ponto de Bonavides discorrer que “a ação unitária da Confederação se projeta ordinariamente *para fora* e não *para dentro*”¹⁹³. Ademais, os Estados confederados não abdicam da soberania e da autonomia plena, diferentemente do que ocorre na Federação com os Estados-membros (abdicam de toda a soberania e de parcela da autonomia política).

Apesar de o Estado federal possuir características próprias, que os diferencia do Estado unitário e da confederação, não existe um único modelo de Estado federal¹⁹⁴. Cada Estado gozará de peculiaridades que o

¹⁹² Conti, 2010, p. 17. O próprio autor reconhece como fundamentais as seguintes características do Estado federal: existência de ao menos duas esferas de governo; autonomia das entidades descentralizadas, compreendendo a autonomia política, administrativa e a financeira; organização do Estado expressa em uma Constituição; repartição de competências entre as unidades descentralizadas; participação das entidades descentralizadas na formação da vontade nacional; e indissolubilidade (Conti, 2010, p. 17).

¹⁹³ Bonavides, 2010, p. 180.

¹⁹⁴ Para Horta (2001, p.5), “A ideia de federalismo incompleto, pressupondo a inexistência parcial de regra ou de característica constitucional do Estado Federal, como foi ela adotada no direito positivo ou na formulação doutrinária, demonstra que

marcam, o individualizam perante os demais. Enfim, mostra-se inadequada a busca de um modelo de Estado federal, pré-constituído, posto que, como adverte Carrazza, “cada Federação tem uma fisionomia própria: a que lhe imprimir o ordenamento jurídico local”¹⁹⁵.

Tal cenário reporta a existência de vários modelos federativos de Estado, que variam diante das peculiaridades culturais, políticas, econômicas e sociais de cada país. Enfim, cada Estado federal adapta-se às suas realidades e interesses, que também variam ao longo do tempo.

Diante desse cenário, parcela da doutrina distingue o federalismo *simétrico* do federalismo *assimétrico*. Naquele (simétrico), estaria compreendido o modelo clássico de Estado federal, centrado nos pilares trazidos pela Constituição Americana de 1787 e marcado por características dominantes: Constituição Federal, autonomia dos Estados-membros, repartição entre poderes enumerados e reservados, soberania concentrada na União (Estado federal), bicameralismo, intervenção federal nos Estados-membros e Tribunal Constitucional.

Já o federalismo assimétrico restaria caracterizado, justamente, pela existência de um Estado federal anômalo, diferenciado pela presença de componentes divergentes ao modelo simétrico de Federação. É o caso do Brasil, caracterizado pelo federalismo tridimensional, no qual o Município compõe a estrutura federativa, situação esta peculiar no cenário internacional¹⁹⁶.

Horta relata outros casos de federalismos assimétricos, a exemplo das Constituições da Suíça (1874) e do México (1917), que atribuíram soberania aos Cantões suíços e aos Estados mexicanos. Situação correlata é presenciada na Argentina, onde a reforma constitucional de 1994 (art. 124 da Constituição) faculta às províncias celebrar convênios internacionais, desde que não conflitante com a política externa do país. Na Bélgica, a reforma constitucional de 1993 (art. 1º da Constituição) inseriu a Comunidade e as Regiões na configuração do Estado federal¹⁹⁷.

Diante dessas reflexões acerca do federalismo, que varia no tempo e no espaço, ajustando-se às realidades e aos anseios de cada Estado, não é possível afirmar a existência de um melhor modelo de Estado, isto é, a prevalência do *Estado federal* sobre o *Estado unitário*, e vice-versa, assim como também há como lançar críticas ao federalismo assimétrico, fruto

o federalismo não corresponde a modelo único, a modalidade exclusiva. Nos ordenamentos positivos há modalidades diversas de federalismo”.

¹⁹⁵ Carrazza, 2013, p. 172.

¹⁹⁶ Bonavides, 2016, p. 355.

¹⁹⁷ Horta, 2003, p. 496-497.

da própria evolução e aprimoramento do modelo concebido no século XVIII. Cada Estado dispõe de características peculiares, que devem ser sopesadas diante da realidade de cada sociedade, inclusive aprimorando os modelos já existentes frente às demandas e interesses regionais e nacionais vivenciados no tempo¹⁹⁸.

Algumas vantagens do Estado unitário seriam, por exemplo, a existência de uma só ordem jurídica, política e administrativa a todo o país, o fortalecimento da autoridade central, a organização do corpo burocrático único, evitando o dispêndio de recursos públicos e otimizando a alocação de serviços públicos. As desvantagens dessa forma de Estado, por sua vez, estariam concentradas na grande distância entre o indivíduo e o Estado, atenuada nos Estados unitários descentralizados; o excessivo poder concentrado na União (poder central unitário), sem a presença de coletividades intermediárias (Estados-membros); e a necessidade da legislação nacional dispor de assuntos de interesse local, atravancando a solução de controvérsias de grande relevância e especificidade aos cidadãos das diferentes comunidades que compõe o Estado¹⁹⁹.

Vê-se que as características que permeiam o Estado unitário não se mostram favoráveis para os países com vasta extensão territorial ou marcados pela presença de comunidades internas (comunas, províncias ou qualquer outra denominação correlata) com fortes disparidades econômicas, culturais ou sociais. Para estes países, o modelo federativo aparenta melhor se ajustar ante os arranjos institucionais necessários para a preservação da unidade política.

Não é por outro motivo que inúmeros Estados unitários caminharam para a descentralização administrativa de competências, processo marcado pela criação de órgãos administrativos locais de decisão, mas sujeitos à autoridade central. Nesse modelo, tais órgãos

¹⁹⁸ Horta (2003, p. 306-307) caminha nesse sentido: “A preferência do constituinte federal por determinada concepção de Estado Federal e a atuação desses fatores extraconstitucionais irão conduzir, de forma convergente ou não, ao tipo real de organização federal em determinado momento histórico. Se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o *federalismo centrípeto*, que *Georges Scelle* chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o *federalismo centrífugo* ou por *segregação*, consoante a terminologia do internacionalista francês. Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-Membros autônomos”.

¹⁹⁹ Bonavides, 2010, p. 165-166.

recebem delegação do poder central (unitário), mediante legislação ordinária, para o exercício de competências administrativas. Na prática, a descentralização aproxima, de certa forma, o modelo de Estado *unitário* do *federal*, justamente pela existência de poder decisório no âmbito local.

Entretanto, apesar da proximidade dos modelos de *Estado unitário descentralizado* e de *Estado federal*, posto que ambos são identificados pelo processo de descentralização administrativa, ainda persistem marcantes diferenças entre os mesmos. No *Estado federal* há *autonomia política* dos Estados-membros, que gozam de significativa parcela de poder estatal e de forma originária (prevista na Constituição), inclusive *participando* ativamente da elaboração das leis nacionais através de seus representantes junto a uma das Casas Legislativas (sistema bicameral) e produzindo normas (leis) vigentes para sua própria unidade político-administrativa. Diversamente, nos *Estados unitários descentralizados*, mesmo naqueles marcados por forte processo de descentralização administrativa, as unidades administrativas não gozam de autonomia política (o que inclui o poder legiferante). Tratam-se de autarquias regionais ou locais, que ficam na dependência do poder central (unitário)²⁰⁰.

Eis o ponto central da divergência: as unidades federativas gozam de autêntica *autonomia político-administrativa*, diferentemente do que ocorre no *Estado unitário*, por mais descentralizado que seja, onde o processo de descentralização tão somente outorga *autonomia administrativa* aos órgãos e entidades subnacionais. Ainda, os Estados-membros acabam por participar da elaboração das leis nacionais e de qualquer processo de modificação da Constituição, por meio de representantes eleitos para uma das Casas Legislativas (sistema bicameral), situação inexistente no Estado unitário.

Os motivos que levam ao surgimento do Estado federal também são diversos. Ao longo da história, algumas federações originaram-se de unidades políticas preexistentes, as quais, num dado momento, resolveram integrar-se por meio de vínculos ou liames mais estreitos que os de uma Confederação. As Federações assim surgidas responderam à preocupação fundamental dos Estados preexistentes, que era a de unirem-

²⁰⁰ É a posição de Silva (2011, p. 99): “É certo que o Estado unitário poder ser descentralizado e, geralmente, o é, mas essa descentralização, por ampla que seja, não é de tipo federativo, como nas federações, mas de tipo autárquico, gerando uma forma de autarquia territorial no máximo, e não uma autonomia político-constitucional, e nele as coletividades internas ficam na dependência do poder unitário, nacional e central”.

se sem, contudo, perderem a capacidade política sobre aquelas matérias que, mesmo isoladamente, tinham perfeitas condições de discipliná-las e executá-las. Era uma forma, portanto, de integração de comunidades políticas que não tinham ainda atingido uma plena unidade nacional. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos e da Suíça²⁰¹.

Entretanto, o federalismo agrega outros interesses. É a situação daqueles Estados que possuem em seu território diferenças de natureza étnica, racial ou cultural (inclusive linguística), de modo que o modelo federativo contribui para a integração desses diversos grupos (comunidades) num único Estado nacional, a exemplo da Bélgica e do Canadá, marcada pela intensa diversidade linguística e cultural entre suas comunidades²⁰².

Abrucio e Soares apontam a existência de duas condições centrais a fomentar a opção pelo modelo de Estado federal. A primeira, “a existência de heterogeneidades que dividam uma determinada nação”, que podem ser territoriais, linguísticas, étnicas, socioeconômicas, culturais e políticas. A segunda, a “construção de um discurso e de uma prática defensores da unidade na diversidade”, com resguardo da autonomia local e manutenção da integridade territorial num país marcado pela heterogeneidade²⁰³.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Horta, para quem a solução federal tornou-se alternativa com que contam os Estados de dimensões continentais, os Estados de composição plurinacional, os Estados de pluralidade linguística e as grandes concentrações populacionais, para equacionarem o exercício do poder político nos respectivos territórios. Conclui o autor que “O federalismo contém a fórmula que assegura a coexistência da unidade na diversidade”²⁰⁴.

O ideal federalista tem como premissa, assim, a aglutinação de forças e objetivos em torno de um plano comum, para a consecução de valores e direitos da população que compõe os diferentes Estados-membros, sem prejuízo das peculiaridades existentes no âmbito das

²⁰¹ Bastos, 1995, p. 98-99.

²⁰² Bastos, 1995, p. 99. O autor (1995, 99-100) ainda aponta outro elemento que contribui para a disseminação do federalismo, qual seja, o fortalecimento da democracia através do Estado federal. Discorre o Autor que, “o federalismo é visto como um instrumento de democratização do Estado e de contenção do poder pelo próprio povo.”

²⁰³ Abrucio; Soares, 2001, p. 32-33.

²⁰⁴ Horta, 2001, p. 1.

parcelas do território nacional²⁰⁵. Trata-se de um *processo de síntese* dos diversos interesses dos Estados-membros, mas marcado pela descentralização político-administrativa. Enfim, a Federação pressupõe união em torno de premissas comuns, preservando-se, contudo, parcela considerável da autonomia dos Estados-membros que a constituem.

Como já enfatizado, o Estado federal não é modelo pré-determinado, único, de modo que as Federações são bastante elásticas, como aponta Elazar²⁰⁶. Da mesma forma, o modelo amolda-se diante da conjuntura política, econômica e social de cada momento da história. Estudos apontam que, a partir da segunda metade do século XX, ocorreu um processo de centralização de poderes no Estado federal, em prejuízo dos Estados-membros²⁰⁷. Tal cenário decorre da necessidade de resolução de assuntos de alta relevância e complexidade, incapazes de serem equacionados pelas unidades autônomas descentralizadas. Dá-se como exemplo, atualmente, o combate ao terrorismo e a manutenção da ordem macroeconômica, assuntos estes de nítido interesse nacional e que exigem a atuação centralizada de poderes e atribuições.

²⁰⁵ Dallari, em parecer sobre a criação de consórcios públicos no Brasil, bem aponta a inexistência de um modelo pré-constituído de federalismo: “Não há, portanto, um modelo único, rígido e imutável de federalismo. A essa observação é importante acrescentar que no interior de cada um desses sistemas federativos sempre se encontram variações significativas, mantendo-se o elemento básico, que é a multiplicidade de centros de poder político, mas acrescentando-se outras peculiaridades. Assim, por exemplo, existe grande diversidade quanto à distribuição das competências entre o poder central e os poderes locais, como também é muito variável a organização política e administrativa interna dos entes federados. Um dado muito expressivo para se ter a medida dessa diversidade é o fato de que entre os Estados-membros da federação estadunidense encontram-se alguns com Legislativo bi-cameral, enquanto muitos outros optaram pelo Legislativo unicameral. E jamais algum teórico pretendeu que alguma dessas opções fosse inconstitucional. Assim, também, a organização administrativa dos entes federados é extremamente diversificada, de um local para outro, além de variar sempre no tempo, em função de novas circunstâncias políticas e sociais, de novas necessidades, assim como de novas possibilidades, como as que decorrem de mudanças nas condições econômicas ou de inovações tecnológicas. Essas variações são, muitas vezes, necessárias e inevitáveis, outras vezes são muito convenientes, podendo estar ligadas a mudanças políticas que podem implicar a escolha de novas prioridades ou a opção por diferentes métodos e instrumentos de ação, sem que isso represente o abandono da Constituição federativa ou ofensa a princípios e normas que ela consagra. Essa é a realidade do federalismo no mundo”.

²⁰⁶ Elazar, 1987, p. 11.

²⁰⁷ Bonavides, 2010, p. 205-206.

A complexidade advinda da globalização dos mercados e das sociedades também foram causa das reformulações nos arranjos federativos de determinados países, inclusive para adaptá-los ao cenário das relações internacionais²⁰⁸. Tal situação não está a marcar o retorno do pêndulo para o Estado unitário, mas, sim, a exigir o *calibramento* dos poderes e competências na formação da Federação, conforme, reforça-se, a realidade vivenciada por cada país.

Se de um lado, o Estado federal não está em crise ou em processo de extinção; de outro, é certo que aquela configuração federativa clássica

²⁰⁸ Nesse sentido caminha Horta (2001, p. 13): “O federalismo no Direito Constitucional de nossos dias não obedece a modelo único de organização homogênea e invariável. Permanece na organização federal contemporânea a pluralidade das formas organizatórias, de modo a particularizar a autonomia do federalismo norte-americano, do federalismo alemão, do federalismo brasileiro, do federalismo argentino, do federalismo suíço, do federalismo indiano, em referência exemplificativa. A pluralidade organizatória convive com a adoção comum e generalizada, na estrutura constitucional do Estado Federado, o órgão judiciário supremo, para dirimir conflitos e preservar a supremacia da Constituição Federal, a intervenção federal, para eliminar manifestações patológicas, incompatíveis com o funcionamento do sistema federal do Governo. O federalismo de nossos dias incorporou nova repartição de competências, aprofundou a cooperação governamental e ofereceu novas dimensões às relações entre a Federação, o Direito Internacional e o Direito Comunitário. São três dimensões que inovaram o federalismo e, por isso, representam o federalismo hoje, projetando o federalismo da modernidade. Na repartição de competências, o ingresso da competência concorrente ou mista, com participação dos Estados-Membros em ampla matéria, superou o dualismo da solução norte-americana – poderes enumerados e poderes reservados –, que atendia a peculiaridades da organização federal daquele País, sem correspondência em outros Estados Federais, como o brasileiro, o argentino, o mexicano, que imitaram o modelo do federalismo clássico. O federalismo cooperativo exprime inovadora concepção federal de nossos dias. Substituiu o retraimento e as reservas nas relações intergovernamentais do federalismo clássico pela cooperação entre a União e os Estados, através da ajuda financeira, a atuação de órgãos de desenvolvimento regional e a participação das unidades federadas em parcelas da tributação da União, ou das entidades municipais nos percentuais da arrecadação estadual, como se pratica no federalismo brasileiro. A implantação de Comunidades, agregando Estados soberanos, para realizar os objetivos comunitários de nova organização internacional, tornou-se, também, responsável pela redução da competência monopolística da União ou da Federação, no domínio das relações internacionais, de forma a permitir o acesso do Estado-membro às relações desse nível, anteriormente deferidas, pela Constituição Federal, com exclusividade, ao Governo da União. A mudança de concepção no quadro das relações internacionais distancia o federalismo contemporâneo do federalismo clássico e insere o Direito Constitucional de nossos dias no universo desafiador da globalização”.

trazida pelas treze colônias americanas em 1787 também não mais permite equacionar os problemas enfrentados nos séculos XX e XXI. A efetiva globalização, as redes sociais, a migração e o terrorismo, por exemplo, são fenômenos de transformação das relações políticas (intraestatal e interestatal), que refletem na necessidade de ajustes no sistema federativo para comportar os novos desafios e interesses da sociedade²⁰⁹.

De qualquer forma, o Estado federal ainda se mostra como interessante arranjo político-administrativo, em especial porque atenua a centralização de poderes na União (mesmo diante do processo de centralização iniciado no século XX), permitindo que os Estados-membros exerçam, com autonomia, parcela do poder estatal, conforme previsto na Constituição, situação que aproxima o indivíduo do Estado, fomenta a democracia e enseja a melhor congregação dos interesses e anseios dispersos no território que integra o Estado federal.

2.2 O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Anuncia a vigente Constituição Federal, logo de partida:

Art. 1º 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:
(...)

O Estado brasileiro está sedimentado, constitucionalmente, em três pilares centrais: *República*, *Federação* e *Democracia*. Tratam-se de valores intrínsecos à sociedade brasileira e ao funcionamento das instituições no país, materializados e assegurados pelo Constituinte de 1988 ao longo da Constituição Federal em diversos dispositivos²¹⁰.

²⁰⁹ É a visão compartilhada por Bonavides (2010, p. 206): “Quem não puder compreender ou admitir as razões por que a lei da participação já prepondera sobre o velho dogma das autonomias estaduais intangíveis não terá mais saída senão pôr o epitáfio sobre o federalismo, que eles, os federalistas contemporâneos descontentes, jamais voltarão a encontrar à moda do século XIX. Se tivermos porém a visão aberta e sensibilidade bastante apurada com que acompanhar o curso da vida no laboratório social, nenhuma dificuldade defrontaremos então para proclamar em fase de florescente desenvolvimento o neofederalismo do século XX”.

²¹⁰ Citam-se, como exemplo, os artigos 2º, 5º, 14, 18, 21, 22, 23, 25, 30, 60, entre tantos outros que disciplinam a República, a Federação e o regime democrático no Brasil.

Deveras, a tradição federal está presente, ao menos formalmente, desde o surgimento da República, materializando-se com a Constituição de 1891. Em verdade, o Estado federal já era objeto de discussão pelos intelectuais muito antes da Proclamação da República em 1889, que almejaram a Federação muito antes da própria República²¹¹, inclusive propondo-se a monarquia federalista no Brasil²¹². Todavia, o Estado federal, concebido originariamente por Rui Barbosa na Constituição de 1891, desvirtuou-se em frente à realidade política brasileira à época, centrada no autoritarismo e no centralismo político²¹³. Tratou-se de um

²¹¹ Bonavides (1996, p. 391) discorre sobre a influência do federalismo já no Império: “Afigura-se-nos errôneo supor que a Federação no Brasil foi produzida unicamente pelo Decreto n. 1, do Governo Provisório de 1889. Se o presidencialismo colheu de surpresa o País, desconhecido que era a todas as tradições de embate doutrinário em que nos havíamos empenhado durante a fase anterior à República, tal não se deu, porém, com a Federação. Esta, ou já se desejava, no sentir de monarquistas abalizados, da índole liberal de Nabuco ou Rui, ou já se aguardava, por solução lógica e idônea aos antagonismos e crises que desde muito dilaceravam o corpo político da Monarquia. O Decreto 1 foi apenas o coroamento vitorioso de velhas aspirações autonomistas que, não se podendo fazer nos quadros institucionais do Império por um ato reformista, se fizeram pela via improvisada da ação revolucionária de 15 de novembro de 1889, resultando, assim, na implantação do sistema republicano”.

²¹² Neste sentido, Silva (2011, p. 76-77): “Os liberais lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o peso da monarquia centralizante. A ideia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões como as “Balaiadas”, as “Cabanadas”, as “Sabinadas, a “República de Piratini”. Tenta-se implantar, por várias vezes, a monarquia federalista do Brasil, mediante processo constitucional (1823, 1831), e chega-se a razoável descentralização com o Ato Adicional de 1834, esvaziado pela lei de interpretação de 1840.” No mesmo sentido é a posição externada por Horta (2003, p. 364-365), que revela a existência no período da Monarquia brasileira de ideais de implementação de uma *monarquia federativa*, como forma de atender ao anseio de maior participação das localidades afastadas no poder central.

²¹³ É o que nos revela Camargo (2001, p. 85): “E por falar em origem, no Brasil, também estamos recuperando o ideário de Rui Barbosa, pai fundador da República Federativa e dono de uma concepção de federalismo democrático que, para muitos, durante muito tempo, ao longo do século XX, foi visto como uma utopia irrealizável que abortou logo em seus primeiros anos de vida, junto com a experiência fracassada do federalismo oligárquico na República Velha. Devemos fazer justiça à biografia de Rui Barbosa que, se ele foi o grande idealizador da Constituição de 1891, foi também o seu crítico mais implacável, quando os acordos políticos de Campos Salles reduziram o federalismo recém-implantado a uma democracia de fachada, na prática dominada pelo coronelismo e pela política dos governadores”.

federalismo de fachada, que somente veio a ganhar ares de efetividade sob o manto da Constituição de 1946, logo em seguida sufocado pelo regime militar.

Apesar da tradição brasileira com o federalismo já perdurar mais de 100 anos, sempre reconhecido o Estado federal nas Constituições pós-regime monárquico (Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), o modelo de Federação adotado pelo Brasil ainda é objeto de críticas por parte dos estudiosos do Direito e da Ciência Política, seja porque, ao longo do tempo, o regime federativo não conseguiu materializar o processo de descentralização político-administrativo almejado com a proclamação da República, travestindo um federalismo puramente formal²¹⁴, seja porque se limitou a buscar soluções e modelos externos para uma realidade distinta das peculiaridades brasileiras, agravando as desigualdades sociais entre as diferentes regiões do país e permitindo a manutenção da centralização de poder e competências na pessoa do Chefe do Poder Executivo federal²¹⁵. Somado a tudo isso, ao longo da história da formação do Estado brasileiro, a população sempre restou alijada das discussões em torno da formatação da Federação, interrompendo-se tal ciclo, de maneira mais clara e contundente, a partir da Assembleia Constituinte de 1987²¹⁶.

²¹⁴ Bastos, 1995, p. 101.

²¹⁵ Bonavides, 2010, p. 205.

²¹⁶ São inúmeros os estudos que demonstram a carência da participação da sociedade nas deliberações centrais da nação. Dentre eles, sem dúvidas ganha destaque a obra de Raymundo Faoro, intitulada *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. É elucidativa a seguinte passagem do autor (2012, p. 626-623); “Os futuros deputados e senadores – deveriam ser os agentes dóceis da ditadura, escolhidos por regime eleitoral compressivo, em listas organizadas ou aprovadas no Rio de Janeiro, compostas, em algumas unidades federativas, com nomes de que ninguém, nas províncias, jamais ouvira falar. Seria de prever que a carta constitucional não passaria de homologação de um acordo prévio, aprovadas as bases do sistema instalado do poder. O bom faro da população, decepcionada do espetáculo sem alma e sem vigor, do qual não participaram os rebeldes em potencial, como Silva Jardim, sentia que das reuniões quase clandestinas, tal a distância de São Cristóvão do centro, nada havia a esperar, senão mais uma farsa. Esta assembleia, a segunda da história do país, perdida a memória dos dias em brasa de 1823, também faria o que o chefe do governo determinasse, demasiado cautelosa para provocar o fechamento. Tudo aconteceria dessa guisa, se monolítico fosse o grupo dirigente, unido sob o guante militarista, na forma da denúncia dos monarquistas. No dia 15 de novembro de 1890 instalou-se, no Paço de São Cristóvão, a Assembleia Constituinte, sob a indiferença do povo da Capital Federal. Estava a nação, teoricamente, entregue a si mesma, para a obra de estabelecer o governo definitivo, pondo fim ao regime provisório, exercido pela força pública, composta das três armas do Exército e da Armada nacional, como

De fato, a realidade política, econômica e social do Brasil ratifica as críticas dos estudiosos. Alcançadas três décadas da vigência da Constituição de 1988, é nítida a crise na Federação brasileira, marcada pela concentração de renda e poder na União²¹⁷, pela profunda desigualdade social e econômica nas diferentes regiões do país e pelo caótico regime de competências entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal²¹⁸.

Dois exemplos recentes ilustram a chamada crise da Federação. O primeiro, a decretação do estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira do estado do Rio de Janeiro (Decreto estadual nº 45.692, de 17 de junho de 2016), tendo como pano de fundo a pressão junto ao Governo Federal para o repasse de recursos financeiros ao Estado às vésperas da realização dos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, diante da queda de receitas provenientes do repasse de recursos financeiros da exploração do pré-sal pela Petrobrás²¹⁹. O segundo, a vexatória

reconhecia o primeiro decreto da era republicana. Na verdade os representantes do povo”.

²¹⁷ De todos os recursos tributários arrecadados pelos entes da Federação, após as distribuições constitucionais, a União detém 60% do montante arrecadado, os estados 23% e os municípios apenas 17%, segundo dados lançados em 2018 pela Confederação Nacional dos Municípios, no estudo intitulado de *Compromissos com o Brasil: governança, Estado eficiente e Federalismo*. (Disponível em: <http://www.cnm.org.br/biblioteca/registros/todos/todos/todos/date_desc/todos/todos/1>. Acessado em 1º/6/2018).

²¹⁸ É o caso da disputa entre Estados e Municípios em torno da competência para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, discussão de perpassa, na verdade, em assegurar o interesse das concessionárias estaduais de água e esgoto (CEDAE, SABESP, CASAN, CORSAN, SANEPAR, entre outras). O Supremo Tribunal Federal, após mais de 20 anos do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842 e de divergentes votos dos Ministros componentes da Corte, julgou a matéria no sentido de reconhecer a competência compartilhada entre estados e municípios para a gestão e prestação dos serviços públicos de saneamento básico no âmbito das regiões metropolitanas instituídas pelo estado-membro (ADIN n. 1.842, rel. originário Min. Maurício Corrêa, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 6/3/2013). Entretanto, a disputa (política e jurídica) ainda persiste nos municípios não inseridos nas regiões metropolitanas, sem que haja uma convergência de interesses municipais e estaduais, muito menos uma política por parte da União para a promoção de instrumentos de intergovernabilidade (como o fomento na criação de consórcios públicos) ou de ampliação da interlocução entre os entes locais e estaduais.

²¹⁹ Consta do texto do Decreto estadual n. 45.692, de 17 de junho de 2016: “O Governador do Estado do Rio de Janeiro, em exercício, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, CONSIDERANDO a grave crise econômica que assola o Estado do Rio de Janeiro; CONSIDERANDO a queda na arrecadação, principalmente

renegociação das dívidas dos Estados com a União em 2016, fruto de demandas judiciais perante o Supremo Tribunal Federal em face dos altos encargos financeiros impostos pela União quando da renegociação das dívidas dos estados no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso²²⁰.

Esses exemplos materializam a importância da discussão em torno do modelo federativo no país. Trata-se de assunto de primeira ordem, inerente à própria consecução dos objetivos intrínsecos ao Estado brasileiro (art. 3º da CF²²¹), como bem posto por Abrucio ao questionar-se: “que Federação estamos construindo desde o início da redemocratização e qual queremos para o futuro?”²²².

A pergunta acima lançada pelo cientista político, mais do que oportuna, é essencial para dar norte à discussão a respeito do Estado brasileiro, especialmente diante do cenário vivenciado no país nesses 30 anos de vigência da Constituição, atualmente marcado pela centralização excessiva de poderes e recursos financeiros na União, bem como pela fragilidade administrativa e financeira dos Estados-membros e dos

a observada no ICMS e nos royalties e participações especiais do petróleo; (...) Art. 1º - Fica decretado o estado de calamidade pública, em razão da grave crise financeira no Estado do Rio de Janeiro, que impede o cumprimento das obrigações assumidas em decorrência da realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016.”

²²⁰ O Estado de Santa Catarina foi o primeiro Estado a ingressar com medida judicial perante o Supremo Tribunal Federal, para que o pagamento da dívida repactuada com a União se dê de forma linear, não capitalizada, sem que a União promova retenções nos repasses federais (Mandado de Segurança n. 34.023, rel. Ministro Edson Fachin). A liminar foi concedida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 7 de abril de 2016. Inúmeros outros Estados da Federação (Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro, entre outros) ingressaram com mandados de segurança, obtendo idênticas liminares, que importariam num “prejuízo” à União da ordem de R\$ 400 bilhões. Em 27 de abril de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em análise ao recurso da União nos autos do Mandado de Segurança n. 34.023, sobrestou o feito por 60 dias até que as partes interessadas (União e estados) pudessem renegociar suas dívidas, evitando-se o agravamento da crise fiscal, política e econômica. No final de junho de 2016 foi anunciado o acordo entre a União e os Estados, alongando por mais 20 anos o pagamento das dívidas e suspendendo o pagamento das parcelas no ano de 2016, “desafogando” o caixa dos Estados, sem, contudo, equacionar o problema na origem (desequilíbrio do pacto federativo).

²²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da 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.

²²² Abrucio, 1998, p. 21.

municípios frente às competências e deveres a eles atribuições pelo regime constitucional.

Esse desequilíbrio de forças da Federação brasileira certamente é causa para muitas das mazelas vivenciadas no país. Questões como a desigualdade regional e o clientelismo político transpassaram governos e regimes, ainda presentes após mais de um século da formação do Estado republicano e federal – inaugurado com a Constituição de 1891²²³.

É bem verdade que avanços foram alcançados, a exemplo da valorização dos municípios no regime federativo (processo de descentralização política), situação inovadora diante da clássica bipartição entre união e estados-membros, advinda do federalismo norte-americano.

Contudo, é preciso avançar, buscar novas alternativas para o melhor equilíbrio de poderes e receitas entre os entes da Federação, caminhando em frente no processo de descentralização política e desconcentração de renda (na União e em alguns entes da Federação), inclusive para a maior interação entre os entes da Federação, no objetivo de materializar os valores perseguidos pelo Estado brasileiro (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos). Para tanto, mostra-se fundamental a compreensão do ambiente político e social em torno da concepção da Constituição de 1988.

2.2.1 Redemocratização e descentralização política

A Constituição de 1988 surge a partir do processo de redemocratização vivenciado na década de 80, a partir do declínio do regime militar. O retorno da democracia, usurpada pelo Golpe Militar de 1964, que afastou o Presidente da República João Goulart, estava alinhado com outros propósitos, entre eles o de diminuição do centralismo político em torno da União e da Presidência da República, com ênfase na descentralização política. Enfim, a Assembleia Constituinte de 1987 foi

²²³ Daí com razão Antunes Rocha (1996, p. 162) ao afirmar que “... o federalismo brasileiro tem peculiaridades não encontradas em outros sistemas e que a Federação desempenha, com as singularidades próprias forjadas no curso da história pátria, um contraponto à centralização não apenas territorial, mas principalmente políticas, que tem dominado o País com mais frequência do que se poderia não apenas aspirar, mas aceitar”.

eleita diante desses dois desafios: restabelecer o Estado democrático e afastar o autoritarismo e o centralismo político.

O resultado desse ambiente político, por meio da Constituição de 1988, acabou por reforçar os poderes do Congresso Nacional e dos estados-membros. Como bem destaca Horta, “a Constituição Federal de 1988 promoveu a reconstrução do federalismo brasileiro”²²⁴, superando a grave crise do federalismo presenciado nos regimes constitucionais de 1967 e 1969, equivalente, segundo o autor, tão somente ao período de vigência da Constituição de 1937, “quando a concepção federal se viu substituída pela estrutura unitária do Estado, sob o comando incontestável do Presidente da República, *autoridade suprema do Estado* (art. 73).”²²⁵

Desta maneira, competia à Assembleia Constituinte de 1987 restabelecer a democracia, vilipendiada pelos 21 anos de regime militar, e reconstruir o Estado brasileiro, contornando a grave crise do federalismo então existente, diante do autoritarismo e centralismo imposto pelos generais desde 1964. Era fundamental que os estados e municípios voltassem a possuir autonomia, e isso fora de fato alcançado pela Constituição de 1988, que resguardou significativo nicho de competências aos níveis subnacionais de governo.

Infelizmente, a descentralização de encargos, que culminou na maior competência dos estados e municípios, não fora acompanhada, na mesma intensidade, da repartição de receitas tributárias e das condições para o adequado exercício dessas competências, em especial no âmbito dos entes municipais. Também não foram criados laços de intergovernabilidade entre os diferentes níveis de governo, para a consecução de políticas públicas e de interesse comum. Para Abrucio, “de 1982 a 1994, vigorou no plano das relações intergovernamentais um modelo de federalismo estadualista, não-cooperativo e muitas vezes predatório”²²⁶, com grande parcela do poder estatal centrado nos estados.

A partir do Governo de Fernando Henrique Cardoso há o retorno do pêndulo para o centralismo fiscal e político em torno da União, fruto da crise financeira vivenciada pelos estados (que se autofinanciavam através dos seus bancos públicos) e das medidas de contenção da inflação que marcaram o Plano Real. Para o êxito das medidas macroeconômicas e de equilíbrio das contas públicas, a União passou a fortalecer-se no cenário federativo, o que agravou a crise em relação à repartição das

²²⁴ Horta, 2003, p. 444.

²²⁵ Horta, 2003, p. 444-445.

²²⁶ Abrucio e Soares, 2001, p. 78-79

receitas tributárias e o acirramento da guerra fiscal entre as unidades federativas, abrangendo entes de mesmo nível da Federação (v.g., a incidência de ICMS nas operações que envolvem diferentes estados na origem e no destino da mercadoria; e o caso da disputa entre os municípios pela incidência de ISS nas operações de *leasing*) e entes de diferentes níveis federativos (v.g., a disputa dos *royalties* do petróleo²²⁷, a repactuação das dívidas dos estados²²⁸ e a disputa pela tributação de *softwares*²²⁹).

Esse cenário de centralismo político e fiscal em torno da União manteve-se nos Governos de Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, apesar da adoção de medidas que buscaram atenuar a crise em torno do pacto federativo, a exemplo do incremento no Fundo de Participação dos Municípios (através das Emendas Constitucionais nº 55, de 2007 e nº 84, de 2014) e da alteração do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, que engessava o regime de cooperação entre os entes da Federação (Emenda Constitucional nº 53, de 2006). Todavia, ainda assim o Governo Federal manteve-se forte e gerenciador das principais políticas públicas nacionais, em prejuízo dos demais entes da Federação, inclusive

²²⁷ A Lei federal n. 12.734/2012 estabeleceu novas regras de repartição dos royalties do petróleo entre os entes da Federação, no intuito de evitar a concentração de receitas dessa natureza em poucos entes da Federação. O Governador do estado do Rio de Janeiro ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4917, na qual a Ministra Cármen Lúcia proferiu decisão monocrática suspendendo, em caráter cautelar, os dispositivos que preveem novas regras de distribuição dos royalties do petróleo.

²²⁸ Inúmeros estados ingressaram com medidas judiciais perante o Supremo Tribunal Federal, para que o pagamento da dívida repactuada com a União se desse de forma linear, não capitalizada, sem que a União promova retenções nos repasses federais (a exemplo do Mandado de Segurança n. 34.023/SC, rel. Ministro Edson Fachin). No final de junho de 2016 foi anunciado o acordo entre a União e os Estados, alongando por mais 20 anos o pagamento das dívidas e suspendendo o pagamento das parcelas no ano de 2016, “desafogando” o caixa dos Estados.

²²⁹ É o caso envolvendo a tributação sobre a comercialização de softwares distribuídos digitalmente. Tradicionalmente tributados através do Imposto sobre Serviços (ISS), os estados da Federação aprovaram junto ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em outubro de 2017, a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), causando bi-tributação sobre a mesma operação jurídica e grave insegurança jurídica à sociedade, tanto para o contribuinte (no campo tributário), como para o próprio Poder Público, diante da possível frustração de receitas (no campo fiscal). Segundo reportagem do jornal Folha de São Paulo, datada de 15/6/2018 (pág. 4), somente em São Paulo o Governo do Estado espera arrecadar R\$ 450 milhões por ano, o que poderá ensejar prejuízo de arrecadação aos municípios paulistas, em evidente prejuízo à harmonia federativa.

aplicando isenções tributárias em relação a tributos partilhados pela União com estados e municípios.

O Tribunal de Contas da União levantou a situação envolvendo a desoneração do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) promovida pelo Governo Federal entre os anos de 2008 a 2012, assim concluindo:

Ademais, conforme demonstrado no gráfico a seguir, no período abrangido pelo acompanhamento, dos R\$ 327,78 bilhões de desoneração líquida, 42% foram arcados pela União, o equivalente a R\$ 137,67 bilhões, enquanto que os estados e os municípios responderam com 58% do total desonerado com o IPI e IR, o que corresponde a cerca de R\$ 190,11 bilhões. Ou seja, a cada real de renúncia do IR e IPI concedida pela União, estima-se que R\$ 0,58 pertenceriam aos estados e municípios, uma vez que parte substancial do valor arrecadado dos citados impostos é compartilhada com os entes subnacionais.²³⁰

Dados recentes apontam que de todos os recursos arrecadados pelos entes da Federação, após as partilhas tributárias previstas na Constituição Federal, a União é contemplada com 60% dos recursos, ao passo que os estados ficam com 23% e os municípios com apenas 17% desse volume de recursos²³¹. Importa destacar que nos anos de 1980 tal repartição de receitas tributárias era de 69,2% em favor da União, 22,2% para os estados e apenas 8,6% era destinada aos municípios²³². Já no ano de 1988, os percentuais foram de 62,3% para a União, 26,9% para os estados e 10,8% para os municípios²³³. Esses dados, num primeiro momento, revelam aumento significativo de repasses financeiros aos municípios em relação aos anos 80 e 90. Ocorre que nesse período foi significativo, especialmente após a Constituição de 1988, o acúmulo de funções e responsabilidades sob encargo dos governos subnacionais, a

²³⁰ Relatório nos autos da Tomada de Contas n. 020.911/2013-0, Acórdão n. 713/2014, relator Ministro Raimundo Carreiro, Data da Sessão: 26/3/2014.

²³¹ É o que dispõe a Confederação Nacional de Municípios em estudo denominado de *Compromissos com o Brasil: governança, Estado eficiente e Federalismo*, lançado em 2018 para subsidiar a pauta municipalista (CNM, 2018, p. 34).

²³² Abrucio, 2001, p. 60.

²³³ Abrucio, 2001, p. 60.

exemplo das responsabilidades com ações nas áreas da saúde, educação e assistencial social. Enfim, especialmente aos municípios foi imposta uma carga de atribuições até então inexistente, e que vem se acentuando nesses 30 anos de vigência da Constituição Federal.

De outro lado, estudos da Receita Federal do Brasil mostram que a arrecadação própria dos estados e municípios é muito aquém daquela praticada pela União. No ano de 2016, de todos os tributos arrecadados, a União fora responsável pela arrecadação de 68,27%, enquanto que os estados arrecadaram com tributos próprios 25,40% e os municípios apenas 6,34%²³⁴.

Assim, se de um lado os entes subnacionais de fato tiveram ressaltada sua autonomia e ampliada sua participação no campo das competências constitucionais com a Constituição Federal, de outro a prática adotada pela União a partir do novo regime constitucional de 1988 acabou por fulminar com a capacidade financeira dos entes subnacionais de financiar as ações que foram deslocadas a eles pela descentralização da execução de políticas públicas²³⁵.

Em estudo recentemente produzido pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), intitulado de *Compromissos com o Brasil: governança, Estado eficiente e Federalismo*, a entidade aponta os motivos que levaram ao desvirtuamento da partilha de receita tributárias desde a Constituição de 1988:

Ao longo dos 30 anos da Constituição Cidadã, a União e os Estados abusaram da prática de concessões indevidas de benefícios fiscais a determinados setores, especialmente em relação às reduções de alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Operações sobre a Circulação de Mercadorias e sobre

²³⁴ CNM, 2018, p. 34.

²³⁵ Brustolin (2010, p. 37) elucida o desvirtuamento na partilha das receitas tributárias originariamente previstas na Constituição de 1988: “A elevação na partilha dos impostos federais, determinada a partir da Constituição de 1988, fomentou uma prática antifederativa da União: a majoração das contribuições, não partilhadas com Estados e Municípios, a ponto de tais tributos representarem, em 2005, mais de 50% da receita tributária da União, conquanto na época da promulgação da Constituição Cidadã tais tributos não alcançavam nem 10% da arrecadação federal. Em resumo, são duas as vertentes potencialmente desestabilizadoras do Pacto Federativo: i) de um lado, a delegação de tarefas a Estados-membros e principalmente aos Municípios e ii) de outro lado, a centralização de recursos financeiros na União”. No mesmo sentido: Trevas, 2013, p. 19.

Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicações (ICMS), afetando diretamente as transferências do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e do ICMS aos Municípios. Além dessa prática comum, a União agrava a escassez de recursos municipais com a criação e a elevação das alíquotas das contribuições sobre o lucro líquido das empresas (CSLL), sobre produtos industrializados (Cofins), imposto de importação e exportação e sobre operações financeiras (IOF), tributos estes não partilhados com Estados e Municípios.

Estudos indicam a necessidade de revisão do sistema tributário nacional, para unificar a legislação tributária, acabar com a guerra fiscal, tributar as operações na origem e transferir a arrecadação incidente ao Município de destino (local do consumidor, a exemplo da substituição tributária). É urgente a participação dos Municípios nas contribuições arrecadadas pela União, como CSLL, Cofins, IOF, impostos sobre a importação e exportação e aumento nos percentuais distribuídos sobre a Cide.

A elevação dos percentuais das transferências constitucionais para equilibrar as finanças municipais, deverá aproximar-se da seguinte divisão: 30% da arrecadação tributária nacional aos Municípios brasileiros, 25% aos Estados e 45% à União. Feita essa adequação, dá para dispensar a prática nociva das transferências discricionárias para dar conta da aplicação das políticas públicas, já que execução de programas por parte dos Municípios é feita por meio das transferências de recursos da União e dos Estados (sic).²³⁶

De fato, tanto a competência tributária quanto a destinação dos recursos tributários ainda estão excessivamente centralizados na União, por mais que a Assembleia Constituinte de 1987 tenha procurado efetivar uma partilha justa das receitas tributárias no texto da Constituição Federal. Ainda, é sintomática a baixa arrecadação própria dos municípios (apenas 6,34% do montante global de tributos arrecadados no exercício

²³⁶ CNM, 2018, p. 35-36.

de 2016), o que mostra uma descentralização política atrelada e dependente das transferências constitucionais²³⁷.

Essa também é a conclusão de Abrucio, para quem o processo de descentralização no Brasil deu-se de maneira desvirtuada, pois apesar dos aspectos positivos em torno do repasse acentuado de funções aos municípios (maior democratização da gestão pública, diminuição dos custos de transação e incorporação das experiências locais), vivenciou-se na prática que inúmeros municípios não detinham as condições mínimas para o exercício de tais competências, agravando as desigualdades regionais. Somado a isso, Abrucio também aponta que a melhor repartição das receitas tributárias em favor dos municípios implicou na multiplicação destas unidades federativas a partir da Constituição de 1988 (eram 4.189 municípios no ano de 1988 e atualmente são 5.570 municípios), estimulando a irresponsabilidade fiscal, o aumento dos gastos com o corpo administrativo e a dependência em relação às transferências intergovernamentais, sem que houvesse qualquer estímulo para que os municípios aperfeiçoassem o aumento da arrecadação tributária própria ou compartilhassem despesas de forma horizontal (em regime de cooperação, a exemplo da formação de consórcios públicos)²³⁸.

Assim, a descentralização de competências não se deu ao mesmo passo da descentralização de recursos financeiros aptos a dar vazão às demandas e responsabilidades dos estados e municípios no cenário federativo.

Ainda, as atribuições descentralizadas, principalmente aos municípios, não se deram de maneira organizada e com o incentivo ao desenvolvimento de redes federativas, capazes de otimizar os recursos públicos. Na prática, os municípios de pequeno porte, maioria no país, não possuem estrutura técnico-operacional e ambiente político para a execução de inúmeras competências sob sua alçada, especialmente no campo da arrecadação tributária própria e da execução de serviços de maior complexidade (os indicadores de qualidade e abrangência dos

²³⁷ Certamente parcela do baixo volume de arrecadação tributária própria é decorrente da ineficiência dos municípios em instituírem e cobrarem os tributos sob sua competência. Levantamento do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, realizado no ano de 2017, aponta que 45% dos municípios catarinenses não revisou a planta genérica de valores imobiliários nos últimos dez anos, o que denota em perda na arrecadação do IPTU (Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/programas/saude-fiscal-dos-municipios>>. Acessado em 19/5/2018).

²³⁸ Abrucio, 2001, p. 69-77.

serviços de saneamento básico são um excelente exemplo da ineficácia dos governos locais no exercício das suas competências constitucionais).

Esse cenário de dependência dos governos subnacionais à União é o principal efeito que tem na sua origem, como bem pontuado por Balthazar²³⁹, um *sistema federativo assimétrico e vertical* em relação às competências constitucionais e as receitas tributárias auferidas (através da arrecadação própria e pelas transferências constitucionais) por cada ente da Federação. Por isso a relevância, como se abordará adiante, da criação de redes federativas para o fomento das relações de intergovernabilidade (intrafederativas e interfederativas), pedra de toque para o equilíbrio da Federação.

2.2.1 A autonomia dos entes federados

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal assegura a autonomia dos entes da Federação. Trata-se de previsão expressa no art. 18 da Carta de 1988²⁴⁰, de natureza cogente no ordenamento jurídico e que baliza o regime constitucional no que toca às competências dos entes federativos e a forma como interagem.

O conceito de autonomia federativa não está positivado, competindo à doutrina traçar os elementos centrais de sua concepção. Horta compreende a autonomia federativa como a capacidade de expedir normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos²⁴¹. Baliza seu pensamento nas lições de Santi Romano, que atrelava a autonomia federativa à ideia de *autolegislação*, isto é, à competência para criar normas no ordenamento jurídico²⁴²; bem como nas de Mortati, que concebia dois elementos centrais em torno da

²³⁹ Nesse sentido conclui o Professor de Direito Tributário da Universidade Federal de Santa Catarina, na conferência de abertura do I Congresso Internacional de Direito Constitucional, realizado em outubro de 2018 em Florianópolis: “Em conclusão: na esfera tributária apenas confirmam a conclusão a que chegamos: nosso federalismo é essencialmente assimétrico, de estrutura vertical. Seja sob o aspecto fiscal (repartição de receitas) ou tributário (discriminação de competências). Mesmo realizando-se uma reforma tributária, dificilmente conseguiremos atingir uma simetria federal. Não podemos esquecer que em todas as propostas de reforma tributária em discussão no Congresso, a disputa é para ou fortalecer a União, ou os Estados membros... Ou seja, manter a assimetria!” (Balthazar, 2018).

²⁴⁰ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

²⁴¹ Horta, 2003, p. 363-364.

²⁴² Santi Romano, 1953, p. 14.

autonomia: a *auto-organização* e a *autonormatização*²⁴³. Assim, o conceito de Horta parte das lições da doutrina italiana em torno da autonomia federativa, encontrando no poder normativo o elo central de identificação desse instituto jurídico.

Já Peña de Moraes compreende a autonomia federativa como a capacidade de *autodeterminação*, exteriorizada por três capacidades: *autoadministração*, *autogoverno* e *auto-organização*. A autoadministração diz respeito à capacidade do ente da Federação para aplicar o direito positivado e exercer as funções públicas que lhe são afetas. O autogoverno está relacionado à competência do ente em escolher seus agentes públicos que irão desempenhar as atribuições dos poderes constituídos. Por fim, a auto-organização explicita a capacidade da unidade federativa em elaborar sua Constituição, bem como instituir os órgãos de governo²⁴⁴.

As posições doutrinárias, apesar de não uníssonas, revelam que a autonomia federativa diz respeito ao poder de *autodeterminação*, isto é, a existência de competências constitucionais para *normatizar* e *organizar* suas próprias *estruturas políticas e administrativas*, para o exercício autônomo das atribuições que lhe são impostas pelo arranjo federativo. Portanto, a autonomia federativa está atrelada à capacidade de auto-organização administrativa e de produção de normas que disciplinam não somente o próprio corpo administrativo do ente federativo, mas, também, a própria sociedade para o exercício das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição, conforme as peculiaridades de cada ordenamento jurídico²⁴⁵.

São entes federativos autônomos no atual regime constitucional brasileiro a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal. Todos possuem poder de autodeterminação reconhecido pela Constituição Federal (art. 18, 25 e 29), assim como gozam de competências privativas (art. 21, 25, § 1º e 30) e, por vezes, comuns (art. 23, CF).

Nesse cenário, a Constituição de 1988, ao reconhecer o município como ente componente da organização político-administrativa da

²⁴³ Mortati, 1960, p. 640.

²⁴⁴ Peña de Moraes, 2016, p. 364.

²⁴⁵ Nesse mesmo sentido é o pensamento de Dias (2013, p. 153-154): “(...) a autonomia política dos entes federativos, corolário da repartição de competências, compreende um plexo de capacidades, dentre as quais a autonomia legislativa (capacidade para legislar dentro do espaço delimitado constitucionalmente) e a autonomia administrativa (capacidade para exercer funções administrativas dentro da esfera delimitada pela Constituição). A autonomia política revela-se como um poder para *fazer-as-coisas-a-seu-modo* (*my way*) no espaço delimitado pela Constituição”.

República Federativa do Brasil, inova a ordem federativa brasileira e supera a tradicional dualidade federativa (divisão entre União e Estados-membros) presente nos regimes constitucionais dos demais Estados federados²⁴⁶. O reconhecimento dos municípios como entes da Federação é fruto do movimento municipalista para auferir a esse nível de governo local efetiva autonomia e competências afetas à descentralização política²⁴⁷.

Para Silva, o regime constitucional de 1988 reconheceu aos municípios *autonomia política* (capacidade de auto-organização e autogoverno), *normativa* (capacidades de fazer leis próprias sobre a matéria de sua competência), *administrativa* (administração própria e organização de serviços locais) e *financeira* (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração)²⁴⁸.

²⁴⁶ Sobre a situação do Município na Federação brasileira, Bonavides (2016, p. 355) discorre com propriedade: “Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantando no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia. Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado pouvoir municipal – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988.”

²⁴⁷ Nesse sentido, Horta (2003, p. 445): “Entre os novos fundamentos, sobressai a singular inclusão do Município entre os entes que compõe a união indissolúvel da República Federativa, no artigo inicial da Constituição (art. 1º). Essa eminência do Município não dispõe de correspondência nas anteriores Constituições Federais Brasileiras, nem tão pouco nas Constituições Federais dos Estados Unidos, do México, Argentina, Venezuela, Áustria, Alemanha, Canadá, Índia, Suíça e Austrália. A inovação da Constituição adveio da atração sugestionadora do movimento municipalista, que rompeu o quadro da lógica constitucional e erigiu o Município autônomo em componente da República Federativa. A ascensão do Município desfaz as antigas reservas que se opunham às relações diretas entre a União e o Município, por considera-lo “assunto de intimidade doméstica” do Estado, como assinalou Castro Nunes, expondo a doutrina do federalismo clássico de 1891. A evolução do federalismo constitucional brasileiro, a partir das Constituições de 1934 e 1946, indicava novos rumos, através da progressiva dilatação das normas constitucionais federais no âmbito da autonomia municipal, para identificar o seu conteúdo, atribuir receitas próprias e incluir o Município no mecanismo compensatório da repartição da receita federal”.

²⁴⁸ Silva, 1989, p. 8-9.

Importa destacar que a autonomia municipal já era objeto de discussões na Europa muito antes do advento da Constituição de 1988, conforme relata Bonavides em estudo do tema. Para o autor, competiu a Jellinek trazer à baila o resgate da doutrina francesa que desde o final do séc. XVIII já defendia a autonomia municipal, a partir do conceito de *pouvoir municipal*²⁴⁹. Mais recentemente, na década de 70, fora rejeitada na Alemanha a participação dos municípios no *Bundesrat* (estrutura equivalente no Brasil ao Senado Federal), consoante consta do relatório intitulado *Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform (II), Bund und Länder (1973-1976)*²⁵⁰. Assim, antes mesmo da Constituição de 1988 inaugurar o federalismo tridimensional, existiram movimentos na Europa no sentido de ampliação do papel dos municípios na organização do Estado, sendo rechaçados diante da forte tradição do federalismo dual.

Portanto, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, os municípios ganharam *status* de ente federativo, com autonomia político-constitucional, se contrapondo ao regime organizacional até então presente e encontrado nos demais Estados federais, onde os municípios (ou seus equivalentes) possuem natureza de autarquia territorial, com autonomia administrativa (que varia em cada Estado), mas sem gozar das competências características da autonomia dos entes federativos.

E no caso brasileiro, preocupou-se sobremaneira o Constituinte de 1987 em resguardar a autonomia dos entes da Federação, justamente porque elemento central do regime federativo. Prova disso são as situações bem delimitadas para os casos de intervenção federativa. Prevê a Constituição Federal que a União somente intervirá nos estados ou no Distrito Federal em situações excepcionais, extremamente graves e afetas à estabilidade do Estado de Direito, consoante rol exauriente constante do art. 34 da Carta de 1988 (manutenção da integridade nacional, repelir a invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação, por fim a grave comprometimento da ordem pública, entre outras ali listadas). Da mesma forma, ocorre com as causas que fundamentam a intervenção dos estados nos municípios, todas de elevada relevância constitucional e expressamente constantes no corpo do art. 35 da Constituição Federal.

A intervenção federal e estadual, portanto, é situação extravagante e temporária no regime constitucional, com a efetiva supervisão do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, conforme disposto no art. 36 da Constituição Federal. Reforça-se, assim, a autonomia federativa como

²⁴⁹ Bonavides, 2016, p. 356-359.

²⁵⁰ Bonavides, 2016, p. 353.

fundamento da Federação e somente passível de ser afastada em casos específicos e devidamente delimitados pela própria Constituição, mediante controle e supervisão dos poderes constituídos.

Nesse contexto, não sobressaem dúvidas em relação à autonomia – ao menos formal – concedida aos entes da Federação pelo regime constitucional de 1988, que inaugurou o federalismo tridimensional e trouxe os municípios para um patamar federativo até então desconhecido pelos Estados estrangeiros.

A questão central, entretanto, é de ordem prática, isto é, de interpretação e aplicação do texto constitucional. É o caso, por exemplo, da aplicação alargada do *princípio da simetria*, engessando as Cartas Políticas estaduais e municipais perante às regras estabelecidas pela Constituição Federal no campo das relações nacionais, destinadas à União. Como regra, as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas municipais possuem demasiada vinculação à Constituição Federal nas matérias relativas ao processo legislativo, à elaboração de orçamento, à fiscalização orçamentária e financeira, à função pública, à perda de mandato eletivo, às regras de aposentadoria, como bem retratam os precedentes do Supremo Tribunal Federal²⁵¹. Essa situação acaba por tolher a efetiva autonomia dos entes subnacionais, o que caminha na contramão da autoadministração e autorregulação típico do Estado federal²⁵².

²⁵¹ São inúmeros os precedentes do Supremo Tribunal Federal aplicando o princípio da simetria constitucional, a exemplo do seguinte: *Ação direta de inconstitucionalidade*. 2. *Artigos 238 e 239 da Constituição do estado do Rio Grande do Sul*. 3. *Lei estadual n. 9.726/1992*. 4. *Criação do Conselho de Comunicação Social*. 5. *O art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal, prevê reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo para criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública*. 6. *É firme a jurisprudência desta Corte orientada pelo princípio da simetria de que cabe ao Governador do Estado a iniciativa de lei para criação, estruturação e atribuições de secretarias e de órgãos da administração pública*. 7. *Violação ao princípio da separação dos poderes, pois o processo legislativo ocorreu sem a participação chefe do Poder Executivo*. 8. *Ação direta julgada procedente*. (STF, ADI n. 821/RS, rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento em 02/09/2015).

²⁵² A crítica por parcela da doutrina vem de longa data, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, como bem reportado por Horta (1981) em consistente artigo sobre a necessidade de reconstrução do federalismo brasileiro. Mais recentemente, Barroso (2012, p. 27) também impõe críticas ao modelo centralizador da Federação brasileira, inclusive no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, concluindo que “O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.”

A autonomia formal assegurada pela Constituição Federal tem também encontrado obstáculo na concentração de receita tributária em torno da União. O federalismo brasileiro, apesar de ter alcançado ponto de equilíbrio no campo conceitual, como defende Horta²⁵³, acaba por mostrar-se frágil e problemático no dia-a-dia das relações federativas, com a preponderância ainda aguda da União em relação aos demais entes da Federação. Em suma, a solução dos graves problemas locais e no âmbito dos estados ainda dependem da participação direta da União, como ocorreu em 2018 no caso da intervenção federal no Rio de Janeiro, para combate ao crime organizado²⁵⁴.

Vê-se, assim, que a autonomia federativa, apesar de agasalhada pelo texto constitucional, ainda cambaleia diante da tradição centralizadora de poderes e receitas fiscais em torno da União, prejudicando o processo de efetiva descentralização de funções, poderes e recursos aos governos locais.

2.2.2 O regime de competências constitucionais

As competências alocadas na Constituição para cada unidade federativa é matéria por demais rica ao federalismo. Nas palavras de Loewenstein, trata-se da chave da estrutura do poder federal²⁵⁵. De fato, a autonomia dos Estados federados pressupõe que estes possam exercer competências originárias, ou seja, que sejam detentores de núcleos de poder advindo diretamente do texto constitucional, donde nenhum nível de governo possa sobrepujar o outro, muito menos vilipendiar a repartição de competências. Em síntese, o regime de competências constitucionais é a linha mestra da *organização* do Estado federal.

O modelo clássico de repartição de competências lançado pela Constituição norte-americana de 1787 estava centrado na divisão entre poderes *enumerados*, de competência da União; e poderes *reservados*, destinados aos Estados-membros. Trata-se da conhecida regra constante da Constituição norte-americana, inserida pela Emenda X de 1791: “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela

²⁵³ É o pensamento do autor (2003, p. 450): “Sob o ângulo da forma federal de Estado, a Constituição de 1988 é o coroamento da evolução secular e assinala o ponto de equilíbrio que se atingiu no estágio do amadurecimento das instituições federais.”

²⁵⁴ Vide Decreto federal n. 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, que decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública.

²⁵⁵ Loewenstein, 1970, p. 356.

negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.”²⁵⁶. A divisão entre poderes enumerados e reservados pressupunha que os Estados-membros permaneceriam fortes, como atores centrais no regime de competências. Essa é a ideia que balizou as primeiras Constituições dos Estados federativos, a partir da experiência norte-americana.

No Brasil não fora diferente. A Constituição de 1891 é fortemente marcada pela repartição de poderes enumerados e reservados²⁵⁷, sendo inexpressiva a existência de competências concorrentes²⁵⁸. Entretanto, a realidade política e econômica à época fez com que, na prática, os poderes ficassem de fato centralizados na União, especialmente na pessoa do Presidente da República. Essa centralidade de poder manteve-se, apesar de avanços existentes nas Constituições de 1934 e 1946²⁵⁹, até o advento da Constituição de 1988, que inaugurou novo regime de competências, num ambiente político propício à descentralização de poder (período da redemocratização e de valorização das estruturas estaduais e municipais).

É nesse contexto que a Constituição de 1988 estabeleceu um moderno e equilibrado regime de repartição de competências entre os entes da Federação. Ao lado dos poderes *enumerados*, de competência exclusiva e privativa da União; e dos poderes *reservados*, de competência dos Estados, a Constituição de 1988 estabeleceu competências *comuns* e

²⁵⁶ No original: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

²⁵⁷ Citam-se os seguintes artigos da Constituição de 1891 que elucidam a repartição de competências:

Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União.

Art 65 - É facultado aos Estados: 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

²⁵⁸ Moreira Neto (1988, p. 130) defende que a “competência concorrente teve pouquíssima ou nenhuma expressão” no âmbito da Constituição de 1891.

²⁵⁹ A centralização de poder no regime constitucional de 1934 e 1946 foi muito aquém daquela presente nos regimes de 1937 (Governo Vargas) e 1967-69 (período militar). Mesmo assim, a centralidade de poder em torno da União e na figura do Presidente da República sempre foram marcas do Estado federal desde seu surgimento, com a Constituição de 1891. É sob o manto da Constituição de 1988 que o centralismo de poder em torno da União fora combatido, o que não significa que o atual regime constitucional não seja objeto de críticas e reflexões, diante do retorno do pêndulo ao centralismo da União (especialmente sob o viés fiscal, com a concentração de receitas tributárias).

concorrentes, buscando eliminar a centralização de poder até então presente no constitucionalismo brasileiro²⁶⁰.

A Constituição também reservou poderes aos municípios, consoante dispõe o art. 30 da Constituição Federal, que referendou aos municípios competência para, por exemplo, (i) legislar sobre assuntos de interesse local, (ii) suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e (iii) instituir e arrecadar os tributos de sua competência, (iv) promover o adequado ordenamento territorial e (v) prestar serviços públicos de interesse local. Já no campo das áreas da saúde e educação, a Constituição inseriu os municípios como legitimados a atuarem conjuntamente com a União e os estados, atestando a descentralização de competências e a adoção do federalismo de cooperação.

As inovações no campo das competências municipais, além de serem fruto das aspirações dos movimentos municipalistas, como antes já discorrido, também procurou dar concretude ao objetivo de deslocar o poder do “centro para a periferia”, num movimento centrífugo de competências da União para os governos subnacionais, tal qual concebido pelo constitucionalismo alemão através do princípio da subsidiariedade.

Importa destacar que a defesa da descentralização política, além de estar atrelada ao ambiente político e social de ruptura com o centralismo autoritário do regime militar, era de longa data defendido no campo jurídico. Ataliba, quando do lançamento do seu clássico *República e Constituição*, em 1985, já advertia que “tudo que puder ser feito pelos escalões intermediários, haverá de ser de sua competência; tudo que o povo puder fazer por si mesmo, a ele próprio incumbe.”²⁶¹ O trecho colacionado talvez seja um dos mais significativos do pensamento do autor ao longo da sua obra, lançada justamente no período de

²⁶⁰ Importa registrar que inúmeros constitucionalistas de escol contribuíram junto às Comissões da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 com o objetivo de definir adequadamente o regime de competências na Constituição de 1988. Juristas como Raul Machado Horta, Sérgio Ferraz e José Silva tiveram papel destacado na apresentação de estudos e anteprojetos para a construção da Carta de 1988. Sobre o processo de construção da Constituição de 1988, desde o encaminhamento pelo Presidente José Sarney da Mensagem n. 330 para o Congresso Nacional, propondo a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, até a aprovação do seu texto final em 5 de outubro de 1988, remete-se o leitor à obra produzida pelo Senado Federal e intitulada *A Gênese do Texto da Constituição de 1988* (2013). Também se recomenda as obras de Barroso (2015, p. 482-491), Gaspari (2016) e Ramos (2007), que retratam, sob diferentes vertentes, o período de transição política e de concepção da Assembleia Nacional Constituinte.

²⁶¹ Ataliba, 1985, p. 15-16.

amadurecimento político para a formulação da nova Constituição brasileira, o que denota a relevância da obra de Ataliba não somente no campo jurídico, mas também político²⁶².

O pensamento de Ataliba, revelava a necessidade, assim como o fizeram os representantes das treze colônias americanas, de preservar-se o protagonismo político-administrativo dos Estados-membros em relação à União, deixando o poder decisório mais próximo do cidadão e privilegiando-se as peculiaridades regionais. Somente aquelas matérias afetas à soberania e que transcendem o interesse dos Estados-membros devem ser deslocadas à União, no intuito de manter a unidade das heterogeneidades que compõe a Federação e resguardar os interesses soberanos do Estado²⁶³.

A Constituição de 1988, assim, inaugurou um regime de competências muito mais complexo que o das Constituições que a antecederam²⁶⁴. Ganham destaque, nesse cenário, as competências *comuns* inseridas no art. 23 da Constituição, que permitem a atuação

²⁶² Deveras, Geraldo Ataliba foi certamente um dos maiores publicistas brasileiros, contribuindo imensuravelmente para o Direito Constitucional e Tributário. Carlos Velloso resumiu a grandeza de Ataliba em texto publicado na Folha de São Paulo e dedicado a homenagear o jurista quando do seu falecimento: “Com Geraldo Ataliba desaparece um dos maiores publicistas brasileiros, talvez o maior dos últimos tempos, que soube conceituar institutos, até então estudados exclusivamente segundo o direito privado, sob o ponto de vista do direito público, especialmente do direito constitucional, assim nas suas linhas maiores e tendo em vista o critério objetivo.” (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/11/19/opinia0/9.html>). Acessado em 31/5/2018). Como não bastasse a relevância ímpar das obras de Geraldo Ataliba, muitas delas utilizadas como doutrina de base para o pensamento por nós defendido ao longo da presente pesquisa, a morte do jurista num 15 de novembro releva, e muito, a grandeza (valendo-se da mesma adjetivação utilizada por Carlos Velloso) da pessoa de Geraldo Ataliba.

²⁶³ No mesmo sentido também é o pensamento de Bastos (1994, p. 249), para quem “(...) a regra de ouro poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior.”; e de Grotti (1995, p. 157), que assim afirma: “(...) o governo federal não deve arcar com responsabilidades que os estados estão preparados para desempenhar a contento; estes não deverão exercer funções que o município seja capaz de exercer. Em outros termos: deve-se afastar a União de tarefas locais, cometendo-as aos Estados e Municípios”.

²⁶⁴ Não é o objetivo aqui delineado a abordagem sistêmica e minuciosa do regime de competência da Constituição de 1988, dentro das suas variadas classificações, como aquela feita por José Silva, que divide as competências em (i) *materiais*, que comportam as competências *exclusivas* (art. 21) e *comuns* (art. 23); e em (ii) *legislativas*, subdividindo-se em competências *exclusivas* (art. 25, §§ 1º e 2º), *privativas* (art. 22), *concorrentes* (art. 24) e *suplementares* (art. 24, § 2º).

compartilhada entre os entes da Federação em matérias que transbordam o interesse de uma única unidade federativa. Como expõe Horta, o aumento das situações inseridas no campo da competência comum é adequado ao federalismo de dimensão continental, a exemplo do Brasil, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas²⁶⁵. Nesse cenário federativo, deveria a União primar pela adoção das políticas e diretrizes nacionais, descentralizando a execução dessas ações para os governos subnacionais, acompanhado das condições financeiras para tal mister.

Já no campo legislativo, destaca-se a previsão constante do art. 24 da Constituição Federal, que introduz extenso rol de competência legislativa *concorrente limitada*²⁶⁶ entre a União, estados e Distrito Federal. Aqui, compete à União legislar sobre as *normas ou diretrizes gerais* relativas a cada uma das matérias ali listadas, competindo aos estados e Distrito Federal complementar ou suplementar a legislação nacional. A competência *concorrente limitada*, tal como prevista no art. 24 da Constituição de 1988, já constava, ainda que de modo mais tímido, das Constituições de 1934, 1946 e 1967, a partir do modelo inicialmente introduzido pela Constituição Alemã de 1919²⁶⁷.

O texto da Constituição Federal também é merecedor de críticas. Além de pecar em alguns aspectos pela falta de melhor sistematização em

²⁶⁵ Horta, 2003, p. 314.

²⁶⁶ A doutrina aponta a existência de duas modalidades de competência concorrente: *clássica* (também chamada de cumulativa) e *limitada* (também chamada de não-cumulativa). A primeira é caracterizada pela disponibilidade ilimitada do governo nacional de legislar sobre a matéria, ou seja, podendo dispor de regras específicas, esvaziando a competência dos governos subnacionais, que somente possuem competência suplementar (no caso de omissão do governo nacional no exercício da competência legislativa) e complementar (preenchimento das lacunas legislativas existentes). Na segunda, diferentemente, o governo nacional somente dispõe de competência para legislar sobre normas gerais (diretrizes normativas), sendo competência dos governos subnacionais legislarem a respeito das especificidades da matéria. Na competência concorrente limitada, normas que contenham aspectos específicos da legislação somente se aplicam ao governo nacional, por usurparem a competência legislativa dos governos subnacionais. Sobre a matéria, remete-se o leitor aos estudos de Moreira Neto (1988) e Horta (1995, p. 366).

²⁶⁷ Moreira Neto (1988, p. 131-134) aponta que na Constituição de 1934 existiam nove casos de competência concorrente limitada, na Constituição de 1946 seis casos e na Constituição de 1967 sete casos, posteriormente ampliado (EC n. 1/1969) para nove situações de competência concorrente limitada.

relação às competências dos entes da Federação²⁶⁸, acaba por permitir amplas discussões tangente aos limites das competências constitucionais, justamente pela existência de compartilhamento de competências entre as unidades federativas.

E esse ponto ganha especial destaque no campo das competências concorrentes limitadas, onde compete à União tão somente a elaboração de normas ou diretrizes gerais. A questão passa pela compreensão de quais seriam esses limites, isto é, da definição do que seja efetivamente uma norma de cunho geral. Esse problema foi enfrentado por Moreira Neto, que elenca quatro características centrais a essa espécie de norma: *principiológicas, nacionais, limitativas e pormenorizantes*. O autor aborda que as normas gerais podem ser compreendidas como “declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso da sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos”²⁶⁹.

Por mais que Moreira Neto tenha buscado trazer elementos que possam balizar o intérprete do que seja norma de cunho geral daquilo que seja norma de conteúdo concreto (específico), a dificuldade mostra-se gigantesca e inexistente segurança jurídica em torno da matéria.

Veja-se o caso da previsão contida no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federação, no sentido de competir à União legislar sobre

²⁶⁸ Nesse sentido é a pertinente crítica feita por Almeida (2010, p. 87): “Em termos técnicos, cabe fazer uma crítica à inclusão, no artigo 22, de matérias que serão objeto de normas gerais ou de diretrizes estabelecidas pela União. É o que ocorre nos incisos IX; XXI; XXIV e XXVII, em que se cuida, respectivamente, de diretrizes da política nacional de transportes; de normas gerais de organização das polícias militares; de diretrizes e bases da educação nacional e de normas gerais de licitação e contratação na Administração Pública em geral. O constituinte houve por bem adotar a técnica de separar, como já se sabe, as competências legislativas privativas das competências legislativas concorrentes.

No caso das competências privativas, a regra é que seu exercício seja conferido em plenitude à respectiva esfera de poder. Isto é, o poder competente fica autorizado a normatizar todos os aspectos, gerais e específicos, das matérias submetidas à sua competência. Já nas hipóteses de competência legislativa concorrente, a regra – que examinaremos melhor no momento certo – é a de que à União cabe editar normas gerais, ficando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com a legislação suplementar. Ora, se assim é, deveriam ter figurado entre as matérias objeto de competência legislativa concorrente, arroladas no artigo 24, aquelas que, impropriamente, constaram nos incisos IX; XXI; XXIV e XXVII do artigo 22. Ter-se-ia então num mesmo artigo todas as matérias em relação as quais cabe à União editar normas gerais, e, em outro, todos os assuntos passíveis de disciplina legislativa plena pelo poder central”.

²⁶⁹ Moreira Neto, 1988, p. 159.

normas gerais de licitação e contratação. A União acabou por avançar nas suas competências e praticamente não deixou espaço para o regramento da matéria por parte dos demais entes da Federação. A Lei nº 8.666/1993 vai muito além do disciplinamento de normas gerais de licitação, impondo regramento detalhado e minucioso sobre as licitações públicas e a celebração de contratos administrativos, praticamente ceifando o campo de atuação dos governos subnacionais²⁷⁰. Não por acaso, é acanhada a produção de leis sobre a matéria pelos demais entes da Federação, e quando o fazem tendem a ser objeto de questionamentos judiciais em relação à usurpação da competência da União em estabelecer *normas gerais*²⁷¹.

Problema correlato ocorre no exercício das competências comuns, arroladas no art. 23 da Constituição Federal. Aqui são listadas as funções administrativas (de cunho material) de incumbência conjunta de todas as unidades da Federação, em diversas áreas de atribuição do poder público (saúde, educação, assistência social, meio ambiente, moradia, saneamento básico, entre outras), de modo que por meio de leis complementares fixar-se-ão normas para a cooperação entre os entes federativos.

Ocorre que são inúmeras as zonas de sobreposição no campo das competências constitucionais comuns, o que acaba por tornar problemática a identificação das responsabilidades de atuação de cada nível de governo, por vezes objeto de infundáveis discussões judiciais²⁷².

²⁷⁰ Posição contrária parece ser defendida por Justen Filho (2016, p. 29), para quem: “Em termos práticos e diretos, a Lei 8.666/1993 consolidou e ratificou princípios e normas delineados a partir de uma longa tradição legislativa. A maior parte das regras constantes da atual lei foi captada da doutrina, da jurisprudência ou das praxes administrativas. Essas regras correspondem, grande parte, à única solução compatível com o texto constitucional”.

²⁷¹ O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar a questão afeta à competência da União para dispor sobre normas gerais, especialmente no campo das licitações públicas, conforme os seguintes precedentes: Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 3/11/1993; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.735/MS, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2016; e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.059/RS, rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015.

²⁷² Basta que se observe a celeuma que envolveu a definição, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da competência dos serviços públicos de abastecimento de água nas regiões metropolitanas (ADIN n. 1.842, rel. originário Min. Maurício Corrêa, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 6/3/2013). Da mesma forma ocorre com a judicialização da saúde pública, sendo corriqueira a responsabilização conjunta dos

No campo tributário, o regime de competências constitucionais foi mais taxativo e direto, enumerando de maneira clara os tributos de competência da União, estados, Distrito Federal e municípios, conforme a eficiência alocativa de cada ente da Federação²⁷³. A forma de repartição das receitas fiscais entre os entes federativos também foi objeto de regramento e não guarda maiores divergências de ordem prática. É inegável a influência do federalismo de cooperação no campo das receitas fiscais, com o compartilhamento do produto da arrecadação advindo de diversos tributos arrecadados pelas unidades federativas (receitas da União compartilhadas com estados, Distrito Federal e municípios, a exemplo do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza – art. 159, I da CF; e receitas dos estados compartilhadas com os municípios, a exemplo do imposto de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – art. 158, IV da CF), no objetivo de descentralizar as receitas e prover todos os entes das condições financeiras para o exercício das suas competências.

Assim, a cooperação federativa também está presente no campo fiscal (daí falar-se em federalismo fiscal²⁷⁴). A Constituição de 1988 estabeleceu um regime de *cooperação vertical* (da União para os Estados e municípios; e dos estados para os municípios), de cunho obrigatório, caracterizado pelas transferências financeiras do produto da arrecadação tributária da União e dos estados. Trata-se do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), essenciais para que os entes subnacionais possam desenvolver suas

entes da Federação para execução de ações que, por vezes, são definidas pela legislação setorial como de responsabilidade de uma determinada unidade da Federação (como é o caso dos medicamentos de alta complexidade). Outro exemplo diz respeito à atribuição de licenciamento ambiental, situação atenuada somente após a vigência da Lei complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, que definiu diretrizes para o exercício da competência por cada ente federativo.

²⁷³ Nesse sentido, Conti (2010, p. 24) informa que “a partilha de competências tributárias é essencialmente vinculada a critérios de eficiência alocativa, em que se atribui a competência para tributar ao ente da Federação capaz de fazê-lo com maior eficiência”.

²⁷⁴ Para Prado (2006, p. 15), compreende-se por federalismo fiscal “o conjunto de problemas, métodos e processos relativos à distribuição de recursos fiscais em federações, de forma tal que viabilizem o bom desempenho de cada nível de governo no cumprimento dos encargos a ele atribuídos.”. Sobre o tema do federalismo fiscal, além da obra de Prado, remete-se o leitor aos estudos de Moreira de Carvalho (2010), Leite Lobo (2006) e Reis (2000).

competências constitucionais e haja a devida distribuição das riquezas nacionais e regionais.

Esse regime infelizmente desvirtuou-se. A partir da década de 90 a União passou a centralizar as receitas tributárias através do aumento da carga tributária de tributos que não são compartilhados com os demais entes da Federação. Essa realidade é desnudada por Abrucio, que demonstra com acuidade o retorno do pêndulo ao centralismo fiscal em favor da União, no objetivo de possibilitar a implementação das reformas estruturantes do Estado e fazer frente ao Plano Real e à equalização da dívida pública²⁷⁵, em prejuízo de uma melhor divisão das receitas tributárias com os demais entes²⁷⁶.

O cenário vivenciado no Brasil não é distinto daquele presente em outros Estados federais, que igualmente acabaram, nas últimas décadas, por marchar – no sentido da concentração de poder em torno do governo nacional, muito em decorrência, segundo Seabra Fagundes: (i) do panorama econômico de intensa competição internacional que reclama a unidade da ação governativa, (ii) as crescentes tarefas do Estado no campo social, em especial na área da previdência, saúde e educação, que exigem planejamento e atuação nacional e a aplicação de significativos recursos financeiros; e (iii) o problema da segurança nacional que impõe a atuação no governo central para a preservação da soberania²⁷⁷. Garcia Pelayo aponta outros elementos que justificam o retorno da centralidade de poder em torno do governo central: a existência de guerras, as crises econômicas de nível global e crescente complexidade da estrutura econômica mundial, que marcou o século XX²⁷⁸.

O que se vê nesses 30 anos de vigência da Constituição Federal é que o regime de competências do Estado federal, apesar do inegável avanço em relação às Constituições que a antecederam, não possibilitou a efetiva descentralização então almejada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987, seja porque a realidade social e econômica acaba por se sobrepor ao texto constitucional, como já advertia de longa data

²⁷⁵ Abrucio, 2001, p. 78-84.

²⁷⁶ Deveras, nos Governos de Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer, o que se presenciou fora um presidencialismo de coalisão, marcado pela captura (subordinação) do Poder Legislativo pelo Poder Executivo, mediante liberação de vultosas emendas parlamentares, clientelismo na nomeação de cargos no alto escalão das empresas estatais e uso velado da máquina pública em favor de governadores e prefeitos aliados. Essa prática restou desnudada após os escândalos do “mensalão” e da “lava-jato”.

²⁷⁷ Seabra Fagundes, 2011, p. 152-153.

²⁷⁸ Garcia Pelayo, 1984, p. 245.

Ferdinand Lassalle, seja porque a centralização de receitas tributárias em torno da União impede que os demais entes subnacionais possam exercer com plenitude suas competências constitucionais, o que gera um inevitável círculo vicioso em torno da centralidade de poder no Governo Federal. Se, de um lado a Constituição de 1988 é elogiável por estabelecer um regime descentralizado de competências (o que não o torna um regime imune de críticas e aperfeiçoamentos), de outro a realidade brasileira acabou por manter a hegemonia de poder em torno da União, em prejuízo de um federalismo mais equilibrado e descentralizado.

Como bem adverte Fernandes Dias, “uma coisa é o federalismo na sua fase constitucional (onde são fixadas as regras do jogo) e outra, na sua fase funcional (onde se joga o jogo)”²⁷⁹. Apesar dos avanços inegáveis no regime de repartição das competências constitucionais com a Carta de 1988, rompendo, ao menos no campo formal, com o centralismo político da União fortemente instalado a partir do regime ditatorial de 1964, é inegável que a realidade vivenciada no constitucionalismo brasileiro está longe do equilíbrio federativo então almejado pela Assembleia Constituinte de 1987²⁸⁰. O federalismo cooperativo, apesar de fortemente presente no texto constitucional, não é realidade presente no país e pode ser facilmente identificado na guerra fiscal entre os entes da Federação, como já especificado anteriormente²⁸¹.

²⁷⁹ Fernandes Dias, 2013, p. 159.

²⁸⁰ Barroso (2012, p. 27) lança, em apertada síntese, olhar preciso a respeito dos desvirtuamentos da Federação brasileira: “A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atributos e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação *comum* dos entes estatais. A partilha das receitas tributárias, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, contribuindo ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, em sua grande maioria, apesar da recuperação da sua autonomia política, não conseguiram encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, uma lógica centralizadora. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor.”

²⁸¹ Vide item 2.2.1 do Capítulo 2.

É notória a necessidade de um novo pacto federativo no Brasil, mais justo e equilibrado entre os entes federativos e entre as regiões do país²⁸². Esse diagnóstico resta perfeitamente claro e carece de solução pela sociedade brasileira, somente passível de resolução se existir um efetivo compromisso dos Poderes na reformulação da distribuição das receitas tributárias e das relações de intergovernabilidade, inclusive com a maior participação dos estados e da União na formatação de consórcios públicos e outros arranjos institucionais que permitam a simbiose dos recursos financeiros e das estruturas administrativas para a consecução de políticas públicas.

2.2.3 A cooperação como instrumento de equilíbrio federativo

A existência de níveis de governo no Estado federal (ao menos dois, na divisão clássica e predominante) exige que se criem relações de intergovernabilidade entre o governo nacional e os estados-membros, que podem variar de intensidade e se valerem de diferentes instrumentos de relacionamento federativo.

Nesse sentido, a doutrina aponta a existência de dois modelos ideais de relacionamento intergovernamental: o *competitivo* e o *cooperativo*. Aquele corresponde ao *federalismo interestatal*, com ênfase na autonomia entre os níveis de governo e centrado na defesa da competição política como forma de controle mútuo entre os níveis de governo, sendo melhor vislumbrado no arranjo federativo dos Estados Unidos. O modelo cooperativo, por sua vez, corresponde ao *federalismo intraestatal*, com destaque no entrelaçamento dos níveis de governo (compartilhamento de responsabilidades), e está presente nas federações da Alemanha, Austrália, Canadá e Brasil. Ambos os modelos apresentam prós e contras²⁸³.

²⁸² Reportagem do Jornal *O Estado de São Paulo* (pág. A4), de 4 de junho de 2018, revela que dos 8 pré-candidatos ao cargo de Presidente da República que responderam ao questionamento do jornal, 7 afirmaram que promoveriam um *novo pacto federativo* caso eleitos Presidente da República nas eleições de 2018 (são eles: Álvaro Dias - Podemos, Flávio Rocha - PRB, Geraldo Alckmin - PSDB, Guilherme Boulos - PSOL, Henrique Meirelles - MDB, João Amoêdo - Novo e Manuela d'Ávila - PCdoB). A pré-candidata Marina Silva (Rede) não respondeu a este questionamento em específico.

²⁸³ Alexandrino (2010, p. 47) bem sintetiza os principais pontos característicos entre o dualismo dos sistemas competitivo e cooperativo: “Ainda que se trate de *modelos tendenciais*, cujas arestas se têm aliás desgastado nas últimas duas décadas, atendendo à respectiva matriz filosófica e histórico-cultural, bem como ao tipo de relação

Os principais aspectos positivos do modelo *competitivo* são: (i) a competição política como forma de controle entre os níveis nacional e subnacional de governo, evitando-se dominações e centralizações de caráter autoritário; (ii) estímulo a que os governantes locais sejam mais eficientes diante da comparação entre os governos autônomos; (iii) fomento à adoção de inovações no campo das políticas públicas, justamente para fins de supressão dos problemas sociais e econômicos; e (iv) o afastamento entre os níveis de governo nacional e subnacional possibilitaria melhor *accountability* por parte do cidadão, que poderá identificar as responsabilidades e o êxito ou fracasso de cada nível de governo. Entretanto, tal modelo enfrenta críticas, em especial pelo fato do modelo competitivo não levar em consideração a necessidade da existência de solidariedade entre os diferentes níveis de governos e a equidade regional, podendo agravar as heterogeneidades, além criar ambiente propício à guerra fiscal entre os governos subnacionais.

Já o modelo *cooperativo* teria como ponto forte a melhor equalização das disparidades sociais e econômicas existentes nas diferentes regiões que compõe o Estado, através do entrelaçamento de competências que fomentam a adoção de ações compartilhadas para a solução dos problemas da sociedade. Aqui, o estímulo à integração entre as políticas públicas, a distribuição dos ganhos e o incentivo ao associativismo federativo são as marcas indelévels da cooperação federativa. A principal crítica desse modelo está centrada no fato de que, por vezes, a cooperação (parceria entre os níveis de governo) traveste-se em subordinação, em prejuízo à autonomia dos governos subnacionais, a exemplo do que ocorre no Brasil e na Argentina²⁸⁴.

predominante com o Estado, tem interesse a *distinção* entre sistemas ‘competitivos ou duais’ e ‘sistemas cooperativos’: os *primeiros* partem de uma concepção reducionista da intervenção pública e do próprio poder central – típica do primeiro liberalismo – concebendo os entes locais como figuras separadas do centro, independentes e que desenvolvem a sua ação em âmbitos distintos e separados; ao invés, os *sistemas cooperativos*, baseados em ideias de ‘leal cooperação’ e recorrendo a elementos de conexão entre as fíntes centrais, regionais e locais, porque destinadas a conviver nos mesmos domínios, concebem as instituições (centrais, regionais e locais) como intercomunidades, podendo estas dinâmicas de colaboração serem configuradas segundo distintos desenhos (*lineares, estelares* e mistos ou *bifrontes*).”. Para maior detalhamento dos modelos de federalismo competitivo e cooperativo, remete-se o leitor aos estudos de Abrucio e Soares (2001, p. 37-49) e Camargo (2001, p. 69-94).

²⁸⁴ É a visão de Abrucio e Soares (2001, p. 46): “Nos países latino-americanos, de forte tradição centralizadora, a cooperação é resultado de uma linha hierárquica muito bem definida que enfraquece sobremaneira a autonomia dos governos subnacionais,

O federalismo competitivo e cooperativo não se opõe, isto é, podem coexistir nos seus aspectos destacados, para, em conformidade com cada realidade estatal, alocarem mecanismos que possam ressaltar o equilíbrio do Estado federal, onde, de um lado, os governos subnacionais não percam sua autonomia, e, de outro, exista parceria entre as distintas unidades federativas na busca da diminuição das disparidades sociais e econômicas em cada região. Como discorre Pierson, “mais do que ser um cabo de guerra, as relações intergovernamentais requerem uma complexa mistura de competição, cooperação e acomodação.”²⁸⁵

Parece-nos que o regime constitucional brasileiro procurou dar prevalência ao federalismo de cooperação em detrimento do federalismo de competição²⁸⁶. Apesar da existência de traços característicos de ambos os sistemas na Constituição de 1988, ressalta no texto constitucional a busca do equilíbrio e da igualdade entre as diferentes regiões e entes da Federação, para a promoção de uma sociedade justa e desenvolvida (art. 3º da CF). E tais objetivos somente podem ser alcançados sob o regime da cooperação federativa, com a promoção de ações para eliminar (ou ao menos atenuar) as disparidades sócio-econômicas existentes nas unidades federativas. Em suma, a ampla autonomia dos entes da Federação, apesar de resguardada pela Constituição de 1988 e característica do federalismo competitivo, encontra balizamento pela necessidade dos governos nacional e subnacionais dialogarem e cooperarem na busca de alternativas conjuntas para a solução dos problemas locais e regionais²⁸⁷. No federalismo de cooperação, sobressai-se o todo em relação às partes.

como pode se observar na história das Federações mexicana e venezuelana e, particularmente, nos momentos autoritários, no Brasil e na Argentina.”

²⁸⁵ Pierson, 1995, p. 458.

²⁸⁶ O federalismo de cooperação teve suas primeiras raízes lançadas no país na Constituição de 1946, ainda que de forma embrionária, através da criação de estruturas de desenvolvimento regional (descentralização administrativa), vinculadas ao Governo Central, a exemplo da previsão constante de execução de um Plano de Valorização Econômica da Amazônia (art. 199) e de um plano de aproveitamento total das possibilidades econômicas do Rio São Francisco e seus afluentes (art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

²⁸⁷ O que se está a dizer é que a Constituição de 1988 possui traços muito mais próximos ao federalismo alemão (forte no federalismo cooperativo) do que em relação ao federalismo norte-americano (forte no federalismo competitivo). Como bem esclarece Camargo (2001, p. 75), “Essa ideia central, que permeia os fundamentos constitucionais do pacto federativo no Brasil, é semelhante à que prevalece no federalismo alemão, cujo objetivo declarado é garantir, em território alemão, a mesma qualidade de vida para todos os cidadãos. Tal princípio básico, compartilhado pelo Brasil e pela Alemanha, pouco tem a ver com os fundamentos teóricos do pacto

Não restam dúvidas de que a Assembleia Constituinte de 1987 agasalhou um modelo de Estado voltado ao compartilhamento das ações pelos entes da Federação, mediante um sistema de descentralização de competências atrelado à cooperação dos níveis superiores de governo, a exemplo do que se viu, num primeiro momento, na área da saúde com a vigência da Lei federal nº 8.080/1990, que baliza o Sistema Único de Saúde no país. Os serviços de saúde foram a primeira grande experiência exitosa de cooperação federativa a partir da vigência da Constituição de 1988, no qual foram estabelecidos nichos de atuação por cada ente da Federação, num modelo calcado na cooperação técnica e financeira entre os níveis de governo²⁸⁸.

Ocorre que a exitosa experiência do Sistema Único de Saúde não fora alocada com a mesma intensidade para outras áreas de atuação governamental, prevalecendo lacunas na atuação dos governos federal, estadual e municipal. Dito de forma direta, a interlocução federativa e os laços de intergovernabilidade previstos na Constituição Federal não se efetivaram.

Horta, ao analisar os modelos de Estado federal e voltar-se para a realidade brasileira, aduz ser preciso avançar, buscar novas alternativas para o melhor equilíbrio de poderes e receitas entre os entes da Federação, caminhando em frente no processo de descentralização política e desconcentração de renda (nos entes da Federação e na população). Afirma o autor que “é hora de abandonar a rigidez da técnica do federalismo clássico para consagrar soluções modernas, dotadas de maior flexibilidade operacional”, de modo que seja assegurada a competência da União soberana nos assuntos de sua competência nacional não inibindo as potencialidades dos Estados-Membros²⁸⁹.

Nessa perspectiva, Abrucio e Soares desenvolvem seu importante conceito de *redes federativas*, como instrumento para a efetivação dos valores perseguidos pelo Estado federal. Reiteram os autores que o equilíbrio entre cooperação e competição depende da construção de *redes federativas*, isto é, “da criação de instituições, políticas e práticas intergovernamentais que reforcem os laços de parceria entre os entes, sem que se percam o pluralismo e a autonomia característicos da estrutura

federativo dos Estados Unidos, onde prevalece a ideia de radical autonomia dos poderes e de plena liberdade institucional, em primeiro lugar. Naquele modelo, a unidade resulta doutrinariamente desde o início, mais da competição do que da cooperação.”

²⁸⁸ É o que se extrai, por exemplo, o art. 16 da Lei federal nº 8.80/1990.

²⁸⁹ Horta, 1981, p. 15.

federalista²⁹⁰”. Para o autores, as redes federativas objetivam: (i) favorecer a cooperação nos níveis horizontal e vertical, sem enfraquecer a autonomia estadual; (ii) reforçar a coordenação dos governos nacional e estadual frente aos governos locais, evitando-se um completa separação entre as ações dos diferentes níveis de governo; (iii) constituir uma cultura política intergovernamental baseada nos princípios da tolerância e da negociação; (iv) estimular os processos associativos entre as municipalidades, com fortalecimento da administração pública local; e (v) criar canais de interligação do poder público com a sociedade civil e seus atores, para melhor monitoramento das redes federativas.

A concepção de *redes federativas*, adotada por Abrucio e Soares, acaba por fomentar a adoção de mecanismos de interlocução e intergovernabilidade entre os níveis de governo, a exemplo dos consórcios públicos, que acabam, justamente, por traduzir-se em instrumento de cooperação federativa, sem, contudo, fragilizar a autonomia federativa, como adiante será melhor abordado.

Daí a relevância da Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu nova redação ao art. 241 da Constituição da República e introduziu a gestão associada de serviços públicos, criando instrumentos jurídico (os consórcios públicos e os convênios de cooperação) para a consecução do federalismo de cooperação, previsto pelo Constituinte originário de 1988. Destarte, a gestão associada de serviços públicos apresenta-se como instrumento mais factível de intergovernabilidade, isto é, como mecanismo de união e compartilhamento de competências, estruturas, recursos e esforços para a consecução dos deveres impostos aos entes da Federação, em benefício da sociedade. Nas precisas lições de Carvalho Filho, “a única forma de evolução política e social do Estado federal é aquela através da qual as pessoas federativas se associam para um fim comum: a evolução do próprio Estado e o bem-estar da sociedade”²⁹¹.

Portanto, a inclusão da gestão associada de serviços públicos pela Emenda Constitucional nº 19/1998 procurou sanar o déficit de intergovernabilidade existente no país, e, através da constitucionalização dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, materializar o federalismo de cooperação previsto no sistema constitucional de 1988. É sob esse cenário que os serviços públicos e as competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal deveriam ser executados em prol da sociedade, primando por mecanismos de

²⁹⁰ Abrucio; Soares, 2001, p. 48.

²⁹¹ Carvalho Filho, 2013, p. 5.

eficiência, economicidade e compartilhamento de estrutura, pessoal e expertise.

É evidente que a simples previsão (formal) do federalismo de cooperação na Constituição, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, em nada atenua a grave assimetria federativa vivenciada. É preciso dar vida à cooperação entre os entes da Federação, efetivando a mútua colaboração entre os diferentes núcleos político-administrativos no país, ainda incipiente na estrutura federativa nacional. Mostra-se essencial a construção das redes federativas mencionadas por Abrucio, para dar vida ao federalismo de cooperação.

Em suma, a Constituição de 1988 de fato assegurou o retorno do regime democrático e a descentralização político-administrativa (no campo das competências constitucionais), assegurando a autonomia dos entes da Federação (ao menos sob o prisma formal), de outro lado não fora plenamente eficaz na preservação do equilíbrio e harmonia federativa, especialmente porque ainda persiste (i) a grande desigualdade regional²⁹², (ii) o centralismo fiscal em favor da União, (iii) a dependência dos governos subnacionais em relação à União para o exercício pleno das suas competências constitucionais, (iv) a ineficiência na execução de importantes políticas públicas pelos governos locais e (v) a incerteza em torno das competências administrativas e legislativas dos entes da Federação.

Pelo exposto até aqui, observa-se que a Constituição de 1988 fora exitosa quanto à reconstrução do Estado federal diante da grave crise do federalismo causada pelo autoritarismo e centralismo político imposto pelo regime militar. Entretanto, a Constituição Federal, na sua redação originária, não conseguiu avançar no que toca às relações interfederativas. Essa fora uma das falhas do Constituinte originário, ao não prever mecanismos concretos para as relações de intergovernabilidade na própria Constituição, situação parcialmente equacionada a partir da Emenda

²⁹² Conforme dados do Atlas do Desenvolvimento Humano nas Regiões Metropolitanas Brasileiras, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e a Fundação João Pinheiro, diminuiu a diferença entre o melhor e pior Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM). A região metropolitana que apresentou maior valor para o IDHM em 2010 foi São Paulo (0,794). A pior foi Manaus (0,072), diferença de 10,3%. Dez anos antes, essa diferença era 22,1%. Os dados levam em consideração os anos de 2000 a 2010. (Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=24037>. Acessado em: 18 maio 2018)

Constitucional nº 19/1998, com a previsão dos consórcios públicos e aos convênios de cooperação.

E é importante destacar que já existiam experiências de cooperação no país quando da elaboração da Carta de 1988, a exemplo da criação, ainda na década de 40, das associações de municípios²⁹³; dos consórcios públicos intermunicipais²⁹⁴ na década de 60 e do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), criado em 1961 e composto pelos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Por todo o exposto, é certo que a cooperação e o associativismo são elementos fundamentais no Estado federal. Entretanto, como bem elucidado por Miranda, a administração associativa apresenta pontos positivos e negativos. De um lado, promove a proximidade das pessoas e dos problemas, fomentando do voluntariado e otimizando os recursos disponíveis. De outro, dá ensejo à fluidez das estruturas jurídicas, a volubilidade das decisões, a burocratização das estruturas e a desagregação do estadual²⁹⁵.

Esse ponto merece reflexão. Qual o nível adequado de descentralização para o Estado federal? Que tipos de entidades podem ser formadas para a cooperação associativa das unidades locais (freguesias, municípios ou qualquer outra unidade local de poder)? Deverá o governo nacional interferir ou delimitar previamente as bases territoriais dessa cooperação administrativa?

Esses questionamentos não podem ser respondidos de pronto, posto que carecem de aprofundada reflexão de Estado para Estado, a partir de elementos como o tamanho territorial do Estado, a quantidade de unidades de poder local, a existência de experiências exitosas nesse sentido, o nível de agregação entre as diferentes regiões, entre tantos outros elementos culturais, sociais, econômicos e geopolíticos.

Deveras, os modelos de interlocução e intergovernabilidade horizontal entre municípios não é nova, em especial quando se observa a rica experiência europeia. Ainda no século XIX a literatura aponta a existência de mecanismos legislativos de cooperação intermunicipal na Alemanha, França e Itália. Em Portugal, já no início do século XX surgem as primeiras normativas a respeito da matéria, a exemplo da Lei nº 88, de 7 de agosto de 1913, que permitia a celebração de acordos entre as câmaras municipais (equivalentes às Prefeituras Municipais, no caso

²⁹³ A exemplo da Associação Brasileira de Municípios, criada em 1946; e da Associação Paulista de Municípios, criada em 1948.

²⁹⁴ A exemplo do Consórcio de Promoção Social da Região de Bauru.

²⁹⁵ Miranda, 1988, p. 62.

brasileiro) para a realização de melhoramentos e serviços de utilidade pública²⁹⁶.

Correia relata que dois movimentos foram presenciados na Europa do século XX, objetivando melhor equacionar as competências municipais à extensão territorial dos municípios. O primeiro, de supressão, pela fusão ou agregação, de pequenos municípios incapazes de ofertar adequados serviços públicos à comunidade local, a exemplo do que ocorreu na Bélgica (com redução do número de municípios de 2.400 para 600, na década de 70) e na Alemanha (com a diminuição do número de municípios de 24.000 para 10.000, na década de 60). O segundo, mais moderno, consistiu no estímulo do associativismo e cooperativismo intermunicipal²⁹⁷, fortemente presente na Europa a partir das últimas décadas do século XX.

São inúmeras as formas de cooperação intermunicipal existentes na Europa, tanto nos países que adotam o sistema federativo, quanto nos Estados unitários.

Na Alemanha é possível encontrar-se uma grande variedade de formas de inter-relacionamento municipal (a exemplo da *comunidade de trabalho autárquico* – *Die Kommunale Arbeitsgemeinschaft*; do *acordo de direito público* – *Die Öffentlich-rechtliche Vereinbarung*; e da *associação de municípios* – *Der Zweckverband*), especialmente porque a Constituição alemã delegou aos estados o papel de definição do ordenamento jurídico das autarquias locais²⁹⁸. Também ganha destaque o papel dos *kreise* na Alemanha, caracterizados como “unidades político-administrativas criadas regionalmente, que reúnem e vinculam várias Administrações Municipais”²⁹⁹ para a solução de problemas que ultrapassam a capacidade administrativa ou financeira dos municípios. Desta forma, os *kreise* surgem como modelo intermediário entre o estado-membro e os municípios³⁰⁰.

²⁹⁶ Correia, 1986, p. 7-8.

²⁹⁷ Correia, 1986, p. 11-12.

²⁹⁸ Sobre as especificidades de cada modalidade de cooperação intermunicipal, remete-se o leitor para as obras de Pagenkoff (1975), Wolff (1976) e Correia (1986).

²⁹⁹ Carneiro, 2001, p. 72. Sobre a temática do regime federativo na Alemanha, remete-se o leitor para os excelentes trabalhos de Hofmeister e Carneiro (2001), Carneiro e Dill (2012) e Moraes (2001).

³⁰⁰ Importa destacar que o município, na Alemanha, é parte do estado-membro, de maneira que a legislação que os rege é estadual, apesar de gozarem de autonomia e amplo rol de competências. Carneiro (2001, p. 72/73) bem expõe as características dos municípios no federalismo alemão: “O direito de administração autônoma é uma garantia constitucional dada aos municípios. A legislação que os rege é estadual

Na Itália também são variadas as formas de cooperação intermunicipal: as *comunità montane*; os *comprensori*; as *associações de comuna* e os *conzorci*³⁰¹. Em França, destaca-se a *associação de municípios* (*syndicat de communes*), o *distrito* e a *comunidade urbana*³⁰². Na Espanha podem ser citadas como exemplos de cooperação intermunicipal as *comarcas*, as *áreas metropolitanas* e as *associações de municípios* (*mancomunidades*)³⁰³.

Já em Portugal, a Lei nº 75, de 12 de setembro de 2013 deu novo marco legal ao regime jurídico das autarquias locais (freguesias e municípios), bem como aprovou o estatuto das entidades intermunicipais, o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e o regime jurídico do associativismo autárquico. Conforme predisposto no art. 63 da Lei nº 75/2013, as associações de municípios e as entidades intermunicipais são de três categorias: as *áreas metropolitanas*, as *comunidades intermunicipais* e as *associações de municípios (ou de freguesias) de fins específicos*³⁰⁴. As áreas metropolitanas (de Lisboa, que agrega 18 municípios; e de Porto, com 17 municípios) e as comunidades intermunicipais (na quantidade de 21) foram definidas pela própria Lei nº 75/2013, ao passo que as associações de municípios (ou de freguesias) de

(*Satzungen der Gemeinden*). Apesar desta tensão entre autonomia e submissão aos Estados, quando os comparamos com seus congêneres brasileiros, vemos que eles reúnem um rol de competências próprias mais amplo do que os nossos. E de fato desempenham, com maior estabilidade, grandes responsabilidades no contexto do pacto federativo. Atualmente estas responsabilidades não estão somente submetidas ao poder e controle dos Estados. Elas se remetem ao próprio sistema democrático. Isso porque, com a reforma municipal ocorrida na Alemanha nas décadas de 70/80 e, posteriormente, avançado o processo de unificação alemã, todos os 14.561 municípios passaram a ter eleições diretas para o Executivo e para o Parlamento local. Também, sob o ponto de vista financeiro, os orçamentos são adequados às competências municipais e regionais, sendo que o município tem também capacidade de arrecadação própria. A grosso modo, o bolo tributário é dividido em três partes iguais entre a União, Estados e Municípios, contabilizando-se receitas próprias e transferências horizontais e verticais”.

³⁰¹ Em relação às modalidades de cooperação intermunicipal na Itália, ver Gianini (1981), Barile (1991, p. 564) e Correia (1986).

³⁰² Remete-se o leitor para as lições de Rivero (1981) e Correia (1986).

³⁰³ A matéria é devidamente abordada por García (1985) e Correia (1986), com a abordagem das características centrais de cada modalidade de cooperação intermunicipal na Espanha.

³⁰⁴ Sobre o tema, vide artigo de Gonçalves (2014), que aborda com propriedade as distinções entre as categorias existentes para a interação das autarquias locais em Portugal.

fins específicos podem ser livremente constituídas, isto é, são de criação espontânea pelos municípios ou freguesias que as compõem. Como destaca Gonçalves, essas associações são constituídas “para a prossecução de interesses comuns”, cujos fins específicos restarão disciplinados nos seus estatutos de constituição, sem que o Estado nacional imponha previamente qualquer limitação de cooperação e associação³⁰⁵.

Assim, são inúmeras as experiências estrangeiras relacionadas aos diferentes arranjos de cooperação intergovernamental³⁰⁶, de modo que a Constituição de 1988 agasalha os ideais do cooperativismo e do associativismo, tanto no campo público como no privado. Não restam dúvidas de que a Federação brasileira deve ser concebida e gerida sob a tutela da cooperação entre os entes que a compõe, o que significa, na prática, a necessidade de dar-se concretude a instrumentos que possam

³⁰⁵ Gonçalves, 2014, p. 26-27. Veja-se que o modelo das associações de municípios (ou de freguesias) de fins específicos é muito próximo aos consórcios públicos no Brasil, a partir do regime legal imposto pela Lei federal nº 11.107/2005.

³⁰⁶ Importante a constatação feita por Caldas e Cherubine (2013, p 56-57), em relação aos arranjos intermunicipais na Europa: “Na Europa, também por decorrência da Comunidade Europeia, esse tipo de discussão está associada à ideia de ‘múltiplos níveis de governo’, ou seja, à discussão sobre governos em nível supranacional e formas de articulação governamental no interior do território nacional. O debate europeu favorece questões econômicas associadas à competitividade dos territórios e tem mostrado a criação e o desenvolvimento de vários instrumentos de ação conjunta nos níveis locais. Já no final do século XX, as cifras eram eloquentes: 243 consórcios na Bélgica, 893 associações municipais na Espanha, aproximadamente 350 ‘comunidades de municípios montanhese’, 1.445 consórcios intermunicipais na Itália, 355 consórcios nos Países Baixos e 75 associações de municípios em Portugal (DE BRUYCKER, 2000). No caso francês, o fenômeno da cooperação intermunicipal é tão intenso e os mecanismos de cooperação tão diversos que os próprios franceses chamam o fenômeno de ‘mil folhas’, ou seja, camadas diferentes de acordos, contratos, arranjos específicos envolvendo um município e exigindo que o mesmo se articule com outros municípios e diferentes instâncias de governo, para a resolução de distintos problemas para temas diversos de políticas públicas. Assim, formam-se camadas sobrepostas de territórios como se fossem ‘mil folhas’ umas sobre as outras. Há, no caso francês, desde meados dos anos 1990, uma série de arranjos intermunicipais, entre os quais as *comunidades urbanas* (entorno das maiores áreas urbanas), as *aglomerações urbanas* (entorno de municípios grandes), e *comunidades de municípios* (entorno de municípios pequenos), além das *associações de municípios* e de uma espécie de *consórcios* entre municípios e entidades geográficas chamadas de *Conselhos de Desenvolvimento* das Províncias (pays). Em 2008, eram 14 *comunidades urbanas* reagrupando 327 municípios; 171 *aglomerações urbanas* reagrupando 3.003 municípios e 2.393 *comunidades de municípios* reagrupando 30.244 municípios (KERROUCHE, 2008).”

materializar tal valor, isto é, ferramentas jurídicas capazes de fomentar e disciplinar as relações federativas aptas ao cumprimento das atribuições inerentes ao Poder Público, nos meus diferentes níveis e Poderes.

Por isso a necessidade, em 1998, da inclusão do art. 241 da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 19. Apesar de o federalismo de cooperação já constar desde da origem do texto da Carta Política, era incipiente a interlocução e intergovernabilidade na Federação. Embora haja a existência de experiências de cooperação desde a década de 60 no país, o fato é que se tratava de relações, muitas vezes, precárias e que não dispunham de um marco regulatório, o que gerava insegurança jurídica e desestímulo ao seu fomento.

Assim sendo, a Federação brasileira não praticava – e ainda hoje pouco pratica – a cooperação entre seus entes federativos, muito menos dispunha de disciplina legal específica para tanto. O que havia, até então, era um mero arranjo constitucional de divisão das receitas tributárias, com o objetivo de melhor repartição da riqueza fiscal, sem que houvesse, de fato, uma cultura posta de interlocução (horizontal ou vertical) entre as unidades federativas.

2.3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998 E A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O início do Governo Fernando Henrique Cardoso foi marcado pela busca de medidas para a modernização do Estado brasileiro, passando, necessariamente, pela reestruturação das estruturas da administração pública. Temas como gastos com pessoal, excesso de burocracia estatal, ineficiência administrativa e dificuldade de intergovernabilidade entre os entes federativos foram objeto de amplos estudos promovidos pelo Governo Federal, na busca de soluções para enfrentar os problemas prejudiciais à sociedade e estagnadores do Estado.

De fato, o direito brasileiro carecia de instrumentos jurídicos para a efetiva cooperação federativa que envolvesse o compartilhamento de bens, pessoas e recursos financeiros, num ambiente de estabilidade jurídica. O que existia, de longa data, eram simples convênios administrativos que regiam as relações intergovernamentais entre os entes da Federação, entretanto, com natureza precária e de fácil dissolução por qualquer das partes. Ou seja, inexistia figura jurídica devidamente prevista no ordenamento jurídico para reger as relações intergovernamentais de longo prazo envolvendo a prestação de serviços

públicos e a transferências de encargos. Esse cenário já fora denunciado por Horta³⁰⁷ e Moreira Neto³⁰⁸ após o advento da Constituição de 1988.

Nessa conjuntura fora encaminhada pela Presidência da República ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 173/1995), que, dentre inúmeras modificações no texto da Constituição, inseria novo artigo:

Art, 247. Para o fim de implementar de modo coordenado funções e serviços, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer entre si:

I – consórcios públicos para a gestão associada de um ou mais serviços, inclusive mediante a instituição de órgãos e entidades intergovernamentais;

II – convênios de cooperação para execução de suas leis, serviços ou funções;

III – convênios para transferência total ou parcial de encargos e serviços, estabelecendo a lei complementar critérios para incorporação, remuneração ou cessão de pessoal, bens e instalações essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Da mensagem presidencial propondo a referida emenda constitucional, acompanhou a Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995, da lavra, dentre outros, do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, principal idealizador da Reforma da Administração Pública, então promovida pelo Governo Federal. Do texto dessa Exposição de Motivos extraem-se relevantes razões que embasaram a proposta de emenda constitucional:

³⁰⁷ É o pensamento de Horta (2003, p. 460): “O federalismo de equilíbrio e o federalismo cooperativo ficariam fortalecidos no seu funcionamento pela inclusão no texto da reforma constitucional de normas definidoras da composição básica dos organismos regionais e de previsão de órgãos de articulação das relações entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, órgãos interestaduais, sem prejuízo do desenvolvimento dessas normas na lei complementar, como prevê a Constituição de 1988, no parágrafo único do art. 23 e no § 1º do art. 43.”

³⁰⁸ Discorre Moreira Neto (2009, p. 30) que “A doutrina brasileira tem lamentado a ausência de legislação própria para essas fórmulas político-administrativas de cooperação que, não obstante, cada vez mais, vêm ganhando expressão na nossa prática federativa”.

No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários.

Cumpra agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

A revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propícias a implementação de novos formatos organizacionais e institucionais, a revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados.

Coerente com estes propósitos, Sr. Presidente, acreditamos que as emendas constitucionais ora apresentadas venham a contribuir decisivamente para o revigoramento da administração pública, com impactos positivos sobre o conjunto da ação governamental e sobre a sociedade. Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: (...)

* *viabilizar o federalismo administrativo*: a introdução de novos formatos institucionais para gestão em regime de cooperação dos serviços públicos, envolvendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a remoção de obstáculos legais à transferência de bens e de pessoas aprofundarão a aplicação dos preceitos do federalismo na administração pública, particularmente no que tange à descentralização dos serviços públicos: (...)

Como disposição geral a ser incluída no texto constitucional e posteriormente regulamentada em lei complementar, prevê-se a adoção de diferentes formas de cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para a organização e gestão de funções e serviços. De particular importância será a permissão da incorporação ou cessão, entre as esferas de governo, de quadros de

pessoal, bens e instalações, mediante convênios para transferência total ou parcial de encargos e serviços. A implantação de todas as modalidades de cooperação propostas dependerá sempre da voluntária adesão das partes envolvidas, respeitando-se a autonomia das unidades da federação.³⁰⁹

Pelo excerto colacionado, a proposta de emenda constitucional encaminhada à apreciação do Congresso Nacional buscava modular a administração pública diante dos desafios da crise fiscal e da ineficiência do aparelho estatal, bem como procurava criar instrumentos jurídicos para o fomento da cooperação federativa, aptos a disciplinar a transferência e o compartilhamento de serviços, encargos, bens e pessoal entre os entes da Federação.

Ao longo das discussões nas duas Casas do Congresso Nacional³¹⁰, deu-se nova redação ao texto do art. 247, a partir da emenda de autoria do Deputado Moreira Franco, suprimindo-se a redação original do art. 241 e ali fazendo constar o novo texto constitucional:

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.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional acabou por compilar o *caput* e os três incisos inicialmente concebidos pelo Governo Federal no art. 247 da PEC nº 173/1995, mantendo no documento a previsão dos

309

Disponível

em:<

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoemotivos-148914-pl.html> >. Acessado em 21/6/2018.

³¹⁰ Para maior esclarecimento a respeito da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional n. 173/1995, remete-se o leitor à Nota Técnica lavrada por Ribeiro (2005) a pedido da Casa Civil da Presidência da República, onde analisa o anteprojeto dos consórcios públicos, elaborado pelo Grupo de trabalho Interministerial criado pela Portaria n. 1.391/CCivil/2003 e tece comentários em relação à concepção e tramitação da emenda constitucional que acarretou na atual redação do art. 241 da Constituição Federal.

consórcios públicos e dos convênios de cooperação. Oportunamente, eliminou-se a diferenciação – confusa e de péssima técnica legislativa – constante nos incisos I, II e III do art. 247 da proposta original.

Esse fato mostra-se relevante, posto que a proposta inicial do art. 247 contemplava diferentes objetivos em torno da cooperação federativa:

a) A *gestão associada de serviços* mediante a criação de consórcios públicos (inciso I);

b) A celebração de convênios de cooperação para a execução de *leis, serviços ou funções* (inciso II); e

c) A celebração de convênios para a *transferência total ou parcial de encargos e serviços*, devendo lei complementar dispor sobre os critérios para incorporação, remuneração ou cessão de pessoal, bens e instalações essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Inegável o escopo aberto da cooperação federativa inicialmente concebido, prevendo, além da gestão associada de serviços, a transferência de encargos, serviços e funções públicas mediante convênio.

Com a modificação promovida pelo Congresso Nacional no texto da emenda constitucional, a gestão associada de serviços públicos³¹¹, inicialmente somente atrelada aos consórcios públicos (na redação original do inciso I do art. 247 da PEC nº 173/1995), passou a abranger também os convênios de cooperação, dando maior abrangência ao escopo inicialmente buscado pelo Governo Federal: fomentar a cooperação entre os entes federativos. Ainda, passaram a figurar no texto do art. 241 tão somente os consórcios públicos e os convênios de cooperação, suprimindo-se a previsão de convênios administrativos para tal finalidade (o que de fato mostrava-se desnecessário e confuso).

³¹¹ Para Marques Neto (2005, p. 43), a expressão gestão associada de serviços públicos advém da doutrina e da prática italiana (*gestione associata di servizi pubblici*). No mesmo sentido, Ribeiro (2005, p. 13), que assim discorre em relação ao art. 241 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998: “(...) o modelo adotado pela Emenda Constitucional é, sem sombra de dúvidas, o italiano – aquele mesmo apontado pelo mestre Hely em sua nota de rodapé -, onde o consórcio exerce a gestão associada de serviços públicos e é provido de personalidade jurídica de direito público, pelo que a adoção da designação consórcio público ao invés da que era antes tradicionalmente utilizada, qual seja, consórcio administrativo. Para se demonstrar essa assertiva basta se atentar para as seguintes palavras de Paulo Barile, emérito professor da Universidade de Florença: ‘Funzioni e servizi possono essere svolti dai comuni anche in forme associate e attivando forme di cooperazione, mediante convenzioni tra comuni, province e regione (**consorzi**, per la gestione associata di uno o più servizi).’”

Aprovada a Emenda Constitucional nº 19/1998, a cooperação entre os entes da Federação passou a contar com dois importantes instrumentos jurídicos expressamente previstos na Constituição Federal: os *consórcios públicos* e os *convênios de cooperação*, ambos com o objetivo central de instrumentalizar as relações de interesse comum entre a União, estados, Distrito Federal e municípios.

Importa destacar que *interesse comum* não se confundem com *competência comum*. Desde já se faz essa ressalva, da maior relevância, uma vez que a cooperação pode dar-se em relação a atividades e serviços públicos de competência comum (art. 23, da CF) ou privativa (arts. 21, 25 e 30). Em todas elas, a celebração de consórcios públicos ou convênios de cooperação pressupõe, sempre, a existência de interesse comum dos entes federativos envolvidos, o que não se confunde propriamente com o regime de competências constitucionais. É o caso, por exemplo, do Estado-membro cooperar com determinados municípios para a alocação de recursos, bens e pessoal para a consecução de ações de interesse eminentemente local, a exemplo da prestação dos serviços públicos de manejo dos resíduos sólidos urbanos. Apesar de a *competência* ser municipal em relação a tal serviço público, certamente o Estado-membro detém *interesse* no adequado manejo dos resíduos sólidos, pois faz-se inerente à proteção ao meio ambiente e à saúde pública, o que justifica a cooperação federativa prevista no art. 241 da Constituição Federal.

Esses laços federativos, que infelizmente ainda não são comuns no campo da Federação brasileira, em especial entre os entes federativos de diferentes níveis, estão inseridos na nova concepção de Estado, isto é, de uma administração pública gerencial, calcada não na ideia de delegação de competências, mas de compartilhamento de funções e obrigações, ou seja, na comunhão de interesses e forças para a consecução de objetivos comuns, primando-se pelo resultado em detrimento da forma (burocracia)³¹².

³¹² Negrini (2009, p. 53) bem resume o escopo da Reforma da Administração advinda pós Emenda Constitucional n. 19/1998, com o primado da administração pública gerencial: “No direito administrativo, o fenômeno descrito se faz sentir principalmente na adoção de institutos como as parcerias público-privadas, os contratos de gestão, os termos de parceria, os termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Poder Público, os convênios (sejam eles de delegação, cooperação ou colaboração) e, especificamente quanto à cooperação interna, os contratos de gestão previstos no art. 37, § 8º, da Constituição, e os consórcios públicos. Pode-se afirmar que os consórcios são, nesse contexto, expoentes da cooperação administrativa no âmbito da coordenação gerencial da administração pública.”

Assim, a Emenda Constitucional nº 19/1998 proporcionou importante reforma do Estado brasileiro, privilegiando a administração pública gerencial em contraponto à administração pública burocrática³¹³, assim como estabelecendo novos mecanismos para dar materialidade ao federalismo de cooperação até então ausente de instrumentos jurídicos aptos ao seu desenvolvimento.

Importa, também, destacar que os consórcios públicos e os convênios de cooperação previstos no art. 241 da Constituição Federal não se confundem com as figuras federativas previstas no § 3º do art. 25 do texto constitucional³¹⁴. Aqui, diferente da *voluntariedade* característica da *cooperação federativa*, a instituição por parte dos Estados-membros de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões é marcada pela *compulsoriedade*, de modo que os municípios participem desses arranjos federativos por força de lei estadual (daí falar-se em *coordenação federativa*), mesmo que contrário ao interesse local³¹⁵. Por isso a natureza autoritária dos arranjos

³¹³ É a mesma posição externada por Abreu Dallari (2015, p. 342): “A Emenda da Reforma Administrativa trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultado. (...) A adoção do modelo gerencial acarretou uma série de outras consequências, sendo uma delas a maior aproximação entre a Administração Pública e os particulares, que, sempre que possível, devem trabalhar em conjunto, numa relação de colaboração, em parceria. Da mesma forma e com a mesma preocupação em dar melhor aproveitamento aos recursos disponíveis e conseguir maior eficiência na atuação administrativa, devem também as entidades públicas buscar a realização de parcerias entre elas mesmas, para o que, finalmente, foi editada, em 2005, a legislação faltante, viabilizada pelo referido artigo 241 do texto constitucional emendado.”

³¹⁴ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

³¹⁵ No mesmo sentido, Justino de Oliveira (2016, p. 21-22). Aliás, tal situação também restou bem esclarecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando da prolação do voto do Ministro Gilmar Mendes no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842, em julgamento proferido em 6/3/2013, quando assim se posicionou: “Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como

federativos previstos no art. 25, § 3º da Constituição Federal, que em nada se confundem com o regime de cooperação federativa inserido expressamente no art. 241 da Carta Política.

Aqui merece reflexão a ponderação sempre pertinente de Bonavides, que distingue duas modalidades de federalismo: o *federalismo cooperativo autoritário* e o *federalismo cooperativo democrático*. Segundo o autor, o primeiro é caracterizado pela força e subordinação, materializado pela dependência financeira dos Estados-membros perante a União, tendo como efeito a despolitização daqueles, a revelar um “federalismo unitarista”, tipicamente encontrado na América Latina. Por sua vez, o federalismo cooperativo democrático é consentido e não imposto, parte da solidariedade dos entes da Federação para o atingimento do bem comum da sociedade, tal qual já trilhado na origem do Federalismo americano³¹⁶.

Desse modo, tem-se que o federalismo de cooperação, na sua verdadeira essência (cooperativo, solidário, democrático e consentido), não se reflete pelo simples repasse de recursos financeiros entre os entes da Federação, especialmente quando este tem como fim cooptar politicamente governadores, prefeitos e parlamentares dos Estados e Municípios. Da mesma forma, vê-se que a própria Constituição de 1988 contém traços do federalismo autoritário, na medida em que torna obrigatória a participação dos municípios nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões criadas pelo Estado-membro, independentemente da vontade e interesse de cada município, bastando a aprovação de lei complementar estadual, nos termos do artigo 25, § 3º da Constituição.

Diferentemente do que ocorre na criação (cogente aos municípios) das estruturas regionais e de “cooperação” pelo ente estadual, com supedâneo no art. 25, § 3º da Constituição Federal, a cooperação federativa inserida pelo art. 241 da Constituição é marcada pela preservação da autonomia dos entes da Federação e pela solidariedade na

compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.”

³¹⁶ Nesse sentido é o pensamento de Bonavides (2004, p. 435): “Rejeitado, por conseguinte, o “federalismo cooperativo” autoritário, deve a República federativa deixar de ser quanto antes uma fachada de palavras no pórtico da Constituição para se converter em realidade jurídica e política de uma forma de Estado mais humana e mais democrática. É essa a promessa que vislumbramos no “federalismo cooperativo” de teor democrático, assentado nos três princípios, cardeais de toda Constituição Federal legítima: o princípio da subsidiariedade, o princípio da solidariedade e o princípio da pluralidade.”

consecução de objetivos comuns, em sintonia com o “federalismo cooperativo democrático” destacado por Bonavides. Destarte, a gestão associada de serviços públicos, materializada por meio dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, apresenta-se consentânea com os pilares centrais da República e da Federação, valores assegurados e intrínsecos à Constituição de 1988.

Outro ponto relevante advindo da aprovação da Emenda Constitucional nº 19/1998 (e também já previsto na redação originária do art. 247 da PEC nº 173/1995) diz respeito à possibilidade de a cooperação federativa dar-se de *forma horizontal e vertical*, isto é, entre os entes da Federação de mesmo e diferente nível federativo (União, estados-membros, Distrito Federal e municípios). Como adiante abordar-se-á, predominava até então a orientação doutrinária capitaneada por Meirelles de que os consórcios somente poderiam efetivar-se entre os entes de mesmo nível federativo (cooperação horizontal). Tal situação restou superada com o texto aprovado do art. 241 da Constituição Federal, claramente permitindo a cooperação em diferentes níveis federativos, o que se mostra válido e em sintonia com a autonomia federativa.

Apesar do inegável avanço trazido pela Emenda Constitucional nº 19/1998 para o fomento da cooperação federativa, que por si só já permitiria o avanço das relações intergovernamentais no país, o fato é que de um modo geral os gestores públicos e os operadores do Direito aguardavam lei regulamentadora nacional para dar segurança jurídica em torno da celebração desses arranjos de cooperação, o que somente fora acontecer em 2005, com a vigência da Lei federal nº 11.107/2005. Dessa forma, o novo art. 241 da Constituição Federal não promoveu de imediato o resultado almejado, sendo incipientes as relações de cooperação federativa vivenciadas na Federação antes do advento da Lei dos Consórcios Públicos em 2005, muito pela falta de regulamentação do dispositivo constitucional.

De qualquer maneira, a Emenda Constitucional fora essencial para a retomada das discussões em torno do federalismo de cooperação, ao “constitucionalizar” instrumentos de certo modo já utilizados pela administração pública (especialmente no nível municipal), a exemplo dos consórcios intermunicipais criados a partir da década de 60 no país.

2.4 CONCEITO DE GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Consta do art. 241 da Carta de 1988 que os entes da federação disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação, “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 redação dada ao art. 241 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 19/1998, pode dar margem a dúvidas em relação ao exato âmbito de incidência da cooperação federativa em torno dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação. Melhor dizendo, não há precisa definição do que venha a caracterizar *gestão associada de serviços públicos*, muito menos se a parte final (relativa à transferência de encargos, serviços, pessoal e bens) está vinculada ao espectro de incidência da gestão associada.

E esse ponto ganha especial destaque diante da antiga divergência em relação à conceituação do que seja *serviço público*, como visto no Capítulo 1 da presente pesquisa. Em suma, há imprecisão no texto constitucional dos limites de atuação dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação pelos entes da Federação. Estaria a referida cooperação federativa limitada à gestão somente daquelas atividades caracterizadas como serviços públicos, a exemplo da conceituação ofertada por Bandeira de Mello³¹⁷? As atividades de polícia administrativa estariam abrangidas pelo art. 241 da Constituição Federal? A transferência de encargos, serviços, pessoal e bens estaria atrelada à concepção de gestão associada de serviços públicos, ou seria forma distinta de cooperação federativa?

Esses apontamentos mostram-se importantes para a exata compreensão dos eventuais limites da cooperação federativa prevista pela Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998. A depender da interpretação a ser dada ao mencionado dispositivo

³¹⁷ Lembra-se do conceito do eminente jurista: “Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.” (Bandeira de Mello, 2017, p. 81).

constitucional, estariam inúmeras atividades públicas alijadas do âmbito de atuação dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, mesmo que existente o interesse comum dos entes da Federação³¹⁸.

Marques Neto, ao lavrar parecer a respeito do Projeto de Lei nº 3.884/2004, que deu origem à Lei federal nº 11.107/2005, parece dar sentido ampliativo ao conceito de *gestão associada de serviços públicos*, quando afirma que “no artigo 241, o texto alude apenas à gestão de serviços públicos **genericamente considerados**”³¹⁹.

O autor impõe ao conceito de *gestão associada de serviços públicos* uma concepção aparentemente desvinculada à categoria jurídica dos *serviços públicos*, isto é, compreende como inserida nessa situação a gestão (planejamento, controle, execução e fiscalização) de funções e serviços genericamente considerados (atividades de competência do Poder Público), que não se confundem, para fins de interpretação do art. 241 da Constituição Federal, com a categoria jurídica de *serviços públicos*³²⁰.

Carvalho Filho aponta que a gestão associada de serviços públicos representa uma “das facetas do regime de parceria, este caracterizado pela conjugação de esforços ajustada entre duas ou mais pessoas públicas ou privadas visando alcançar fins de interesse comum”³²¹. Para o autor, os consórcios públicos, ao exercerem a gestão associada de serviços públicos, acabam por revelar a modalidade de regime de parceria pública.

³¹⁸ Dá-se como exemplo a criação de consórcio público intermunicipal para o desenvolvimento de um Diário Oficial Eletrônico (como ocorre com o consórcio CIGA em Santa Catarina), atividade de grande relevância para o Poder Público, mas que certamente não se confunde com *serviço público* propriamente dito.

³¹⁹ Marques Neto, 2005, p. 15. (grifos no original)

³²⁰ Cita-se passagem do parecer de Marques Neto (2005, p. 17): “Por fim, a última inferência necessária neste tópico. O texto constitucional avança para prescrever a possibilidade de transferência não só de bens e pessoal (o que já é significativo), mas também de encargos e serviços. Transferência que, na forma como redigido o texto, há de ser vista como recíproca, seja na linha ascendente (dos Municípios para a União e para os Estados e destes para aquela) e descendente (mais tradicional, da União para Municípios e Estados e destes para aqueles). Quando a Constituição fala em encargos e serviços, temos que nisso ver uma autorização para, no exercício de sua autonomia, um ente deslocar o exercício de suas competências (a expressão ‘encargos’ não me parece poder ser lida com outro sentido) para outro ente, sem contudo delas renunciar. Eis a derradeira nota: restou com o art. 241 autorizada a delegação – não a renúncia, bem se veja – de competência entre entes da Federação, no âmbito tanto do consórcio público como no tipo especial de convênio (‘convênio de cooperação’) mencionado pela Carta pós EC nº 19”.

³²¹ Carvalho Filho, 2013, p. 7.

Compreende o autor que a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens necessários à continuidade dos serviços transferidos *pode ou não decorrer da gestão associada de determinado serviço público*, mas sempre estará concatenada à cooperação federativa, ou seja, à atuação conjunta dos entes federativos³²². O autor explana no sentido de que a gestão associada compreende “o conjunto de ações e estratégias que envolvem todos os entes interessados na execução de alguns serviços públicos comuns”³²³.

A posição defendida por Carvalho Filho também dá interpretação ampliada ao art. 241 da Constituição Federal, apesar de não definir com clareza os contornos e limites jurídicos em relação à expressão *gestão associada de serviços públicos*, muito menos especificar quais atividades, por exemplo, não estariam abrangidas por essa modalidade de cooperação federativa.

Em sentido contrário, Harger limita o objeto do consórcio público à “prestação de um serviço público em sentido estrito”. Para o autor, é incompatível com o art. 241 da Constituição Federal delegar aos consórcios públicos as “simples aquisições de bens ou a realizações de obras. Tampouco se pode delegar o poder de polícia, atos políticos ou atividades inerentes aos poderes Legislativo e Judiciário.” Assevera que “somente pode o consórcio adquirir bens, realizar obras ou exercer atividades de polícia administrativa quando estas atividades forem instrumentais à prestação dos serviços”.

³²² É o pensamento de Carvalho Filho (2013, p. 7): “A transferência de encargos, serviços, pessoal e bens necessários à continuidade dos serviços transferidos, como assinala o dispositivo, pode ou não decorrer da gestão associada de determinado serviço, mas, ainda que não decorra, constituirá sempre efeito da atuação conjunta de entes federativos. Nenhum ente vai promover esse tipo de transferência para outro sem que entre eles haja um objetivo comum – a execução conjunta, o compromisso mútuo, o esforço global de todos os envolvidos. Essa é a ideia central sobre a qual repousa a noção de **federalismo cooperativo**.”

³²³ Carvalho Filho, 2013, p. 6-7. Importa destacar que o autor, apesar de valer-se da expressão “serviços públicos comuns”, na verdade, advoga, de maneira correta, a tese no sentido da possibilidade da gestão associada abranger serviços públicos de competência privativa e concorrente, conforme se extrai da seguinte passagem: “Para a gestão associada – conforme já averbamos em outra oportunidade –, torna-se necessário, considerando-se nosso regime federativo, ‘estabelecer mecanismos de vinculação entre elas (pessoas federativas), de modo que os serviços públicos, sejam eles privativos, sejam concorrentes, possam ser executados com maior celeridade e eficiência em prol da coletividade, em coerência com o princípio reitor de colaboração recíproca, que deve nortear o moderno federalismo de cooperação’.” (Carvalho Filho, 2013, p. 7).

Deveras, a posição defendida por Marques Neto e Carvalho Filho parece ser a preponderante na doutrina brasileira, no sentido de dar-se interpretação ampliativa ao escopo previsto no art. 241 da Constituição Federal, de modo a abranger atividades além daquelas caracterizadas como serviços públicos propriamente ditos³²⁴. Todavia, ambos os autores não estabelecem limites precisos de atuação dos consórcios públicos e convênios de cooperação, muito menos especificam quais funções e serviços não restariam abrangidos pelo art. 241 da Constituição Federal.

O regresso histórico da aprovação do atual art. 241 da Constituição Federal deixa claro, desde a origem do art. 247 da PEC nº 173/1995, que tanto o Governo Federal quanto o Congresso Nacional buscaram efetivar no texto constitucional forma abrangente de cooperação entre os entes da Federação, que permitisse a comunhão de esforços e interesses na busca de soluções comuns para as competências da administração pública, nos seus diferentes níveis. Tanto é verdade que a redação originária da Proposta de Emenda Constitucional nº 173/1995 (inclusão do art. 247) previa a criação de *consórcios públicos* (para a gestão associada de serviços), *convênios de cooperação* (para a execução de leis, serviços e funções) e *simples convênios* (para a execução de suas leis, serviços ou funções). Assim, o Constituinte derivado de 1998 optou pela manutenção tão somente da gestão associada de serviços públicos no corpo do texto constitucional, que pode ser viabilizada mediante duas figuras distintas: os consórcios públicos e os convênios de cooperação.

Atenta-se para o texto do art. 241 da Carta Política. Nele, restou expressa a possibilidade dos entes da Federação, mediante a constituição de consórcios públicos ou a celebração de convênios de cooperação, autorizarem a gestão associada de serviços públicos, que pode ou não ser acompanhada da transferência de encargos, serviços, bens e pessoal. Tal situação não afasta outros tipos de cooperação federativa, diversos da gestão associada de serviços públicos, inerentes a atividades e funções públicas distintas daquelas inseridas no corpo da gestão associada de serviços públicos.

Melhor esclarecendo, não parece adequado dar-se interpretação ampliativa ao conceito de gestão associada de serviços públicos, a abranger inúmeras espécies de relações cooperativas, além daquelas

³²⁴ É o caso das posições defendidas por Justino de Oliveira (2016, p. 21), Fortini e Rocha (2009, p. 142), Monteiro (2009, p. 286), Correia Gomes (2005, p. 1353-1362), Justen Filho (2013, p. 288-289), Gasparini (2007, p. 352-353) e Di Pietro (2014, p. 548-549). Esses autores não atrelam o conceito de serviço público ao de gestão associada de serviços públicos.

relacionadas ao compartilhamento de esforços para a gestão conjunta de serviços públicos propriamente ditos. Trata-se de equívoco da doutrina, na medida em que objetivam inserir todas as relações de inter-relacionamento federativo no escopo do art. 241 da Constituição Federal. Essa interpretação incorre em erro, por dois motivos centrais.

O primeiro diz respeito ao equívoco em relação a limitar a cooperação federativa ao texto do art. 241 da Constituição Federal. Como já abordado nesse Capítulo, a Carta de 1988 está alicerçada no federalismo de cooperação, desde sua concepção originária, com o entrelaçamento de competências e objetivos comuns entre os entes da Federação, visando diminuir as desigualdades sociais e regionais para o equilibrado desenvolvimento e bem-estar no âmbito nacional (arts. 3º, III e 23, par. único). Assim, a previsão constante do art. 241 da Constituição Federal é um dos inúmeros desdobramentos do federalismo de cooperação, atrelado à possibilidade dos entes federativos promoverem o planejamento, a prestação, a regulação e a fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, mediante delegação de competências (no caso dos convênios de cooperação) ou seu compartilhamento (no caso dos consórcios públicos).

O segundo motivo está alicerçado na falta de técnica jurídica, isto é, na descaracterização do que seja serviço público, imponho conceito demasiadamente aberto, a abranger uma infinidade de atividades e funções públicas. Melhor dizendo, é fundamental que as categorias jurídicas estejam devidamente delimitadas e atreladas a determinado regime jurídico, sob pena da sua própria insubsistência para o Direito. Não se desconhece que no corpo da Constituição Federal o termo *serviço público* é utilizado como sinônimo de *atividade* ou *função pública*. Entretanto, tal uso dá-se em situações onde o próprio texto constitucional é genérico e impreciso, dando mesmo característica aberta ao seu uso, como abordado ao longo do Capítulo 1.

Todavia, o termo *serviço público*, no âmbito do texto do art. 241 da Constituição Federal, deve ser interpretado como categoria jurídica própria, ou seja, como serviço público propriamente dito, mantendo-se fiel à própria origem da terminologia adotada, oriunda do Direito italiano (*gestione associata di servizi pubblici*). Assim, defende-se que o conceito de gestão associada de serviços públicos deve estar limitado às atividades caracterizadas como *serviço público* propriamente dito³²⁵, que

³²⁵ Renova-se, aqui, o conceito de serviço público por nós ofertado no Capítulo 1, compreendido como sendo *as atividades de cunho prestacional (comodidades materiais) definidas na legislação como de responsabilidade do Estado, fruível*

necessariamente deverão ser autorizadas no âmbito dos consórcios públicos ou convênios de cooperação.

Tal interpretação não afasta outras possibilidades de cooperação federativa, alheias à gestão de serviços públicos, que poderão estar dispostas no âmbito dos tradicionais convênios administrativos, ou dispostas também como objeto dos consórcios públicos ou dos convênios de cooperação, que não se limitam à gestão associada de serviços públicos. É nesse sentido que a própria Lei federal nº 11.107/2005 estabelece que os consórcios públicos objetivam a realização de interesses comuns, determinados pelos entes da Federação quando da sua contratualização (arts. 1º e 2º³²⁶), o que abrange inúmeras outras atividades e funções além da gestão associada de serviços públicos.

Ainda, inadequado interpretar-se o art. 241 da Constituição Federal como se fossem dois os núcleos distintos de cooperação federativa: (i) a gestão associada de serviços públicos e (ii) a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal. Trata-se de uma ideia só, desenvolvida em duas orações que se complementam na medida em que a gestão associada de serviços públicos pode ou não ser acompanhada da transferência de encargos, serviços, bens e pessoal³²⁷. Nesse sentido, compreende-se estarem abrangidas no art. 241 da Constituição Federal as atividades de planejamento, prestação, regulação e fiscalização de serviços públicos (*stricto sensu*) de competência de qualquer dos entes da Federação, que poderão ser desenvolvidas com ou sem a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal.

A partir desses pressupostos, conceitua-se, assim, a gestão associada de serviços públicos como *a atividade de cooperação federativa entre dois ou mais entes da Federação para o planejamento, a*

individualmente pelo cidadão ou genericamente pela coletividade, que pode prestá-las diretamente ou através de seus delegatários, mediante regime jurídico público e específico, para o fim de propiciar coesão e solidariedade social diante dos valores e objetivos assegurados pela Constituição.

³²⁶ Art. 1º (*caput*) Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

.....
 Art. 2º (*caput*) Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

³²⁷ Posição contrária parece ser adotada por Ribeiro (2005, p. 23): “Nesse ponto, retomando observação que antes fizemos, o artigo 241 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, prevê que tanto a gestão associada de serviços públicos como a aludida transferência total ou parcial será autorizada por meio de consórcio público ou por convênio de cooperação.”

prestação, a regulação ou a fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, mediante a criação de consórcio público ou a celebração de convênio de cooperação, com ou sem a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal entre os entes pactuantes ou entre estes e o consórcio público.

O conceito acima encontra-se em relativa sintonia³²⁸ com aquele traçado pelo Decreto federal nº 6.017/2007, que claramente limita o conceito de gestão associada de serviços públicos, conforme se extrai dos incisos IX e XIV do art. 2º³²⁹. Da mesma forma ocorre no âmbito do seu art. 3º, onde a gestão associada de serviços públicos é posta em contraponto a outras atividades e funções públicas, o que reforça o argumento de fundo, no sentido de que os consórcios públicos e os convênios de cooperação possuem escopo muito maior daquele delineado pelo art. 241 da Constituição Federal, que autoriza a gestão associada de serviços públicos.

2.5 INSTRUMENTOS PARA A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Como visto anteriormente, o art. 241 da Constituição Federal faz menção à existência de dois instrumentos jurídicos distintos para a gestão associada de serviços públicos: os *consórcios públicos* e *convênios de cooperação*.

Deveras, compete aos entes da Federação ajustarem no âmbito do consórcio público ou do convênio de cooperação quais as funções ou serviços serão objeto da cooperação federativa, assim como suas atribuições e obrigações. Dentre as inúmeras possibilidades de relações de intergovernabilidade e cooperação, poderão tais instrumentos

³²⁸ Fala-se em “relativa sintonia” justamente porque o conceito de serviços públicos constante do Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 2º, XIV) é mais restritivo do que o proposto nessa pesquisa, conforme já destacado no Capítulo 1. No conceito proposto pelo referido Decreto regulamentar da Lei dos Consórcios Públicos, não estariam inseridos na categoria *serviços públicos* os chamados *serviços sociais* e os *serviços uti universi*, diferentemente do que propusemos no Capítulo 1.

³²⁹ Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

IX – gestão associada de serviços públicos: 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;

XIV – serviço público: atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa;

constitucionais (consórcio público e convênio de cooperação) ser utilizados para a gestão associada de serviços públicos.

É preciso colocar luz nesse ponto específico. O art. 241 da Constituição Federal não limitou o uso dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação à gestão associada de serviços públicos. Pelo contrário! Esta, a gestão associada de serviços públicos, é que somente poderá ser desenvolvida através de consórcio público ou convênio de cooperação, mediante prévia lei autorizativa. Essa previsão certamente objetiva preservar o princípio da legalidade, que norteie o poder público, posto que o compartilhamento ou a delegação de função pública (no caso, a gestão de serviço público) carece de prévia autorização legislativa, sob pena de nulidade do ato de outorga de atribuição pública.

Assim, os consórcios públicos e os convênios de cooperação são instrumentos exclusivos para a gestão associada de serviços públicos. Entretanto, não se limitam a tal finalidade. Podem ser concebidos para a satisfação de outros interesses comuns, sempre devendo restar demonstrado (motivado) na formalização da pactuação entre os entes federativos as circunstâncias e as vantagens de tal entrelaçamento federativo, inclusive para fins de controle interno e externo da cooperação entabulada³³⁰.

A interpretação ofertada ao art. 241 permite dar a máxima efetividade à norma constitucional³³¹, assim como caminha ao encontro das próprias razões que motivaram à alteração constitucional. Da mesma maneira, as experiências existentes no âmbito dos consórcios públicos revelam que a cooperação federativa extrapola em muito o campo dos serviços públicos (na sua concepção restrita). São inúmeros os consórcios públicos em pleno funcionamento e voltados à atividade meio da administração pública, tendo como objeto a realização de compras compartilhadas, a elaboração de produtos voltados à tecnologia da informação, o licenciamento ambiental, a organização de eventos

³³⁰ Como regra, os entes da Federação desempenham sozinhos as atividades de sua competência, isto é, cada unidade federativa dispõe de corpo administrativo próprio para a consecução das atribuições elencadas pela Constituição ou por força de lei. Assim, a gestão associada de serviços públicos é regime excepcional de exercício da função pública ou prestação de serviços públicos, envolvendo dois ou mais entes componentes da Federação. Daí Cammarosano (2011, p. 149) dispor que “a cooperação entre os entes federados consiste exceção ao sistema de execução de serviços públicos do Estado federal”.

³³¹ Seria o caso de interpretar-se a Constituição buscando dar a máxima efetividade aos preceitos constitucionais, como alerta Barroso (2015, p. 260).

esportivos, entre tantas outras funções e serviços de competência do poder público³³².

Certamente o manejo dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação é campo de amplos arranjos federativos. Somente restariam afastados dos consórcios públicos e convênios de cooperação aquelas funções públicas *indelegáveis*, a exemplo do ato político e de soberania exercidos pelo Chefe do Poder Executivo e das funções inerentes ao Poder Legislativo e Judiciário.

Passa-se a análise dos dois instrumentos aptos a efetivar a gestão associada de serviços públicos.

2.5.1 Consórcios públicos

Apesar dos consórcios públicos serem objeto de estudo específico ao longo do Capítulo 3, mostra-se oportuno, aqui, abordar sua origem e linhas gerais no contexto da novel legislação, para adequada contextualização dessa espécie de instrumento de gestão associada de serviços públicos.

2.5.1.1 O surgimento dos consórcios públicos no Brasil

A ideia de cooperação entre os entes da Federação para o intercâmbio de informações, bens, pessoal, recursos e serviços de interesse comum ganhou especial relevo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, que inseriu novo texto ao art. 241 da Constituição Federal, com previsão expressa dos consórcios públicos e convênios de cooperação para a gestão associada de serviços públicos.

Entretanto, de longa data é concebida pelo Direito a criação de consórcios no país³³³, especialmente entre municípios, de modo que a Emenda Constitucional nº 19/1998 consolidou uma experiência que não

³³² No Capítulo 3 serão arrolados inúmeros exemplos de consórcios públicos, incluindo nas áreas aqui mencionadas.

³³³ Na literatura nacional, ora os consórcios públicos são denominados de *consórcios*, ora de *consórcios administrativos* ou *consórcios interfederativos*, não existindo identidade de nomenclatura. Até o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998, predominou o uso da expressão consórcios administrativos. A partir da alteração do art. 241 da Constituição Federal, passou-se a designar tais relações de cooperação federativa como *consórcios públicos*, conforme nomenclatura constante do próprio texto constitucional. De qualquer forma, o presente registro é importante diante do uso diferenciado da expressão ao longo do tempo.

era nova, apesar de extremamente tímida na realidade federativa brasileira.

Mendes de Almeida, em estudo elaborado em 1958 a respeito dos consórcios municipais, aponta que a Constituição do Estado de São Paulo de 1891, com as emendas sofridas em julho de 1929³³⁴, já disciplinava a possibilidade de formação de consórcio administrativo entre municípios para a realização de melhoramentos de interesse comum, condicionados à prévia aprovação pelo Congresso do Estado de São Paulo³³⁵.

Mais tarde, já sob a égide da Constituição paulista de 1935³³⁶, fora aprovada a Lei estadual nº 2.484, de 1935, que ampliou o escopo de atuação dos consórcios para *melhoramentos de interesse comum e execução de serviços de interesse comum (art. 100*³³⁷). Aqui, novamente a constituição efetiva do consórcio municipal dependia de aprovação do Poder Legislativo estadual, a revelar a natureza autárquica dos municípios anteriormente ao regime constitucional de 1988.

No campo nacional, a Constituição de 1891 era tímida ao prever, em seu art. 65³³⁸, ser facultado aos estados da Federação “celebrar entre si ajustes e convenções de caráter político”. Já a Constituição de 1934 também não avançou na disciplina da cooperação federativa, limitando-se a estabelecer no art. 9º³³⁹ a previsão da União e dos Estados-membros

³³⁴ Dispunha o art. 60 da Constituição paulista de 1891: “As municipalidades poderão associar-se para a realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de comum interesse, dependendo, porém, de aprovação do Congresso as resoluções que nesse caso tomarem”.

³³⁵ Mendes de Almeida, 1958, p. 529. Esse também fora o entendimento de Masagão (1937, p. 133) a respeito dos consórcios municipais sob à égide da Constituição paulista de 1891, para quem o contrato celebrado por um ou mais municípios para execução de serviços de interesse comum não pode entrar em vigor sem a aprovação pelo aparelhamento do Estado.

³³⁶ Previa o art. 63 da Constituição paulista de 1935: Art. 63. As condições de criação, anexação, desmembramento e supressão de Municípios, serão estabelecidas em lei, de modo a tornar estável a organização municipal.

Parágrafo Único. Serão, outrossim, fixadas as normas reguladoras da cooperação dos Municípios entre si, naquilo que respeite a seus interesses comuns.

³³⁷ Art. 100. Os municípios poderão associar-se para a realização de melhoramentos ou a execução de serviços de interesse comum, dependendo, as respectivas deliberações, de aprovação da Assembleia Legislativa.

³³⁸ Art. 65. É facultado aos Estados:

1º) celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político (art. 48, nº 16);

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

³³⁹ Art 9º. É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a

de celebrarem “acordos para melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços”.

No que tange à Constituição de 1937 (art. 29³⁴⁰), esta inova em dois pontos de grande relevância. O primeiro, pela previsão expressa de agrupamento de municípios para “a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns”. O segundo, pela previsão de formação de pessoa jurídica a partir do relacionamento federativo, dotando-se personalidade jurídica limitada a seus fins.

Assim, a Constituição de 1937 já previa a possibilidade de agrupamento entre os municípios para a instalação, exploração e administração de *serviços públicos de interesse comum*³⁴¹, reconhecendo personalidade jurídica ao agrupamento de municípios, específica para tal finalidade³⁴². Entretanto, o regime autoritário à época não deu condições para tais pactuações, justamente pelo caráter centralizador de poder e pela natureza autoritária do Governo Federal à época. Deste modo, apesar do texto constitucional, os consórcios públicos não vingaram³⁴³.

Apesar do silêncio da Constituição de 1946 em relação ao consorciamento de entes da Federação, no período aflorou o processo de cooperação federativo, fruto da redemocratização então vivenciada, quando surgem as primeiras entidades municipalistas a exemplo das

uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações.

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ Para Mendes de Almeida (1958, p. 530), apesar do dispositivo mencionar a expressão *serviços públicos comuns*, deve ser interpretado como *serviços de interesse comum*.

³⁴² Losada (2008, p. 66) cita a posição de Pontes de Miranda em seu *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, no sentido de compreender que tal pessoa jurídica prevista no art. 29 da Constituição de 1937 deveria ser constituída como de *direito público*.

³⁴³ É a constatação de Mendes de Almeida (1958, p. 530): “Como tivemos ocasião de dizer, não nos consta que o art. 29 da Const. Constitucional de 1937 tenha tido aplicação, o que, ademais, se explica, ante a circunstância de haver delegado aos Estados a regulação do tipo de consórcio municipal ali previsto”.

associações de municípios, ainda fortemente presentes no Brasil³⁴⁴ e constituídas como associações civis³⁴⁵.

No que concerne aos primeiros consórcios interfederativos, a literatura remonta à década de 60, através do agrupamento de municípios. Dessa época consta a criação, no estado de São Paulo, do Consórcio de Promoção Social da Região de Bauru³⁴⁶, do Consórcio Intermunicipal de Paranapanema, do Consórcio de Recuperação de Várzeas – Conchas, Laranjal e Botucatu, entre outros. Já na década de 70, destaca-se a criação do Consórcio de Desenvolvimento Integrado do Vale do Paraíba (CODIVAP)³⁴⁷, também no estado de São Paulo.

Assim, apesar da existência de experiências de cooperação federativa no país a partir das décadas de 40, com as associações de municípios; e 60, com os consórcios municipais; tais arranjos federativos limitavam-se aos municípios e careciam de maior segurança jurídica. Em relação aos consórcios municipais, a relação dava-se na maioria dos casos através de simples convênios administrativos, sem garantia de permanência dos entes convenientes e estabilidade das obrigações assumidas³⁴⁸.

No âmbito dos Estados-membros da Federação, vale destacar a criação em 1961 do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), composto pelos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande

³⁴⁴ O cooperativismo municipal tem como um de seus primeiros marcos a criação da Associação Brasileira de Municípios, em 1946. Em 1948, foi criada a Associação Paulista de Municípios; e em 1952, a Associação Mineira de Municípios. Em Santa Catarina, a experiência pioneira deu-se com a criação, em 1964, da Associação dos Municípios do Alto Vale do Itajaí (AMAVI). Mais recentemente, no âmbito nacional, destacam-se a Confederação Nacional de Municípios (criada em 1980) e a Frente Nacional de Prefeitos (criada em 1989).

³⁴⁵ Atualmente, muitas dessas entidades municipalistas já dispõem de normativos internos para a seleção de pessoal e celebração de contratos, no intuito de resguardar os princípios basilares do direito público, em especial a impessoalidade, transparência e moralidade administrativa. Em Santa Catarina, as associações de municípios já são auditadas pelo Tribunal de Contas do Estado (Instrução Normativa nº 20/2015, do TCE/SC).

³⁴⁶ Segundo Abrucio e Soares (2001, p. 84), trata-se do consórcio interfederativo mais antigo do estado de São Paulo.

³⁴⁷ Nesse sentido: Losada, 2008, p. 67; Marques Neto, 2005, p. 8-9; Cruz, 2001; e Abrucio e Soares, 2001, p. 84.

³⁴⁸ Nesse sentido, Fonseca (2013, p. 36) discorre que “no intervalo que compreende as primeiras experiências da década de 1970 até fins da década de 1980, os consórcios eram vistos como acordos de colaboração pouco seguros, sem garantia de permanência e de obrigações”.

do Sul, com o objetivo de execução de políticas de fomento³⁴⁹. Apesar de jamais ter levado o nome de consórcio, o BRDE certamente é exemplo de consorciamento federativo, diante da criação de nova pessoa jurídica formada por estados da Federação para a alocação de interesse comum.

É na década de 80 que os consórcios ganham corpo e se desenvolvem de maneira mais intensa, especialmente em São Paulo a partir das ações desenvolvidas pelo Governo de Franco Montoro³⁵⁰. É nesse período que surgem importantes consórcios públicos naquele Estado da federação, até hoje em atividade, a exemplo do Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (Consórcio PCJ), criado em 1989 e atualmente composto por 42 municípios, responsável pela gestão e controle social dos recursos hídricos que compõem a bacia hidrográfica³⁵¹; e do Consórcio Intermunicipal Grande ABC, criado em 1990 e composto pelos municípios do Grande ABC (Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul, Diadema, Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra) para o planejamento, a articulação e definição de ações de caráter regional³⁵². Sem dúvida, São Paulo pode ser considerado o laboratório dos consórcios públicos no país, cuja experiência se irradiou para outros estados da Federação, a exemplo do Paraná, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul³⁵³.

³⁴⁹ Para Ribeiro (2007, p. 15), o BRDE é o “primeiro exemplo brasileiro de consórcio público do tipo moderno”. Nota-se que o autor se vale da nomenclatura *consórcio público* indistintamente, isto é, para as relações de cooperação interfederativa anteriores à própria Lei federal n. 11.107/2005, o que não se mostra inadequado, desde que devidamente compreendida a evolução histórica em torno desse tipo de arranjo federativo.

³⁵⁰ Para aprofundamento do tema, remete-se o leitor para os estudos de Paula Losada no âmbito de sua dissertação de mestrado (2008, p. 67/71); e de Abrucio e Soares (2001, p. 84-92).

³⁵¹ Disponível em: <<http://agua.org.br/quem-somos/>>. Acessado em 4/4/2018.

³⁵² Disponível em: <<http://consorcioabc.sp.gov.br/o-consorcio>>. Acessado em 4/4/2018.

³⁵³ É relevante as anotações tecidas por Caldas e Cherubine (2013, p. 57-59) a respeito da temática: “No Estado de São Paulo, entre 1983 e 1986, foram criados consórcios intermunicipais nas mais diversas áreas. Em 1984, o tema dos consórcios intermunicipais foi debatido e ganhou centralidade no 27º Congresso Estadual dos Municípios de São Paulo, potencializando as iniciativas de criação de consórcios. A justificativa para a criação de consórcios intermunicipais era de que, somando esforços e recursos, os municípios juntos poderiam vencer dificuldades comuns. Como a legislação vigente à época (1983-1986) não especificava a forma pela qual os consórcios seriam constituídos, foi proposto pelo governo do Estado que os consórcios fossem ‘associações civis de Municípios, dotadas de personalidade de

Como se vê, a ideia de arranjos institucionais no âmbito do poder público é muito anterior à Lei federal nº 11.107/2005 e à própria Emenda Constitucional nº 19/1998, fruto, justamente, da necessidade da criação de mecanismos políticos e institucionais capazes de dar vazão às demandas locais, fortemente tensionadas pela centralidade política, fiscal e econômica nos Estados-membros e, em especial, na União.

Com o advento da Constituição de 1988 e o reconhecimento dos municípios como entes da Federação, ganhou ainda mais relevância a necessidade de um regramento jurídico dos consórcios para fomento e incentivo ao federalismo de cooperação, situação já reclamada de longa data pela sociedade³⁵⁴. Também relevante frisar que a Lei federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que disciplina o Sistema Único de Saúde, já previa nos seus arts. 10, *caput* e 18, VII³⁵⁵ a constituição de consórcios municipais para o desenvolvimento em conjunto de ações e serviços de saúde de competência municipal.

É somente com a Emenda Constitucional nº 19/1998 e a Lei federal nº 11.107/2005 que o tema da cooperação federativa ganha a devida relevância, com a constitucionalização e disciplinamento dos consórcios públicos e convênios de cooperação, fomentando tais arranjos à nível nacional.

Aliás, o avanço na criação de consórcios públicos, após a sua disciplina pela Lei federal nº 11.107/2005, motivou a Frente Nacional de Prefeitos, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e a Caixa Econômica Federal a criarem um canal específico de informações

direito privado³, no contexto de um regime político altamente centralizador, a medida foi proposta com vista a criar agilidade para alcançar soluções a problemas locais, de maneira simples e desburocratizada. Refletindo o impulso gerado, foram constituídos, de 1983 a 1986 em São Paulo, 34 consórcios intermunicipais, 14 deles envolvendo 106 municípios, para atividades no campo da segurança alimentar nutricional, ainda que esta não fosse a nomenclatura vigente. Em 1987, foi constituído o Consórcio Intermunicipal de Saúde da Microrregião de Penápolis, no estado de São Paulo, com sete municípios consorciados, sob a forma de associação civil e submetido às regras de direito privado. A partir da Constituição de 1988, embora não houvesse um dispositivo explícito para estimular a cooperação entre municípios, existia uma previsão indireta amplamente utilizada pelos prefeitos dispostos a criar consórcios intermunicipais. Era o inciso X, do artigo 30 da Constituição Federal, segundo o qual ‘compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local’³⁵⁴.

³⁵⁴ Gasparini, 2007, p. 343.

³⁵⁵ Art. 10, *caput*. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

e documentos relacionados aos consórcios públicos existentes no Brasil, com o objetivo de contribuir para o fomento do conhecimento e das experiências já existentes. Trata-se do Observatório de Consórcios Públicos e do Federalismo³⁵⁶, interessante ferramenta *on line* de disponibilização de informações sobre os consórcios públicos, permitindo que a sociedade saiba quais são os consórcios públicos existentes, em que áreas atuam, quais os municípios abrangidos, entre outras relevantes informações sobre o tema.

Conforme dados existentes no Observatório de Consórcios Públicos e do Federalismo, existem 695 consórcios públicos criados no país³⁵⁷, nas mais diversas áreas (informática, saneamento básico, abrigo de menores, cultura, desenvolvimento regional, educação, iluminação pública, recursos hídricos, meio ambiente, entre outros), a imensa maioria concebidos tão somente por municípios (consórcios públicos intermunicipais).

Mais recentemente, em dezembro de 2018, a Confederação Nacional dos Municípios (CNM) divulgou estudo intitulado de *Mapeamento dos Consórcios Públicos Brasileiros*, apontando 491 consórcios públicos, distribuídos entre as diversas regiões brasileiras, com forte concentração nas regiões Sul (94% dos municípios participam de algum consórcio público) e Sudeste (91% dos municípios participam de algum consórcio público) e nos setores da saúde pública (274 consórcios públicos), do meio ambiente (172 consórcios públicos) e dos resíduos sólidos (139 consórcios públicos)³⁵⁸.

O número de consórcios públicos criados dá a dimensão da relevância desse instrumento de cooperação federativa para a Federação brasileira. E a tendência é esse número aumentar, especialmente diante das dificuldades impostas aos municípios para a efetivação das políticas públicas que demandam forte alocação de recursos públicos (v.g., a criação de aterro sanitário, a construção de redes e estações de tratamento do esgoto sanitário e a aquisição de bens de vultoso custo para as áreas de saúde e infraestrutura).

Não restam dúvidas de que o consórcio público é instrumento da maior valia para os entes da Federação cooperarem em torno de soluções para problemas comuns, sobretudo relacionados à prestação de serviços

³⁵⁶ Disponível em: <<http://www.ocpf.org.br/>>. Acesso em 19/3/2018.

³⁵⁷ Informação disponível em: <<http://www.ocpf.org.br/>>. Acesso em 2/5/2018.

³⁵⁸ Informação disponível em: <<https://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/3646>>. Acesso em 14/12/2018.

públicos e outras atividades que exijam significativo investimento público³⁵⁹.

2.5.1.2 Consórcios administrativos e convênios

É comum na doutrina diferenciarem-se os *consórcios administrativos* dos *consórcios públicos*. Estes designariam os consórcios criados sob a égide da Lei federal nº 11.107/2005, ao passo que aqueles, os consórcios anteriores à referida lei, regidos por meio de meros acordos ou convênios administrativos entre os entes consorciados, por vezes sem personalidade jurídica. Isto é, por consórcios administrativos compreende-se a cooperação havida entre os entes da Federação anteriormente à Lei federal nº 11.107/2005, por vezes consubstanciados em meros convênios administrativos, por outras vezes criados mediante a constituição de nova pessoa jurídica, geralmente como associação civil nos moldes do Código Civil³⁶⁰.

Em estudo sobre os consórcios municipais, Mendes de Almeida os classifica como espécie dos *consórcios administrativos voluntários*. Para o autor, tal relação federativa “é uma cooperação acordada, entre dois ou mais municípios, nos termos e condições que as leis de organização municipal permitem.” Tal acordo deve ser consubstanciado em ato formal, de natureza contratual, que revele o *idem placitum consensus* entre as partes. Entretanto, continua o autor, tal conclusão não é tranquila na doutrina, que reconhece a natureza convencional (e não contratual) dos consórcios administrativos. Da mesma forma, Mendes de Almeida já defendia a natureza autárquica dos consórcios municipais, ou seja, reconhecia personalidade jurídica decorrente da constituição do consórcio administrativo voluntário³⁶¹.

Antes do advento da Lei federal nº 11.107/2005, significativa parcela da doutrina seguia as orientações de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que os convênios administrativos limitar-se-iam aos acordos entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, ao passo que no conceito de consórcio

³⁵⁹ Exemplo é a previsão constantes da Portaria Interministerial n. 507, de 24 de novembro de 2011, que assim dispõe: Art. 13. Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal darão preferência às transferências voluntárias para Estados, Distrito Federal e Municípios cujas ações sejam desenvolvidas por intermédio de consórcios públicos, constituídos segundo o disposto na Lei nº 11.107, de 2005.

³⁶⁰ Nesse mesmo sentido: Alves, 2006, p. 43 e 45-46.

³⁶¹ Mendes de Almeida, 1958, p. 525-527.

administrativo estaria inserido o acordo em que entidades da mesma espécie ajustariam os direitos e deveres para o cumprimento de objetivos de interesse comum dos signatários. Para Meirelles, o consórcio é caracterizado pela celebração entre pessoas jurídicas de mesma espécie, situação diversa dos convênios administrativos, destinados ao ajuste entre entidades de diferentes espécies³⁶².

Di Pietro sintetiza muito bem a concepção majoritária da doutrina antes do advento da Lei federal nº 11.107/2005, ao estabelecer que “havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e o consórcio como acordos de vontade”. Prossegue a autora afirmando que a expressão consórcio era usada “quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados)”, ao passo que convênio se referia às “entidades de níveis diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios.”³⁶³

Desta forma, vigorava entendimento em expressiva parcela da doutrina brasileira³⁶⁴ de que os consórcios administrativos seriam a aglutinação de duas ou mais entidades da mesma espécie (v.g., dois ou mais municípios) para a consecução de objetivos comuns, *sem que houvesse a constituição de qualquer pessoa jurídica*.

Em verdade, o pensamento inicial de Hely Lopes Meireles caminhava no sentido da necessidade de personificação dos consórcios públicos, como remontam suas lições ainda na década de 60 em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, quando já reconhecia a necessidade de “convênios e consórcios administrativos, ou mesmo de autarquias e entidades paraestatais de âmbito intermunicipal ou mesmo interestadual” para o enfrentamento das obrigações estatais. Meireles completa:

Advertimos, todavia, que a falta de personalidade jurídica do órgão executor e diretor do consórcio é que tem respondido pelo insucesso desses acordos, uma vez que ficam sem possibilidade de exercer direitos e contrair obrigações em nome próprio. O ideal, parece-nos, é que os consórcios tenham autonomia para o desempenho de suas atribuições específicas, embora atuem orientados pelas

³⁶² Meirelles, 2002, p. 385.

³⁶³ Di Pietro, 2002, p. 549.

³⁶⁴ Nesse sentido compreendiam, por exemplo, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 341), Diógenes Gasparini (*Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 403) e Damião Alves de Azevedo (2004, p. 381-382), na mesma linha adotada por Hely Lopes Meirelles.

prefeituras interessadas e com responsabilidade subsidiária dos municípios signatários do acordo administrativo.³⁶⁵

Os consórcios então existentes, antes da Lei dos Consórcios Públicos de 2005, eram basicamente compostos por municípios e detinham como instrumento de acordo de direitos e obrigações, na maioria das vezes, mero convênio administrativo, não dispondo de contrato ou outro ato jurídico perene e formal. Ditos convênios administrativos, como lhe são típicos, poderiam ser denunciados a qualquer momento por qualquer das partes signatárias, sem que houvesse maiores amarras jurídicas em relação aos direitos e obrigações já contraídos pelo consórcio administrativo ou em nome do consórcio administrativo.

Assim, eram comuns os casos de um ente consorciado contrair despesa ou obrigação em nome de todos os demais partícipes do consórcio administrativo, justamente porque este não dispunha de personalidade jurídica própria. Mesmo nos casos em que os consórcios eram constituídos como pessoas jurídicas, as relações obrigacionais entre os consórcios e as entidades partícipes (consorciadas) mostravam-se frágeis e efêmeras, pela ausência de disciplina legal e de contrato que desse suporte aos direitos e deveres dos consorciados perante o consórcio administrativo ou terceiros. Enfim, não havia regramento jurídico específico disciplinando esse regime de cooperação federativa.

Os consórcios administrativos que acabavam sendo constituídos como pessoa jurídica o faziam na qualidade de associação civil, nos moldes do Código Civil. Essa foi a realidade de muitos consórcios criados antes da Lei federal nº 11.107/2005, a exemplo do Consórcio Intermunicipal Grande ABC, constituído como associação civil em 19 de dezembro de 1990; e dos consórcios intermunicipais de saúde no Estado do Paraná, cuja legislação estadual orientava sua criação como pessoa jurídica de direito privado³⁶⁶.

³⁶⁵ Meirelles, 1966, p. 336. Trata-se de trecho constante da 2ª edição de sua clássica obra. A partir da 3ª edição, Meirelles muda seu entendimento que perdurou nas edições seguintes, no sentido da despersonalização dos consórcios administrativos, como retratado por Ribeiro (2005, p. 8-11) em estudo elaborado a pedido do Governo Federal.

³⁶⁶ Lei complementar estadual n. 82, de 24 de junho de 1998, que disciplina a criação de consórcios intermunicipais de saúde:

Art. 1º: O Estado do Paraná prestará, quando solicitado, apoio consistente em cooperação técnica para orientar Municípios paranaenses na criação e implantação de

Registra-se, ainda, que antes do advento da Lei federal nº 11.107/2005 existiam consórcios administrativos com e sem personalidade jurídica³⁶⁷. Aqueles, calcados em acordos políticos e consubstanciados em estatutos de criação de associações civis (de natureza privada e sem fins lucrativos). Estes, conscritos a simples convênios administrativos, de natureza precária.

De qualquer forma, ainda que constituídos sob a modalidade de associações civis, regidas pelo Código Civil, careciam os consórcios administrativos de disciplina legal própria, que melhor regresse os direitos e as obrigações entre os entes consorciados, entre estes e o próprio consórcio e, inclusive, perante terceiros (v.g., fornecedores). Enfim, mesmo abrigados sob a forma de pessoa jurídica, muitas incertezas permeavam os consórcios administrativos, gerando insegurança jurídica e atravancando seu uso para outras áreas além dos serviços de saúde. Isso, evidentemente, sem mencionar a precariedade dos consórcios administrativos sem personalidade jurídica, onde as obrigações assumidas em nome dos partícipes eram consolidadas no âmbito de algum dos municípios consorciados, a ensejar problemas de toda a ordem (responsabilidades trabalhista, fiscal e civil; transparência e controle da despesa pública; regularidade orçamentária, entre outros).

Por isso a relevância da Lei federal nº 11.107/2005, que acabou por regradar a forma de constituição, atuação e extinção dos consórcios públicos no país, proporcionando ambiente adequado ao fomento de importante instrumento do federalismo de cooperação.

A partir desse Diploma legal, não mais subsiste condições para a existência dos consórcios administrativos (com ou sem personalidade jurídica)³⁶⁸, na medida em que a forma de estabelecer a gestão associada de serviços públicos mostra-se identificada nos termos e nas condições da

Consórcio Municipal relacionado com a prestação de serviços públicos de interesse comum, nas funções, áreas e setores indicados pela presente lei. (...)

§ 3º O Consórcio Intermunicipal será reconhecido pelo Estado quando legalmente constituído, *com personalidade jurídica de direito privado* e revestido das exigências estipuladas pelo direito civil.

³⁶⁷ Ressalta-se que parcela da doutrina ignora a existência, mesmo antes da publicação da Lei federal n. 11.107/2005, de consórcios intermunicipais com personalidade jurídica. Trata-se de grave equívoco, posto que descolado da realidade fática então vivenciada, facilmente comprovada pela análise, em especial, dos consórcios intermunicipais de saúde nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul. É o caso, por exemplo, de Harger (2007, p. 76), quando afirma: “Anteriormente à edição da Lei nº 11.107/2005, os consórcios públicos não tinham personalidade jurídica própria”.

³⁶⁸ Em sentido contrário: Carvalho Filho, 2013, p. 9; e Harger, 2007, p. 70.

Lei federal nº 11.107/2005. Em verdade, os consórcios administrativos sem personalidade jurídica são – e sempre foram – simples convênios administrativos, pois essa é a natureza da avença jurídica estabelecida pelos partícipes³⁶⁹. Em suma, os consórcios administrativos devem ser concebidos como convênios administrativos, de modo que para se enquadrarem como consórcios públicos devem observar o regramento jurídico estabelecido pela Lei federal nº 11.107/2005

Tal situação, evidentemente, não afasta a prerrogativa dos entes da Federação de acordarem convênios administrativos para os mais diversos fins, desde que não digam respeito à gestão associada de serviços públicos, esta adstrita aos convênios de cooperação e aos consórcios públicos.

Essa conclusão não deve ser aplicada à *ferro e fogo*, diante da ampliada dimensão do conceito de gestão associada de serviços públicos emprestada pela Lei federal nº 11.107/2005 e pelo seu decreto regulamentador (nº 6.107/2007). Dito de maneira direta, como praticamente quase tudo pode ser inserido no âmbito da gestão associada de serviços públicos, que abrange atividades de planejamento, regulação, fiscalização e prestação efetiva de funções e serviços mostra-se essencial que parcerias públicas pontuais possam ser alocadas no âmbito de simples convênios administrativos, desde que compatíveis com o objeto e complexidade da parceria ali disciplinada.

Assim, é importante que não se *engessem* os entes da Federação na necessária criação de consórcios públicos (ou celebração de convênios de cooperação) para a consecução de objetivos comuns, visto que simples convênios administrativos podem ser suficientes para disciplinar relações entre entes da Federação de curto prazo ou que não envolvam a transferência de pessoal e bens públicos e a alocação de recursos financeiros³⁷⁰.

³⁶⁹ Oportuna a lição de Bittencourt (2012, p. 29), em estudo específico sobre os convênios administrativos: “Repisamos, contudo, que não há relevância na denominação dada ao ajuste, importando apenas o conteúdo. São os termos do acordo que ditarão o tipo de documento celebrado e nunca o ‘apelido’ dado a ele, uma vez que a denominação jamais transmutará a natureza do ato”.

³⁷⁰ Nesse sentido parece caminhar Carvalho Filho (2013, p. 10): “Em suma pode afirmar-se que os consórcios administrativos clássicos, agora mais do que nunca, se enquadram na categoria dos convênios administrativos - categoria, aliás, da qual nunca se destacaram verdadeiramente, conforme registramos em passagem anterior. O que se pode consignar atualmente é que, se os entes federativos ajustam esforços comuns sem a formação de pessoa jurídica, firmarão um convênio administrativo

Portanto, o regime jurídico imposto pela Lei federal nº 11.107/2005 às relações de cooperação federativa envolvidas na gestão associada de serviços públicos exige que seja criada pessoa jurídica (de direito público ou privado, como adiante se abordará), diferente daquelas que compõem o consórcio público.

Da mesma forma, a partir do regime da Lei federal nº 11.107/2005 não é mais adequado falar-se na existência de consórcios administrativos, mas, sim, de convênios administrativos, justamente diante das exigências legais impostas pela referida legislação, que instituiu regramento jurídico próprio para a criação e funcionamento dos consórcios públicos (protocolo de intenções, lei de ratificação do protocolo de intenções, contrato de consórcio público, contrato de programa e contrato de rateio).

De outro lado, a Lei federal nº 11.107/2005 não afastou a celebração de convênios administrativos pelos entes da Federação, para consecução de objetivos comuns. Mas, nesse caso, tais acordos continuarão a ser regidos pelo art. 116 da Lei federal nº 8.666/1993 e demais legislação municipal, estadual ou federal³⁷¹.

Importante destacar que os convênios administrativos regidos pelo art. 116 da Lei federal nº 8.666/1993 não se confundem com os convênios de cooperação, estes previstos no art. 241 da Constituição Federal e conceituados pelo Decreto federal nº 6.017/2017 como *pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles*. Assim, o convênio de cooperação, espécie do gênero convênio administrativo, é instrumento específico para a parceria entre entes da Federação que objetivam a gestão associada de serviços públicos, situação em que não se constituirá nova pessoa para tal fim.

2.5.1.3 A Lei nº 11.107/2005 e seu decreto regulamentador

A previsão trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu nova redação ao artigo 241 da Constituição Federal e previu a figura dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação para a gestão associada de serviços públicos, não solucionou o vácuo normativo na

(independente da esfera a que pertencer o ente ou da terminologia que se adote), e se, ao contrário, vierem a constituir pessoa jurídica, virá a lume o consórcio público.”

³⁷¹ No âmbito da União, por exemplo, há que se observar as disposições do Decreto federal n. 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

disciplina dos consórcios públicos, especialmente diante da posição firme de grande parcela da doutrina no sentido da despersonalização dos consórcios interfederativos, como visto no item anterior. Em outras palavras, prevalecia a ideia central, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, de que os consórcios públicos, tal como os convênios, não passavam de acordos de vontade, sem a formação de nova pessoa jurídica.

Esse cenário gerava incertezas nos consórcios então existentes (basicamente formados por municípios), impedindo seu pleno funcionamento e desenvolvimento, inclusive para outras áreas da administração pública³⁷². Ademais, os arranjos institucionais de cooperação mostravam-se – e ainda se mostram – fundamentais para que os pequenos municípios possam executar uma série de atividades que, isoladamente, não detém condições financeiras para tanto³⁷³.

Sem prejuízo, carecia o Governo Federal de instrumentos para a alocação de políticas públicas regionais, que não ficassem adstritas aos entes estaduais ou às regiões metropolitanas³⁷⁴. Para Ribeiro, a Lei federal nº 11.107/2005 é a “primeira lei brasileira dedicada exclusivamente à disciplina de instrumentos de cooperação federativas”³⁷⁵. Com razão o autor, na medida em que sequer os convênios administrativos dispunham de regramento claro e preciso para sua celebração entre os entes da Federação ou entre os diversos órgãos da administração pública. Tanto é assim, que os convênios administrativos encontram balizamento no art.

³⁷² Essa situação é retratada por Losada (2008, p. 74): “A possibilidade de se legalizarem os consórcios constituía reivindicação antiga dos Municípios que já se organizavam sob o modelo consorcial. A precariedade institucional e as dificuldades para a obtenção de recursos externos constituem as principais queixas de entidades consorciadas. A regulamentação dos consórcios é um dos pontos da Carta do ABC, documento entregue pelos prefeitos da Região ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em março de 2003.”

³⁷³ Na mesma direção caminha Alves (2006, p. 34): “A Lei dos Consórcios Públicos vem atender as necessidades dos pequenos núcleos urbanos ao permitir que superem as atuais barreiras geradas pela insuficiência de recursos na implementação de políticas públicas”.

³⁷⁴ Sobre as regiões metropolitanas existentes no país e as experiências desde sua constituição, remete-se o leitor ao estudo organizado por Costa e Tsukumo (2013). No campo internacional, remete-se o leitor aos estudos elaborados no âmbito da União Europeia (*Governance of Metropolitan Regions European and Global Experiences: European Union – Committee of the Regions. Brussels, 2011*). Disponível em: <<http://www.forumfed.org/events/the-governance-of-metropolitan-regions-european-and-global-experiences/>>. Acessado em 7/4/2018).

³⁷⁵ Ribeiro, 2007, p. 11.

116 da Lei federal nº 8.666/1993, cuja normatização ali constante está muito aquém da devida disciplina da matéria.

Diante desse cenário de (i) incerteza do regramento legal aplicável aos consórcios públicos e convênios de cooperação previsto no art. 241 da Constituição Federal, (ii) pressão dos gestores públicos municipais para a regulamentação do referido dispositivo constitucional e (iii) interesse da União em criar tais entidades de cooperação federativa para a descentralização regional das políticas públicas, em 30 de junho de 2004, o Presidente da República encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.884, para disciplina das normas gerais de contratação dos consórcios públicos e celebração de contratos de programa no país³⁷⁶. Do corpo da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.884/2004, destaca-se:

Portanto, os objetivos a serem alcançados com a aprovação da proposta anexa são: 1) a instituição de um mecanismo de coordenação federativa adequado às diversas escalas de atuação territorial; 2) o fortalecimento do papel do ente público de agente planejador, regulador e fiscalizador de serviços públicos; 3) a possibilidade de incrementar a efetividade das políticas públicas executadas em parceria por diferentes entes governamentais; e 4) a necessidade de superar a insegurança jurídica dos atuais arranjos de cooperação entre os entes públicos brasileiros, resultando em maior previsibilidade das políticas executadas pelo Estado.³⁷⁷

Restam claros os motivos que levaram a elaboração do projeto de lei dos consórcios públicos. A necessidade de propiciar segurança jurídica em torno dos consórcios de entes federativos e a criação de instrumentos adequados para a cooperação federativa são pano de fundo da concepção em torno da proposta legislativa, encaminhada pela Presidência da República.

³⁷⁶ Para maiores informações sobre a tramitação do Projeto de Lei n. 3.884/2004 e as diferentes posições defendidas à época na sociedade e no Congresso Nacional, remete-se o leitor para o estudo de Losada (2008, p.75-78).

³⁷⁷ Disponível em:<

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=259562>>. Acessado em 21/3/2018.

Na ocasião, o Governo Federal solicitou junto a eminentes juristas a emissão de parecer jurídico sobre a constitucionalidade da lei proposta.

Em análise da matéria, Reale manifestou-se pela inconstitucionalidade do referido projeto de lei, por inovar a tradição organizacional administrativa brasileira. Para Reale, a personalização dada aos consórcios públicos (como associação pública), alinhada à possibilidade de a União participar dos consórcios públicos, acabam por tolher a autonomia dos Estados-membros e municípios e impor espécie de *intervenção oblíqua*, em afronta à Constituição Federal. Ainda, para Reale a proposta invadia a competência dos Estados-membros em instituir regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões, nos termos do § 3º do art. 25 da Constituição Federal. Por fim, complementa o autor que o projeto de lei extrapola o art. 241 da Constituição “ao criar uma instituição jurídica anômala, à qual é conferida competência equiparável à dos três entes que compõem nosso sistema federativo”³⁷⁸.

Em sentido oposto são os pareceres de Dallari³⁷⁹, Justen Filho³⁸⁰, Porto Neto³⁸¹ e Marques Neto³⁸², que opinam pela constitucionalidade da contratualização dos consórcios públicos nos moldes propostos pelo Governo Federal no âmbito do Projeto de Lei nº 3.884/2004, afastando as críticas tecidas por Reale.

Após os trâmites legislativos, em 6 de abril de 2015 é sancionada a Lei federal nº 11.107/2005³⁸³, importante marco jurídico para os consórcios públicos, dando vida ao art. 241 da Constituição Federal e ao próprio federalismo de cooperação.

Entre as tantas novidades da novel legislação, destacam-se a contratualização dos consórcios públicos mediante os instrumentos do

³⁷⁸ Reale, 2004.

³⁷⁹ Dallari, 2005.

³⁸⁰ Justen Filho, 2005.

³⁸¹ Porto Neto, 2005.

³⁸² Marques Neto, 2005.

³⁸³ Antes do Projeto de Lei nº 3.884/2004, já constava referida matéria em discussão no âmbito do Congresso Nacional através do Projeto de Lei nº 1.071/1999, de autoria parlamentar, que também dispunha sobre normas gerais para a celebração de consórcios públicos. Assim, a aprovação da Lei federal n. 11.107/2005 deu-se no âmbito do Projeto de Lei nº 1.071/1999, apesar do texto aprovado ter identidade com aquele encaminhado pela Presidência da República em 2004 (Projeto de Lei nº 3.884/2004). É o que se extrai da tramitação do projeto de lei no âmbito do Congresso Nacional. Ademais, os pareceres lavrados pelos juristas Dalmo Dallari, Miguel Reale e Floriano de Azevedo Marques Neto estão afetos ao texto encaminhado pelo Projeto de Lei nº 3.884/2004, e não àquele constante inicialmente do Projeto de Lei nº 1.071/1999.

protocolo de intenções e do contrato de consórcio público, assim como a operacionalização dos consórcios públicos materializados nos *contratos de programa e de rateio*. Quanto aos seus objetivos, a Lei nº 11.107/2005 enfatizou seu caráter amplo e aberto, passível de congregar as inúmeras situações envolvidas à gestão associada de serviços públicos, como alhures comentado. Assim, passam os consórcios públicos a deter natureza contratual, apta ao desempenho de variadas atribuições concernentes às competências dos entes consorciados. Também ganha atenção a possibilidade de os consórcios públicos serem constituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito público e de direito privado, podendo adotar-se diferente natureza jurídica no ato de consorciamento, como se analisará no Capítulo 3.

Por sua vez, em 17 de janeiro de 2007 a Presidência da República expediu o Decreto federal nº 6.017, que regulamenta a Lei federal nº 11.107/2005, aclarando temas e procedimentos em torno dos consórcios públicos e encerrando o espectro normativo em relação à matéria.

Esses dois diplomas normativos (lei e decreto regulamentador) trouxeram inegável segurança jurídica para a criação e operacionalização dos consórcios públicos (até então denominados de consórcios administrativos), situação aguardada por parcela da doutrina e pelos próprios gestores públicos.

2.5.2 Convênios de cooperação

Ao lado dos consórcios públicos, os convênios de cooperação objetivam a consecução do federalismo de cooperação, inclusive para fins de consecução da gestão associada de serviços públicos. Assim, os consórcios públicos e os convênios de cooperação são instrumentos federativos voltados ao mesmo fim, qual seja, de satisfação do interesse comum dos entes da Federação mediante mútua cooperação. Entretanto, dispõem de natureza jurídica diversa, a revelar sua principal distinção.

Diferentemente do que ocorre com os consórcios públicos, o convênio de cooperação não se constitui em nova pessoa jurídica, limitando-se a substanciar ajuste (pacto) celebrado de maneira formal entre os entes interessados em cooperar, no qual deverão estar inseridos os objetivos e as obrigações assumidas pelas partes signatárias. Certamente o convênio de cooperação apresenta-se como instrumento menos burocrático para a efetivação dos laços de cooperação federativa, e deve ser destinado para aquelas situações que não exigem a formação de pessoa jurídica distinta e própria, detentora de direitos e obrigações perante terceiros (como é o caso dos consórcios públicos).

Mesmo assim, o art. 241 da Constituição Federal estabelece a necessidade de prévia autorização legislativa, de cada ente da Federação, para a celebração do convênio de cooperação. O objetivo aqui fora de proporcionar segurança jurídica³⁸⁴ aos convênios de cooperação, na medida em que poderão reger relações jurídicas da maior envergadura, a exemplo da delegação de funções para a prestação de serviços públicos³⁸⁵.

Deveras, a gestão associada de serviços públicos pressupõe o compartilhamento de funções e serviços de maneira perene, geralmente com prazos dilatados de ajuste e obrigações de maior densidade entre as partes envolvidas. Não se tratam de ações pontuais ou efêmeras, de menor relevância para o Direito. Dá-se como exemplo a simples cessão de veículo pertencente a determinado Estado-membro da Federação para um município, para auxiliar no transporte escolar. Ou do compartilhamento de dados entre as receitas federal e estadual, para melhor fiscalização e controle das receitas tributárias. Para as referidas situações, que sequer são concebidos no escopo da gestão associada de serviços públicos, basta a celebração de simples convênio administrativo, que não carecem em regra de prévia autorização legislativa e das formalidades intrínsecas dos convênios de cooperação³⁸⁶.

Os *convênios de cooperação* podem ser caracterizados como espécie do gênero *convênios administrativos*, destinados a instrumentalização de relações de intergovernabilidade, especialmente a gestão associada de serviços públicos. Nesse contexto, pode-se conceituar o convênio de cooperação como *pactuação formal, bilateral e obrigacional, de natureza contratual*³⁸⁷ e *previamente autorizada por lei*,

³⁸⁴ Nesse sentido: Borelli, 2010, p. 176.

³⁸⁵ É o que ocorre nos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, onde estados e municípios têm celebrado convênios de cooperação autorizando a gestão associada de serviços públicos e permitindo a contratualização, por longo prazo, das concessionárias estaduais para a prestação dos referidos serviços públicos, mediante a celebração de contrato de programa (entre o município e a respectiva concessionária estadual de água e esgoto).

³⁸⁶ Nesse mesmo sentido: Carvalho Filho, 2013, p. 11; e Fortini e Rocha, 2009, p. 144-145.

³⁸⁷ Mostra-se equivocada a concepção existente em parcela da doutrina, no sentido de que os convênios se contrapõem aos contratos, justamente pela existência de interesses convergentes naqueles (convênios) e interesses opostos nestes últimos (contratos). Trata-se de visão equivocada, na medida em que os convênios são contratos de segunda espécie, ao lado dos contratos de sociedade, que também possuem interesses convergentes. Nesse sentido, adota-se a posição defendida por Bandeira de Mello (2013, p. 679-680), Justen Filho (2005, p. 25) e Marques Neto (2005, p. 20-22), que veem nos convênios a natureza contratual, que não se confunde

*celebrado entre dois ou mais entes da Federação, com o objetivo de satisfazer interesses comuns, especialmente a gestão associada de serviços públicos, sem que haja a formação de nova pessoa jurídica. O conceito ora proposto acaba por não divergir daquele exposto no âmbito do Decreto federal nº 6.017/2007*³⁸⁸.

Por fim, importa destacar que os convênios de cooperação não se confundem com outros instrumentos jurídicos de natureza semelhante existentes no ordenamento jurídico, a exemplo dos termos de colaboração e de fomento, dos acordos de cooperação, entre outros³⁸⁹. Tais instrumentos possuem escopo jurídico próprio, não sendo adequados para instrumentalizar os laços de cooperação federativa em torno da gestão associada de serviços públicos.

O tema da gestão de serviços públicos e dos seus instrumentos de consecução (consórcios públicos e convênios de cooperação) ainda carece de melhor abordagem por parte da ciência jurídica. Poucas são as obras e os estudos que analisam a matéria com acuidade, separando cada instrumento jurídico e impondo aos mesmos uma dinâmica própria, isto é, discorrendo a respeito da natureza e do regime jurídico dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação. Infelizmente, tais instrumentos ainda são usados de maneira indiscriminada, em especial o convênio de cooperação, sem que haja efetiva distinção em relação aos demais instrumentos que também objetivam reger cooperações no seio da Administração, como é o caso dos tradicionais convênios administrativos.

Enfim, a matéria certamente merece maior atenção diante da sua relevância para o Direito Público. Daí a abordagem dos consórcios públicos em capítulo próprio, a fim de esmiuçar sua natureza, regime jurídico e funcionalidade.

com outras espécies de contratos, a exemplo dos contratos administrativos. Quando da abordagem da natureza jurídica dos consórcios públicos, no Capítulo 3, abordar-se-á novamente esse tema.

³⁸⁸ Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

VIII – convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles;

³⁸⁹ Os termos de colaboração e de fomento, assim como os acordos de cooperação possuem regramento estabelecido no âmbito da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Os convênios administrativos, por sua vez, seguem a regra geral estabelecida pelo art. 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3 A FORMAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Como visto no Capítulo 2, a formação de consórcios públicos remonta da década de 60, compostos em sua imensa maioria por municípios. Assim, a experiência de consórcios públicos não é tão recente no país, apesar desse arranjo federativo somente ter sido devidamente disciplinado no ano de 2005, por meio da Lei federal nº 11.107.

Portanto, em que pese a ideia dos consórcios públicos não ser nova na Federação brasileira, sua disciplina legal ainda é recente e carece de maior estudo por parte da doutrina, a fim de dar-se os devidos contornos jurídicos na formação e operacionalidade dessas estruturas organizacionais interfederativas.

Essa é a proposta lançada neste Capítulo 3. Analisar, de maneira crítica, os principais temas ligados à constituição e ao funcionamento dos consórcios públicos a partir do seu regramento normativo consubstanciado na Lei federal nº 11.107/2005 e no Decreto federal nº 6.017/2007.

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A natureza jurídica dos consórcios públicos é tema por demais delicado, justamente porque aqui reside o principal avanço da Lei dos Consórcios Públicos, qual seja, a exigência de personificação dos consórcios criados pelos entes da Federação para a consecução de interesses comuns.

Estabelece o art. 1º, § 1º da Lei federal nº 11.107/2005 que “o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”. Mais adiante, no art. 6º da legislação em referência, consta que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública; ou de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. Nítida, pois, a exigência legal dos consórcios públicos deterem personalidade jurídica³⁹⁰, seja de direito privado, seja de direito público, nos termos

³⁹⁰ Tal inovação não passou longe das críticas da doutrina. Para Di Pietro (2014, p. 547), a melhor solução seria a de criar uma comissão executiva que administraria o consórcio e assumiria direitos e obrigações, não em nome próprio, mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento deste. Prevê a autora que poderia ser definido um líder do consórcio, a exemplo do que ocorre com os consórcios de empresas.

definidos no protocolo de intenções e no contrato de consórcio público (art. 4º, IV c/c 5º da Lei federal nº 11.107/2005).

Passados mais de dez anos da legislação de regência, dúvidas ainda pairam em relação à natureza dos consórcios públicos e seu respectivo regime jurídico, especialmente pela possibilidade de criação de consórcios públicos de direito público e privado.

3.1.1 Natureza contratual

Uma das mais significativas inovações trazidas pela Lei federal nº 11.107/2005 diz respeito ao caráter contratual dos consórcios públicos, previsto nos arts. 1º e 5º da referida lei. Assim, a criação de consórcio público dá-se mediante celebração de contrato, designado na lei de *contrato de consórcio público*.

A referida situação inova a tradicional dualidade existente no Direito Administrativo, entre contratos e convênios. Naqueles, vigoraria a noção da existência de contraposição de interesses entre os signatários. Nestes, os partícipes dispõem interesse comum no objeto da pactuação.

Para Bittencourt, os convênios administrativos são “acordos celebrados por entes públicos de qualquer espécie, ou entre estes e entidades particulares, com o intuito de concretizarem objetivos de interesse comum”. Já nos contratos, “os contratantes (partes) têm interesses diversos”³⁹¹. Na mesma trilha segue Di Pietro, aos dispor que “no contrato, os interesses são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos”, de modo que os convênios podem ser compreendidos como “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.”³⁹². Grau também vê nos contratos a oposição de interesses, isto é, as partes desejam interesses divergentes. Exemplifica o autor: “o vendedor quer desapossar-se de um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível; o comprador deseja adquirir o mesmo bem, pagando o menor preço possível”³⁹³.

Assim, parcela significativa da doutrina administrativa parte da concepção de que os convênios administrativos são acordos de vontade (atos administrativos complexos³⁹⁴) entre órgãos ou entidades da

³⁹¹ Bittencourt, 2012, p. 26.

³⁹² Di Pietro, 2014, p. 352.

³⁹³ Grau, 1977, p. 379.

³⁹⁴ É o caso de Moreira Neto (2009, p. 208), que advoga no sentido do convênio administrativo caracterizar-se como ato administrativo complexo, este compreendido

administração pública, ou entre estas e particulares³⁹⁵, tendo como objeto a consecução de objetivos comuns, sem que haja contraprestação ou remuneração entre os partícipes. Ainda, os convênios são comumente caracterizados como relação jurídica de natureza precária, diante da possibilidade de quaisquer dos convenientes retirar-se da avença de forma antecipada e unilateral³⁹⁶. Por outro lado, os contratos somente seriam destinados a situações em que os interesses das partes são contrapostos, como nos contratos de compra e venda de bens ou na prestação de serviços. Essa dialética entre convênios e contratos mostra-se equivocada, de fácil constatação e compreensão quando se analisa os consórcios públicos regidos pela Lei federal nº 11.107/2005, que referendou sua natureza contratual.

Isso porque os contratos podem ou não reger obrigações e interesses contrapostos entre seus signatários. É a situação, por exemplo, do contrato de sociedade, cujos sócios objetivam fim comum³⁹⁷. No caso, o contrato de consórcio público deve ser compreendido como *contrato de segunda espécie*, caracterizado como instrumento jurídico no qual as partes signatárias detêm interesse comum na sua celebração, tal qual ocorre também no âmbito dos convênios administrativos³⁹⁸.

como “o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto nas modalidades de cooperação como de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas.”.

³⁹⁵ Para Bandeira de Mello (2013, p. 682), “só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos.”. Em sentido contrário: Bittencourt, 2012, p. 30.

³⁹⁶ Nesse sentido também é a posição de Jessé Torres e Restelatto Dotti (2015, p. 53): “Nenhum ente público é obrigado a celebrar convênio, nem a permanecer em convênio celebrado. Trata-se de instrumento de cooperação voluntária, ao qual se adere ou do qual se retira, no exercício da autonomia político-administrativa que a todos os entes federativos assegura o art. 18 da CR/88.”.

³⁹⁷ Diniz (2002, p. 582) leciona: “O contrato de sociedade é a convenção por via da qual duas ou mais pessoas se obrigam a conjugar seus serviços, esforços, bens ou recursos para a consecução de fim comum e partilha dos resultados entre si, obtidos com o exercício de atividade econômica, que pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”. No mesmo sentido, Requião (2003, p. 365).

³⁹⁸ Posição contrária é defendida por Reis (2013, p. 57), para quem os consórcios públicos são espécie de convênios administrativos. Aliás, o autor traça importante resgate histórico e doutrinário em relação à natureza jurídica dos convênios administrativos, de leitura obrigatória para o aprofundamento do tema.

Bandeira de Mello caminha nesse exato sentido, ao reconhecer a existência de duas modalidades de contrato. Na primeira, “as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas”. Na segunda, “as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona”. Para o autor, os contratos administrativos são de primeira espécie, com interesses divergentes. Já os contratos de consórcio público e os convênios são de segunda espécie, com interesses convergentes³⁹⁹.

Para Harger, apesar dos convênios também serem “contratos de segunda espécie (onde inexistente contraposição de interesses), não implicam a criação de uma nova pessoa jurídica”⁴⁰⁰, situação diversa da presente nos contratos de consórcio público, que, apesar de também não disporem de interesses conflitantes, acarretam inevitavelmente na criação de nova pessoa jurídica.

Justen Filho, ao elaborar parecer sobre o Projeto de lei nº 3.884/2004 que versava sobre a constituição dos consórcios públicos, manifestou-se no sentido de que “o convênio é uma manifestação contratual”, incluída na categoria jurídica dos contratos, como espécie de *contrato plurilateral*. Para o autor, a expressão *convênio* seria útil para separar tais avenças daquelas tradicionalmente praticadas entre a administração pública e particulares⁴⁰¹. Nesse contexto, o mesmo autor compreende que os consórcios públicos são *contratos plurilaterais*, que envolvem acordo de vontades para fins de (i) assunção de obrigações pelas partes, (ii) delegação de atribuições e competências determinadas e (iii) transferência de bens e pessoal, tudo com o objetivo de promover a realização de interesses comuns⁴⁰².

Portanto, equivocada a diferenciação entre contratos e convênios com fundamento na oposição de interesses, existente naqueles e ausente nestes. Isso porque os convênios, como bem avalizado por Bandeira de Mello e Justen Filho, são espécies do gênero contratos. Por conseguinte, tem-se contratos mesmo onde o interesse dos signatários é convergente (comum), como ocorre nos contratos societários e convênios administrativos. Os consórcios públicos (*associação pública*, no caso dos consórcios públicos de direito público; e *associação civil*, no caso dos consórcios públicos de direito privado), nessa linha, são espécie do gênero *contratos*, posto que da sua celebração surge nova pessoa jurídica

³⁹⁹ Bandeira de Mello, 2013, p. 679-680.

⁴⁰⁰ Harger, 2007, p. 77.

⁴⁰¹ Justen Filho, 2005, p. 25.

⁴⁰² Justen Filho, 2005, p. 26.

através da convergência de interesses entre os entes consorciados. Daí correto falar-se que tanto os consórcios públicos quanto os convênios administrativos são contratos de segunda espécie, nos quais inexistem conflitos de interesses entre as partes pactuantes.

A natureza contratual reconhecida aos consórcios públicos pela Lei federal nº 11.107/2005 impõe consequências a essa modalidade de avença. A principal delas é proporcionar maior perenidade ao consórcio público, ou seja, evitar a entrada e saída abrupta de entes federativos capaz de desestabilizar as atividades desenvolvidas pelo consórcio e, inclusive, impor desequilíbrios financeiros aos entes consorciados e ao próprio consórcio público. Vê-se tal preocupação na redação dada ao art. 11 da lei, que condiciona a retirada do ente consorciado ao ato formal de seu representante perante a assembleia geral, sem prejuízo do cumprimento das obrigações já assumidas. No art. 12 vai-se além, exigindo que a alteração ou extinção do contrato de consórcio público dê-se por instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados⁴⁰³.

Por isso, a necessidade de superar-se a concepção inicial dos consórcios administrativos (como convênios administrativos), diante da fragilidade da relação jurídica então estabelecida. Com o advento da Lei dos Consórcios Públicos passa a existir previsão expressa que torna obrigatória a *contratualização* dos direitos e deveres entre os entes da Federação consorciados, de modo que a criação dos consórcios públicos dá-se através da formalização de contrato, o que contribui para o equilíbrio financeiro desse arranjo federativo e desestimula o rompimento abrupto da relação jurídica⁴⁰⁴.

3.1.2 Pessoa jurídica de direito público ou privado

Como já visto, a Lei federal nº 11.107/2005 possibilitou que os consórcios públicos sejam constituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, nos termos estabelecidos no Protocolo de Intenções.

⁴⁰³ Gonçalves (2014, p. 26) aduz que em Portugal as associações de freguesias e de municípios de fins específicos, bem como as comunidades intermunicipais constituem-se por contrato, nos termos da lei civil, conforme previsto nos arts. 80, n. 2 e 108, n. 2 da Lei (de Portugal) n. 75/2013.

⁴⁰⁴ Consta do art. 11, § 2º da Lei federal n. 11.107/2005: Art. 11, § 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.

Interessante notar que no Projeto de Lei nº 3.884/2004 encaminhado ao Congresso Nacional, e que balizou a Lei federal nº 11.107/2005, não havia disposição no sentido da possibilidade de adoção de dois regimes jurídicos para os consórcios públicos, posto que a redação originária do art. 2º, I dispunha da seguinte forma: “consórcio público: a associação pública formada por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum”. Marques Neto manifestou posição no mesmo sentido em parecer lavrado em face do referido projeto de lei, qual seja, pela necessidade dos consórcios públicos serem dotados tão somente de personalidade jurídica de direito público, submetidos integralmente ao regime de direito público⁴⁰⁵.

Assim, a previsão dos consórcios públicos de direito privado é fruto do processo de discussão no âmbito do Congresso Nacional. O projeto de lei originário somente previa a formação de consórcio público de direito público, como associação pública, o que restou superado pela redação final aprovada e convertida na Lei federal nº 11.107/2005 (art. 6º), que expressamente prevê a existência das duas modalidades de consórcio público (de direito público e de direito privado).

Di Pietro, referindo-se à personificação dos consórcios públicos, aduz que a lei é “lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que foi”. Conclui a autora que “mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática”⁴⁰⁶.

Posição também contrária à criação de pessoa jurídica consorcial, Reale, ao elaborar parecer sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004, que redundou na Lei dos Consórcios Públicos em 2005, atesta que:

O Projeto examinado cria, a bem ver, uma associação que vem alterar o sentido de nosso federalismo, o qual se distingue pela existência de três entes com competência distintas, cujo relacionamento recíproco a própria Carta Magna disciplina, representando os projetados “consórcios

⁴⁰⁵ É a posição por Marques Neto (2005, p. 16): “Além de importar na submissão obrigatória dos consórcios entre entes federados ao regime juspublicístico, essa referência no artigo 241 traz outra consequência. Estou convicto que ao adjetivar como públicos os consórcios restou necessário admitir que eles assumam personalidade jurídica própria (de direito público). De fato, não fosse para determinar a personificação jurídica do consórcio, não faria sentido o adjetivo ‘público’ inserido no texto do artigo 241.”

⁴⁰⁶ Di Pietro, 2014. p. 546.

públicos” um adendo inadmissível ao que a Constituição dispõe.

Ao contrário da posição adotada por Reale, é de se pontuar que inexistente óbice constitucional para a formação de nova pessoa jurídica por meio da comunhão de esforços e interesses de dois ou mais entes da Federação. Nada veda, por exemplo, a criação de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedade de economia mista por dois diferentes entes da Federação, de igual ou diferente natureza federativa.

A formação de estruturas interfederativas, como disposto por Reale, não invade competência dos entes da Federação. Pelo contrário, 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 do nicho de atribuições dos entes federativos. A possibilidade de formação de nova pessoa jurídica de direitos e deveres somente confirma a autonomia de cada ente da Federação, inclusive para cooperarem entre si, no âmbito das respectivas competências e interesses. Trata-se, essencialmente, da efetivação do federalismo de cooperação.

O argumento em torno da usurpação de competências constitucionais, a ofender o sistema federativo, parte da concepção equivocada sobre a constituição dos consórcios públicos, especialmente porque tais entidades são criadas através da delegação de atribuições (funções) dos seus entes consorciados, tal qual se dá na estrutura autárquica prevista no Decreto-lei nº 200/1967. A diferença principal está centrada na necessidade de comunhão de interesses de dois ou mais entes federativos para a formação dos consórcios públicos, situação inexistente no campo das autarquias tradicionais, constituídas por tão somente um ente da Federação. Em suma, é correta e adequada à ordem constitucional, a concepção dos consórcios públicos como pessoa jurídica de direitos e obrigações organizada por diferentes entes da Federação, nos moldes estabelecidos pelo art. 241 da Constituição Federal.

Ademais, a experiência em torno da congregação de vários entes da Federação na criação de nova pessoa jurídica não é nova no Direito brasileiro. Já em 1961 os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná davam vida ao Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), criado inicialmente como autarquia e, posteriormente, transformado em empresa pública e responsável pela atividade de fomento⁴⁰⁷. Da mesma maneira deu-se em 1972, com a Companhia

⁴⁰⁷ Disponível em: <<http://www.brde.com.br>>. Acessado em: 21 mar 2018.

Imobiliária de Brasília (TERRACAP), empresa pública composta pelo Distrito Federal (51% do capital social) e pela União Federal (49% do capital social), tendo como objetivo a execução, mediante remuneração, das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal, compreendendo a utilização, aquisição, administração, disposição, incorporação, oneração ou alienação de bens⁴⁰⁸. Percebe-se, assim, ser antiga a formação de novas pessoas jurídicas pelo entrelaçamento de capital e interesses de dois ou mais entes da Federação, para diferentes finalidades de interesse comum.

Assim, a formação de consórcio público como pessoa jurídica de direitos e deveres reflete a própria experiência já vivenciada por alguns entes da Federação, tal como é o caso emblemático do BRDE⁴⁰⁹. Sem prejuízo, o tema pode ser solucionado pela própria dicção do art. 241 da Carta Republicana de 1988, que em seu texto é claro em possibilitar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Ora, somente há sentido no texto constitucional se houver de fato a existência de nova pessoa jurídica para que haja a possibilidade de serem transferidos os encargos, serviços, bens e pessoal por parte dos entes consorciados. Melhor esclarecendo, não há sentido jurídico em vedar-se a constituição de nova pessoa jurídica diante da previsão constitucional dos entes da Federação transferirem obrigações e direitos para o consórcio público. Como bem exposto por Harger, “somente se pode transferir algo para um sujeito de direito”⁴¹⁰, isto é, para uma pessoa jurídica.

⁴⁰⁸Disponível em: <<http://www.terracap.df.gov.br>>. Acessado em: 21 mar 2018.

⁴⁰⁹ É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, em julgado envolvendo o BRDE, compreendeu pela impossibilidade de criação de autarquia interfederativa diante da inexistência de dispositivo constitucional expreso a autorizar tal agrupamento de interesses por diferentes entes da Federação. Cita-se excerto do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “*Um convênio entre Estados-membros – satisfeitos os pressupostos da manifestação de vontade das entidades políticas celebrantes, regidos pelo Direito Público – quiçá pudesse criar uma empresa interestadual, pessoa de Direito Privado. Não, porém, uma autarquia.*” (STF, Recurso Extraordinário nº 120.932, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30/4/1992). Tal precedente é anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu nova redação ao artigo 241 da Constituição da República e sanou a lacuna anunciada no voto vencedor do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁴¹⁰ Harger, 2007. p. 84-85. Esclarece o autor: “Verifica-se que o artigo transcrito, na sua parte final, determina que a lei a ser editada pelos entes federativos deverá autorizar “a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Surge em decorrência disso uma indagação. Para quem seriam transferidos? A resposta óbvia é que somente se pode

Portanto, temos que a Lei dos Consórcios Públicos afastou qualquer dúvida a respeito da personificação dos consórcios públicos, refletindo uma prática já identificada no início da segunda metade do século passado, no sentido do agrupamento de diferentes entes da Federação para o mesmo fim. Andou bem o legislador ao prever a formação de nova pessoa jurídica por meio dos consórcios públicos, em atenção à realidade então vivenciada no país e à própria evolução das relações federativas. Ainda, não se olvida da crescente complexidade na prestação dos serviços públicos pelos entes da Federação, como é o caso vivenciado nas regiões metropolitanas, que exigem novos arranjos jurídicos para tal desiderato.

Nos termos do art. 6º da Lei federal nº 11.107/2005, os consórcios públicos podem ser constituídos como pessoas jurídicas de natureza pública ou privada, conforme estabelecido no Protocolo de Intenções que dá norte ao consórcio.

A dualidade de regimes na Lei dos Consórcios Públicos tem sofrido fortes críticas por parte da doutrina especializada⁴¹¹. Destaca-se a posição de Medauar e Oliveira, para quem “coerente seria enquadrar todos os consórcios na categoria das pessoas jurídicas de direito público”. Justificam tal assertiva diante do argumento de que a Lei dos Consórcios Públicos não aceita a incidência só do direito privado nos consórcios públicos de direito privado, diante da obrigatoriedade de cumprimento de inúmeras normas de direito público⁴¹².

Divergindo, de certa forma, das razões supracitadas, o equívoco do legislador não está em criar a figura do consórcio de direito privado, mas, sim, na inexistência de um regime jurídico próprio a este, isto é, regras distintas para a formação e operacionalização das diferentes modalidades

transferir algo para um sujeito de direitos. Jamais se transfere algo para um contrato ou ajuste, mas por intermédio deles. Admitir que os consórcios permanecessem entidades despersonalizadas após a Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao artigo 241 da Constituição Federal, implicaria desobediência à própria letra da Constituição. É de se ressaltar que a estrutura de pessoa jurídica atualmente assumida pelo consórcio evita dificuldades que decorriam da ausência de personalidade jurídica própria e que eram constantemente denunciadas pelos administrativistas, que sugeriam a criação de pessoas jurídicas “paralelas” especificamente para dar execução a esses ajustes.”

⁴¹¹ Nesse sentido, pelo desacerto do legislador em prever a criação de consórcio de direito privado: Di Pietro, 2014, p. 551; Carvalho Filho, 2013, p. 39; e Borges, 2006, p. 7. Bandeira de Mello (2013, p. 680) vai além, ao considerar que o consórcio de direito privado é “autêntica aberração”.

⁴¹² Medauar; Oliveira, 2006. p. 76.

de consórcios (de direito público e de direito privado). Essa dualidade de regimes (público e privado) inexistente na Lei federal nº 11.107/2005, pois o legislador, apesar da previsão contida no artigo 6º da lei, acabou por unificar as regras de formação, funcionamento, controle e prestação de contas dos consórcios, sob o manto do regime publicista. Desta forma, têm-se como válidas as críticas da doutrina com relação ao regramento dos consórcios de direito privado no referido Diploma legal.

Entretanto, o foco da crítica parece equivocado, pois o problema central está na ausência de um regime jurídico adequado aos consórcios públicos de direito privado, esta sim uma infelicidade no atual texto da Lei dos Consórcios Públicos. Isto é, o erro do legislador não fora em prever a existência de consórcios de direito privado, mas de não lhe dar tratamento jurídico distinto daquele ofertado ao consórcio de direito público.

Nesse sentido, entende-se que é primordial 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) e as fundações públicas⁴¹³, 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 entes da Federação, ora sob o regime de direito público, ora sob o regime de direito privado.

Tal dicotomia apresenta-se de fundamental relevância diante da possibilidade de os consórcios exercerem atividades de diversas naturezas e que comportem diferentes regimes jurídicos (v.g., a prestação de serviços públicos poderia dar-se por pessoa jurídica de direito privado, a exemplo das empresas públicas e sociedades de economia mista).

É natural que grande parcela das competências dos entes federativos seja exercida sob regime de direito público pelos próprios órgãos da Administração Pública direta, ou por intermédio de pessoa jurídica de direito público criada para este fim, a exemplo das autarquias. Excepcionalmente, alguns serviços públicos podem ser prestados por terceiros, sob regime de direito privado, a exemplo do que ocorre com os

⁴¹³ Partilha-se da concepção de que as fundações públicas devem estar adstritas tão somente ao regime de Direito Privado, pois as fundações públicas de direito público são, na sua essência, verdadeiras autarquias.

serviços de abastecimento de água em muitos municípios brasileiros⁴¹⁴. Entretanto, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴¹⁵, as atividades de regulação e fiscalização não poderiam ser delegadas para pessoa jurídica de direito privado, mesmo que pertencente à administração pública indireta, visto tratarem-se de atividades-fim do Estado, ou seja, adstritos ao regime de direito público.

Sendo assim, as atividades administrativas inerentes à limitação administrativa da liberdade e propriedade (poder de polícia administrativa) somente poderiam ser transferidas aos consórcios públicos de direito público, de natureza autárquica (associação pública) e regidas integralmente pelo regime publicista. Conforme tem prevalecido na doutrina majoritária⁴¹⁶, poderiam as pessoas jurídicas de direito privado, a exemplo dos consórcios públicos de direito privado, desempenhar tão somente funções acessórias ou conexas aos atos de polícia administrativa, desde que não inseridas na competência de normatizar, sancionar ou impor limites a liberdades e direitos perante terceiros. Apenas os consórcios públicos de direito público poderiam exercer atribuições públicas⁴¹⁷. Conforme Guimarães, os consórcios públicos de direito público podem exercer competências próprias das pessoas políticas que as formam⁴¹⁸.

⁴¹⁴ É o caso do município de Campinas/SP, onde a prestação dos serviços dá-se pela Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A (SANASA- CAMPINAS).

⁴¹⁵ Vide: ADI nº 1.717, rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 7/11/2002; e Medida Cautelar na ADI n. 2.310, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/12/2000. O tema em torno da delegação de atividade-fim do Estado às entidades privadas voltará a ser analisado no âmbito do RE n. 633.782, rel. Min Luiz Fux, em sede de repercussão geral (Tema 532). Para maiores esclarecimentos sobre a matéria, vide observações inseridas no Capítulo 5, quando da análise da instituição de taxa em favor dos consórcios públicos que desempenham funções de polícia administrativa.

⁴¹⁶ Nesse sentido: Bandeira de Mello, 2010, 296; Dallari, 2006, p. 12; Marrara, 2014, p. 578; Justen Filho, 2013, p. 603.

⁴¹⁷ Pertinente a lição de Bandeira de Mello (2013, p. 164/165): “Exatamente por serem pessoas de Direito Público é que as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, sendo pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas; não, porém, para titularizar as atividades públicas”.

⁴¹⁸ É o pensamento de Guimarães (2012, p. 165): “Alias, é indubitável que, assim como se passa com as autarquias, quando formatados com personalidade jurídica de direito público, os consórcios públicos são aptos a receber competências próprias das pessoas políticas, pondo-se na condição de exercitar ou de compartilhar funções e atribuições de poder concedente de serviços públicos (sempre se pressupondo reserva da titularidade do serviço público às pessoas políticas sujeitos dos consórcios públicos). Os consórcios públicos podem ser uma relevante alternativa na

Dentro desse escopo, resta frustrada ao consórcio público de direito privado parcela das atribuições previstas no âmbito do art. 241 da Constituição Federal e da Lei federal nº 11.107/2005, justamente porque inerentes às atividades de polícia administrativa (ao menos em seu escopo finalístico, restando preservada a legitimidade para a execução dos atos acessórios e conexos). Também são incompatíveis com os consórcios de direito privado o exercício de atividades econômicas que objetivam o lucro⁴¹⁹. Isto porque os consórcios de direito privado, nos termos do art. 15 da Lei nº 11.107/2005⁴²⁰, devem ser compreendidos como *associações civis*, cuja essência é o exercício de atividades sem fins econômicos (lucrativos). Esse é o entendimento prevalecente na doutrina pátria⁴²¹.

Aliás, essa conclusão caminha ao encontro da prática então adotada pelos consórcios intermunicipais formados antes da Emenda Constitucional nº 19/1998 e da Lei dos Consórcios Públicos, que se constituíram como pessoas jurídicas de direito privado e sem fins econômicos, ou seja, como associações civis.

Divergem dessa posição Bandeira de Mello⁴²², para quem os consórcios de direito privado devem ser compreendidos como *empresas públicas*; e Diógenes Gasparini⁴²³, que admite a constituição dessa modalidade de consórcio como *fundação de direito privado*. Discorda-se desses eminentes juristas diante da redação dada ao artigo 15 da Lei nº

configuração de concessões (e PPPs), envolvendo a convergência de interesses de municípios brasileiros. Configuram-se um instrumento de conjugação de esforços para viabilizar o uso do modelo concessionário por municípios individualmente destituídos de condições adequadas de fiscalização e controle tutelar sobre a execução da concessão de serviços públicos”.

⁴¹⁹ Válidas as lições de Ramos (2013. p. 214), ao abordar a diferença entre as sociedades e associações: “São justamente a finalidade econômica e o intuito lucrativo as características que diferenciam as sociedades das associações. Com efeito, ambas são pessoas jurídicas de direito privado decorrentes da união de pessoas, mas o traço diferencial entre elas é o fato de que a sociedade exerce atividade econômica e visa à partilha de lucros entre seus sócios (art. 981 do Código Civil), enquanto a associação não possui fins econômicos e, conseqüentemente, não distribui lucros entre seus associados (art. 53 do Código Civil).”.

⁴²⁰ Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

⁴²¹ Nesse sentido: Carvalho Filho, 2013. p. 39; Justen Filho, 2013. p. 316; Silva, 2005, p. 1.030; Di Pietro, 2014. p. 551; Medauar; Oliveira, 2006. p. 75-76; Borelli, 2010, p. 167; Negrini, 2009, p. 120; Alves, 2006, p. 46; e Borges, 2012, p. 8. Para Ribeiro (2007, p. 22), os consórcios públicos de direito privado podem adotar o formato de associação ou de uma fundação.

⁴²² Bandeira de Mello, 2013. p. 681.

⁴²³ Gasparini, 2007, p. 346-347.

11.107/2005, que expressamente atrela os consórcios de direito privado ao regime previsto para as associações civis no Código Civil.

Já no que toca aos consórcios públicos de direito público, a doutrina majoritária reconhece sua natureza autárquica, por expressa disposição do art. 41 do Código Civil, que previu as associações públicas como espécie do gênero autarquia⁴²⁴. O art. 2º, I do Decreto federal nº 6.017/2007⁴²⁵ corrobora esse entendimento, ao dispor que as associações públicas possuem natureza autárquica (de igual forma o art. 5º, IV do mesmo Decreto).

Evidente que as associações públicas não gozam de idêntico regime jurídico das autarquias, até porque inexistente um regime autárquico propriamente dito no país (vide as autarquias especiais e suas nuances jurídicas). Assim, aplica-se o regime jurídico administrativo a essa modalidade de consórcio público, com os evidentes temperamentos necessários para compatibilizar o regime jurídico de direito público à própria natureza da autarquia interfederativa⁴²⁶. Nas palavras de Justen Filho, “o consórcio público com personalidade jurídica de direito público encontra-se em situação jurídica similar à de uma autarquia, já que não é uma pessoa política.”. O autor arremata, “mas não pode significar que existira uma figura exatamente idêntica àquela até então praticada no Brasil”⁴²⁷.

Portanto, o consórcio de direito público é *autarquia interfederativa* (ou *autarquia associativa*, como designado por Carvalho Filho⁴²⁸), como espécie do gênero autarquias, sujeitas ao regime jurídico publicista e detendo regramento próprio previsto na Lei federal nº 11.107/2005. Por

⁴²⁴ No mesmo sentido: Borges, 2006, p. 6; Harger, 2007, p. 80-81; e Carvalho Filho, 2013, p. 34. Em sentido contrário caminha Silva (2005, p. 1027-1046), que compreende as associações públicas como categoria autônoma, não se confundindo com as autarquias.

⁴²⁵ Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se: I – consórcio público: 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;

⁴²⁶ Posição contrária é a defendida por Ribeiro (2007, p. 23), para quem “O regime jurídico desses consórcios é o mesmo que o das autarquias e, por isso, não apresenta grandes novidades”.

⁴²⁷ Justen Filho, 2013, p. 288.

⁴²⁸ Carvalho Filho, 2013, p. 34. Para o autor, existem outras espécies de autarquias, como as autarquias assistenciais, previdenciárias, profissionais, administrativas e de controle.

possuírem natureza autárquica, as associações públicas podem desempenhar inúmeras atividades de interesse comum dos entes da Federação, inclusive aquelas relacionadas ao poder de polícia administrativa. Ainda, os consórcios públicos de direito público gozam das imunidades típicas das autarquias, nos termos do art. 150, § 2º da Constituição Federal⁴²⁹.

De outro lado, 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. Essa situação tende a desestimular a formação de consórcios de direito privado por parte dos gestores públicos, justamente diante da sua atuação limitada e da previsão constante no Decreto federal nº 6.017/2007, no sentido de que a União somente celebrará convênio com consórcio público constituído sob a forma de associação pública⁴³⁰. Ademais, a falta de clareza do texto normativo e a divergência doutrinária certamente prejudicam a compreensão a respeito dos limites de atuação dos consórcios de direito privado, o que reforça a conclusão anterior⁴³¹.

⁴²⁹ Nesse sentido já decidiu a Receita Federal, na solução de Consulta nº 259, de 26 de maio de 2017: “Em face do exposto, conclui-se que a) Os consórcios públicos, constituídos sob a forma de associação pública, caracterizam pessoa jurídica de direito público. São integrantes da administração indireta dos entes da Federação consorciados, como espécie de autarquia; b) Os consórcios públicos, constituídos sob a forma de associação pública, gozam de imunidade relativamente aos impostos incidentes sobre o patrimônio, renda e serviços, nos termos previstos pelo art. 150, § 2º, da Constituição Federal; c) Aos consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública não se aplica a imunidade relativa às contribuições previdenciárias, nos termos previstos no art. 195, § 7º da Constituição Federal, regulado pelas Leis nºs 8.212, de 1991, e 12.101, de 2009; d) O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos consórcios intermunicipais, constituídos sob a forma de associação pública, pertence aos municípios consorciados, aplicando-se as disposições acerca de repartição de receitas constantes do art. 158, inciso I, da Constituição Federal.”

⁴³⁰ Decreto federal nº 6.017/2007, Art. 39. A partir de 1º de janeiro de 2008 a União somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma tenham se convertido.

⁴³¹ É o que ocorre com a criação do Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife (CTM), criado em 2008 e formado pelo estado de Pernambuco e pelos municípios de Recife e Olinda. Tal consórcio foi constituído com a natureza de direito privado e sob o regime de empresa pública, conforme se extrai da Lei estadual nº 12.235/2007 que aprovou o protocolo de intenções no âmbito do estado de Pernambuco, assim redigido: “Art. 1º Fica ratificado o Protocolo de Intenções constante do Anexo Único desta Lei, celebrado entre o Estado de Pernambuco e os

No caso, deve prevalecer a concepção no sentido de classificarem-se os consórcios de direito privado como associações civis, em atenção ao artigo 15 da Lei dos Consórcios Públicos, o que lhe impedirá de exercer atividades com o intuito lucrativo e aquelas típicas de Estado, a exemplo do poder de polícia administrativa. Tal circunstância, entretanto, não retira a relevância dos consórcios públicos de direito privado, mesmo que seu escopo de atuação seja mais limitado em relação aos consórcios de direito público.

Apesar dessa atuação limitada dos consórcios públicos de direito privado, os mesmos podem exercer outras atividades administrativas de grande relevância ao Poder Público, a maioria delas de natureza burocrática ou compreendidas como atividade-meio. Pode-se exemplificar a constituição de consórcios de direito privado para o planejamento e desenvolvimento regional⁴³², a criação de escola de Governo⁴³³, compras compartilhadas⁴³⁴, o desenvolvimento de sistemas de tecnologia da informação voltado aos próprios entes consorciados⁴³⁵, entre tantas outras funcionalidades⁴³⁶.

Municípios do Recife e de Olinda, para promover a gestão associada plena do Sistema de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Região Metropolitana do Recife – STPP/RMR, através do consórcio público, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal e da Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005. § 1º Fica autorizada a criação do Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife – CTM, sob a forma de Empresa Pública, nos termos previstos no Protocolo de Intenções mencionado no caput do presente artigo, pessoa jurídica de direito privado, multifederativa, com autonomia administrativa e financeira”. Pela dinâmica estabelecida por este consórcio de direito privado, sua natureza é de empresa pública, em ofensa direta, no nosso sentir, ao artigo 15 da Lei federal nº 11.107/2005. (Disponível em: <<http://www.granderecife.pe.gov.br/web/granderecife/informacoes-legais>>. Acesso em: 22 mar 2018)

⁴³² Previsão constante no artigo 3º, XII, do Decreto nº 6.017/2007.

⁴³³ Previsão constante no artigo 3º, V, do Decreto nº 6.017/2007.

⁴³⁴ A Lei federal nº 11.107/2005 alterou a redação do art. 112 da Lei federal nº 8.666/1993, cujo § 1º passou a ter a seguinte redação: “Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados”

⁴³⁵ É o caso do Consórcio de Informática na Gestão Pública Municipal (CIGA), composto por 308 municípios e responsável pela criação e gestão do Diário Oficial dos Municípios – DOM/SC (Disponível em: <<http://ciga.sc.gov.br/index.php/municipios>>. Acessado em 22 mar 2018).

⁴³⁶ Tal situação é bem pontuada por Marçal Justen Filho (2013, p. 316): “Mas a criação de pessoas de direito privado, sem fins econômicos, tendo por sócios os entes da Federação, é diversa e bastante interessante. Assim se passa porque o ente criado se

O equívoco do legislador, portanto, não está em prever os consórcios como entidades de direito público ou de direito privado, pois existem fundamentos jurídicos que alicerçam a existência concomitante dessas modalidades de pessoas jurídicas, diante do amplo rol de atividades a serem desenvolvidas pelos consórcios públicos. Muitas dessas funções amoldam-se perfeitamente ao regime de direito privado e inserem-se no âmbito da cooperação federativa⁴³⁷. A falha constante da legislação diz respeito à ausência de melhor definição quanto ao regime jurídico aplicado aos consórcios públicos de direito público e de direito privado. As semelhanças entre as duas modalidades previstas na Lei dos Consórcios Públicos são tamanhas que fica mais simples pontuarem-se as diferenças, que se limitam a apenas duas. A primeira, prevista no § 2º do artigo 6º da Lei nº 11.107/2005, diz respeito à obrigatoriedade da adoção do regime celetista para os agentes públicos dos consórcios de direito privado. A segunda diferença, prevista nos incisos I e II do artigo 6º do mesmo Diploma legal, refere-se ao momento de constituição do consórcio público: se de direito público, quando da publicação de todas as leis de ratificação do protocolo de intenções; se de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil (registro civil dos atos de constituição).

Todas as demais regras relacionadas à constituição e operacionalização dos consórcios públicos encontram regramento jurídico único; idêntico para as duas modalidades previstas na legislação. A celebração do protocolo de intenções, a formalização dos contratos de

assemelhará às figuras geradas no âmbito dos particulares. Trata-se das chamadas sociedades civis sem fins lucrativos ou associações privadas, que são produto de uma longa tradição privatista. Com os consórcios públicos sob regime privado, passa-se a admitir a instauração de associações, formadas por entes federativos”. Conclui o autor: “Anote-se que a finalidade do consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é, também, o estabelecimento de relações de cooperação federativa. Isso induz à existência de certos temas de interesse comum a diversos entes da federação, que não envolvem (a) a titularidade de competências inerentes à soberania, que se traduzem necessariamente na titularidade de personalidade jurídica de direito público, nem (b) a existência de interesses econômicos, que conduziram à constituição de uma sociedade empresária”.

⁴³⁷ Diverge dessa posição Carvalho Filho (2013, p. 41), para quem: “Nada há, na verdade, no âmbito do consórcio que se apresente como apropriado para a disciplina de direito privado. Ao contrário, os fins a serem alcançados em virtude da cooperação dos entes federativos deveriam dar ensejo apenas à formação de pessoas de direito público. Trata-se de situação jurídica insuscetível de ‘privatização’ através da criação de pessoa de direito privado, diferente, portanto, de outras tantas em relação às quais é inteiramente cabível e adequada a atuação do Estado por pessoas dessa natureza”.

programa e rateio, o procedimento de alteração do protocolo de intenções e do contrato de consórcio público, a necessidade de realização de licitação pública e concurso público, o dever e a forma de prestação de contas, enfim, todas as demais regras previstas na Lei nº 11.107/2005 (e no Decreto federal nº 6.017/2007) guardam similaridade absoluta para as duas modalidades de consórcio público, o que acaba por retirar o sentido da própria existência do consórcio de direito privado nos atuais moldes da lei, diante da quase absoluta identidade dos regimes jurídicos impostos. Tal cenário justifica as fortes críticas da doutrina quanto aos consórcios de direito privado, não pela sua previsão na legislação, que se fundamenta, mas pela forma como foi concebido pelo legislador.

Enfim, como bem observado por Harger⁴³⁸, há grande incidência de normas de direito público sobre os consórcios públicos regidos, em tese, pelo direito privado. Vai-se além: os consórcios de direito privado são disciplinados, na atual dinâmica da Lei nº 11.107/2005, pela quase totalidade das normas publicistas, em completo desvirtuamento da essência dos institutos jurídicos. O entrelaçamento jurídico entre as duas modalidades de consórcio público é tal que acaba por dificultar a própria diferenciação dos institutos jurídicos, de modo que sua diferenciação resume-se à questão envolvendo (i) o regime de pessoal (obrigatoriamente celetista no regime privado e facultativo no regime público) e (ii) o momento de constituição do consórcio (com a publicação do contrato de consórcio público no caso do consórcio de direito público e da efetivação do registro civil no consórcio de direito privado)⁴³⁹.

Esta é a grande crítica a ser feita ao atual regime da Lei nº 11.107/2005. Os consórcios de direito privado deveriam gozar de dinâmica mais próxima ao direito privado⁴⁴⁰, justamente para diferenciarem-se do regime publicista. E a questão não está, necessariamente, na obrigação prevista na lei para os consórcios de direito privado realizarem licitação pública e concurso público, como precipitadamente poder-se-ia aventar. Bastaria que a lei disciplinasse processo mais dinâmico e flexível para a criação e, especialmente, para a funcionalidade dos consórcios de direito privado, sem todas as “amarras”

⁴³⁸ Harger, 2007, p. 92.

⁴³⁹ Tais conclusões são referendadas por Fonseca Dias (2008, p. 100), que vai além em rechaçar a própria juridicidade dos consórcios públicos de direito privado, “sobretudo pelas dificuldades em se definir o seu regime jurídico de regência”.

⁴⁴⁰ Evidentemente, sempre com os temperamentos do direito público, ou seja, observando-se os princípios basilares da Administração Pública (direta e indireta).

do regime publicista, a exemplo do que ocorre com as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) no âmbito da Lei federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

Desta forma, poder-se-ia compreender que, a exemplo das fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XX, da CRFB), os consórcios de direito privado poderiam ser *autorizados* por lei de cada ente da Federação consorciado, de modo a retirar o engessamento em torno da prévia aprovação por lei da integralidade do protocolo de intenções por todos os entes consorciados. Imagina-se a dificuldade operacional de alteração de dispositivo no protocolo de intenções ou contrato de consórcio público de determinado consórcio (v.g., a criação de cargo ou emprego público, a majoração de vencimento ou salário, entre outros), composto por centenas de municípios, como ocorre com inúmeros consórcios públicos na área da saúde no país. É necessária a aprovação de leis ratificadoras em todas as Câmaras de Vereadores dos entes consorciados para vigência da referida alteração, demonstrando o quão dramático (e disfuncional) é o processo de modificação de quaisquer dispositivos nos documentos de regência dos consórcios públicos (de direito público e de direito privado).

Enfim, a dinâmica em torno dos consórcios de direito privado prevista na Lei federal nº 11.107/2005 não incentiva a sua adoção pelos gestores públicos, de modo que se tem privilegiado a criação de associações públicas⁴⁴¹. A situação agrava-se pela previsão contida no art. 39, *caput* do Decreto federal nº 6.017/2007, que restringe a União a celebrar convênios tão somente com os consórcios constituídos sob a forma de associação pública. Certamente o atual cenário normativo desestimula a formação de consórcio sob a vertente do direito privado, pois, além de possuir regramento praticamente idêntico ao consórcio de direito público, está impedido de receber recursos voluntários da União, o que se apresenta desesperador no atual cenário centralizador da Federação brasileira.

Melhor se o legislador tivesse disciplinado a possibilidade de cooperação entre os entes da Federação sob regimes jurídicos muito bem definidos, díspares entre si. Para as atividades típicas de Estado, poderiam ser constituídos consórcios de direito público (associação pública), regidos integralmente pelo regime publicista. Para as demais atividades de interesse do Estado, compatíveis com o regime privado e exercidas sem finalidade lucrativa, os entes federativos poderiam se unir em torno

⁴⁴¹ Borges (2012, p. 18) afirma que “Há uma acentuada preferência para os consórcios públicos regidos pelo direito público. São poucos os regidos pelo direito privado”.

dos consórcios de direito privado (associação civil). Para as atividades desenvolvidas pelo Estado *com finalidade lucrativa*, restariam as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Este desenho da formação de novas pessoas jurídicas no âmbito das relações federativas certamente proporcionaria maior segurança jurídica quanto aos regimes jurídicos a prevalecer em cada caso.

Assim, melhor seria que a Lei dos Consórcios Públicos dispusesse de maneira mais clara e contundente a respeito do regime jurídico do consórcio de direito privado, alocando para estes um regime mais próximo ao compreendido para as empresas públicas e sociedades de economia mista, tal como regido pela Lei federal nº 13.303/2016, situação que contribuiria para a segurança jurídica e o fomento de novas relações federativas. Contudo, infelizmente, não é o que consta da Lei federal nº 11.107/2005.

3.1.3 O regime jurídico administrativo e sua extensão

Como visto no tópico anterior, a doutrina tece fortes críticas em relação à previsão constante em lei para a criação de consórcios de direito privado, especialmente diante da quase identidade do regime jurídico estabelecido entre aqueles e os consórcios de direito público.

Deveras, é importante retornar-se à análise do art. 6º da Lei federal nº 11.107/2005⁴⁴². O referido artigo de lei estabelece que os consórcios de direito público, constituídos sob a forma de associação pública, integram a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. A lei é silente em relação aos consórcios de direito privado, dando a entender não estarem compreendidos no âmbito da administração indireta, o que não pode ser aceito de modo algum, visto tratar-se de pessoa jurídica composta exclusivamente por entes da Federação. A única

⁴⁴² Art. 6º 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;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará 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.

conclusão plausível é no sentido de que ambas as modalidades de consórcio público integram a administração indireta⁴⁴³.

Ainda, prescreve o § 2º do art. 6º que os consórcios de direito privado devem 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.

Como mencionado anteriormente, trata-se de infeliz previsão legislativa, na medida em que impõe aos consórcios de direito privado praticamente o mesmo regime jurídico das associações públicas, ou seja, impõe o regime jurídico administrativo à entidade de natureza privada. À exceção do regime de pessoal (celetista) e do ato de constituição do consórcio público junto ao órgão de registro civil competente, tudo o mais é idêntico aos dois modelos de consórcio público, o que torna despropositada a existência de ambas as formas de constituição de consórcios públicos.

Assim, aplicam-se a ambas as modalidades de consórcio público o regime jurídico (i) das licitações públicas, (ii) dos contratos administrativos, (iii) da prestação de contas aos órgãos de controle interno e externo da administração pública e (iv) da admissão de pessoal (concurso público). Ainda, a execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas (art. 9º da Lei federal nº 11.107/2005).

Da mesma forma, aplicam-se a todos os consórcios públicos a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º) e as disposições das Leis federais nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) e nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), assim como da Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), inclusive com os acréscimos inseridos pela Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009 (Lei da Transparência Ativa).

Enfim, vê-se que os consórcios públicos, de direito público e privado, estão inseridos no mesmo regime jurídico, no caso, o regime publicista.

⁴⁴³ No mesmo sentido: Di Pietro, 2014, p. 549; Harger, 2007, p. 96; Carvalho Filho, 2013, p. 44; Ribeiro, 2007, p. 23; e Gasparini, 2007, p. 347. Em sentido contrário, Medauar; Oliveira (2006, p. 77), que se manifestam pela inconstitucionalidade de pessoa jurídica compor diversos entes da Federação.

A situação envolvendo o regime de pessoal merece atenção especial.

Como visto, o art. 6º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005 prescreve que, no caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que diz respeito à admissão de pessoal, e será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Portanto, e como não poderia ser diferente, os consórcios de direito privado devem ser regidos, obrigatoriamente, pelo regime celetista, típico das entidades de natureza privada, a exemplo das fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. A doutrina, aliás, é remansosa nesse ponto, pois há expressa previsão legal na Lei dos Consórcios Públicos.

A controvérsia reside no regime de pessoal a ser adotado pelos consórcios de direito público, que, conforme antes discorrido, possuem natureza autárquica (associação pública), isto é, estão inteiramente submersos no regime publicista.

São três as posições encontradas na doutrina.

A primeira delas, no sentido da obrigatoriedade da adoção do regime celetista para os consórcios de direito público. A justificativa baseia-se no art. 4º, IX da Lei nº 11.107/2005⁴⁴⁴, que alude à existência de *empregados públicos* no âmbito dos consórcios, terminologia tipicamente utilizada para o regime celetista⁴⁴⁵.

A segunda posição caminha pela obrigatoriedade da adoção do regime estatutário para reger o pessoal nos consórcios de direito público. Para os defensores dessa tese, somente o regime estatutário é compatível com a natureza autárquica e a previsão constante no § 2º do art. 6º da Lei dos Consórcios Públicos revelaria que o regime celetista ficaria adstrito ao âmbito dos consórcios de direito privado⁴⁴⁶.

Por fim, uma terceira corrente doutrinária inclina-se no sentido de ser facultativa a adoção do regime celetista para os consórcios de direito público, de modo que poderiam ser constituídos sob o manto do regime estatutário ou celetista, conforme previsão no protocolo de intenções⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam: IX – o número, as formas de *provimento* e a remuneração dos *empregados públicos*, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

⁴⁴⁵ Nesse sentido: Carvalho Filho, 2013, p. 80-81; e Ribeiro, 2007, p. 30.

⁴⁴⁶ Nesse sentido: Gasparini, 2007, p. 357-358; e Harger, 2007, p. 113.

⁴⁴⁷ Nesse sentido: Medauar; Oliveira, 2006, p. 57; e Alves, 2006, p. 124.

A tese da obrigatoriedade da adoção do regime celetista para todos os consórcios públicos mostra-se equivocada, posto que a expressão *empregado público*, prevista na Lei federal nº 11.107/2005, fora utilizada de maneira inapropriada pelo legislador. Tanto é que no artigo 4º, IX, do mesmo Diploma legal, misturam-se conceitos inerentes ao regime estatutário (provimento) e ao regime celetista (empregado público), o que comprova a confusão semântica presente na Lei dos Consórcios Públicos. Assim, o intérprete não pode ficar adstrito à terminologia adotada pela lei em referência, pois são contraditórias quanto à definição do regime de pessoal.

Da mesma forma, mostra-se sem sentido pressupor a existência de um único regime jurídico (o celetista) a todos os consórcios públicos. Isto porque a própria redação do art. 6º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005 exige para os consórcios de direito privado a adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, se ambas as modalidades de consórcio público deveriam estar subordinadas ao regime celetista, qual o motivo para o legislador estabelecer expressamente o regime celetista como obrigatório somente para os consórcios de natureza privada? Avalia-se sem sentido tal interpretação diante da redação do § 2º do art. 6º da Lei federal nº 11.107/2005.

Ademais, ao limitar-se a adoção do regime celetista a ambas as modalidades de consórcio público estar-se-á limitando o exercício de atividades que não envolvam o núcleo central das funções de Estado, ou seja, toda e qualquer atividade inerente ao regime publicista, incompatível com o regime celetista. Dito de maneira direta, mantida a unicidade do regime celetista para ambas as modalidades de consórcios, restaria vedado aos mesmos o exercício das funções de regulação e fiscalização dos serviços públicos⁴⁴⁸, esvaziando grande parte das funções envoltas no âmbito do art. 241 da Constituição Federal. Aliás, o art. 8º da Lei federal nº 11.445/2007⁴⁴⁹ dá guarida à posição defendida, pois expressamente autoriza os consórcios públicos a desempenharem as atividades de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico.

Quanto à segunda corrente, no sentido de que a obrigatoriedade da adoção de regime estatutário para as associações públicas, apesar de

⁴⁴⁸ Vide decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na ADI nº 2.310, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/12/2000, que suspendeu os efeitos do artigo 1º da Lei nº 9.986/2000. Este dispositivo tratava da possibilidade da adoção de empregos públicos (regime celetista) nas agências reguladoras criadas pela União.

⁴⁴⁹ Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico 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.

parecer, em um primeiro momento, a tese mais lógica diante da natureza autárquica dos consórcios de direito público, tal interpretação afasta a possibilidade desses consórcios públicos valerem-se de empregados públicos para a consecução de seus objetivos, que podem ser por prazo certo e determinado.

Dá-se como exemplo a criação de consórcios de direito público para a construção de uma ponte que liga os dois municípios consorciados, tendo como objeto consorcial uma finalidade específica e pontual. Nesse caso, a imposição do regime estatutário atrairá a estabilidade funcional para os servidores eventualmente nomeados para o provimento de cargo público (art. 41, da CF), de modo que, com a extinção a termo do consórcio público, tais agentes públicos obrigatoriamente deverão ser aproveitados nos entes consorciados, quando poderiam ser completamente desligados da administração pública, caso se tratassem de empregados públicos (regime celetista).

Da mesma forma, a alegação de obediência ao *regime jurídico único*, constante do art. 39, *caput* da Constituição Federal⁴⁵⁰, não se mostra aplicável às associações públicas. Pela previsão constitucional, tem-se que as autarquias devem observar o mesmo regime jurídico do ente que lhe dá vida.

No caso dos consórcios de direito público (associações públicas compreendidas como autarquias interfederativas), formados por dois ou mais entes da Federação subordinados, cada qual a um determinado regime de pessoal (estatutário, como regra), mostra-se impossível o cumprimento da disposição constante no art. 39, *caput* da Carta Constitucional, justamente porque não se terá uma unidade de regime jurídico entre os entes federados e o consórcio público.

Toma-se, como exemplo, um consórcio de direito público constituído pelos municípios A, B, C e D. Os três primeiros municípios possuem, cada qual, regime estatutário disciplinado em lei municipal. O município D adota o regime jurídico celetista para seus agentes públicos⁴⁵¹. No caso, vê-se ser impossível a unificação de um regime no âmbito do consórcio público, seja ele estatutário ou celetista. Mesmo que

⁴⁵⁰ Texto da redação original da Constituição Federal, conforme decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.135-4, de relatoria originária do Ministro Néri da Silveira, que suspendeu os efeitos da modificação produzida no *caput* do artigo 39 pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

⁴⁵¹ Não se adentrará no mérito da constitucionalidade ou não da adoção, por parte dos municípios, do regime celetista como regime jurídico único. Particularmente, defende-se sua absoluta impossibilidade, apesar de ser comum ainda existirem municípios regidos única e exclusivamente pelo regime celetista.

suprimido o município D, ainda assim não haveria um único regime jurídico estabelecido no âmbito da associação pública, visto que cada município (A, B e C) certamente possuiria disposições diferenciadas nos seus estatutos (v.g., adicionais, licenças, progressões, etc.), por vezes com grandes disparidades.

Enfim, seja por um ou outro caminho (adoção do regime celetista ou estatutário pelo consórcio de direito público), a regra do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal deve ser interpretada buscando a harmonia do sistema constitucional, sob pena de inviabilizar-se as normas constantes dos arts. 8º e 241 do mesmo Diploma maior. Nesse sentido, não resta outro caminho que compreender os consórcios públicos fora da regra que estabelece o regime jurídico único em cada ente da Federação⁴⁵².

Ademais, pode-se compreender que a Lei federal nº 11.107/2005 estaria fora do alcance da obrigatoriedade do regime jurídico único, diante da ressalva contida no julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 2135-4), que manteve vigente a legislação então editada sob as normas revogadas por inconstitucionalidade⁴⁵³. Dito com

⁴⁵² O mesmo entendimento é adotado por Harger (2007, p. 112-113): “Obviamente, não é possível que os consórcios com personalidade jurídica de direito público obedeçam a esse comando constitucional. A norma em questão tem campo de incidência diverso. Destina-se a regular as relações entre a Administração direta, autárquica e fundacional em um ente federado e os seus agentes. A associação entre entes federados não é regida por esse dispositivo constitucional, mas sim pelo art. 241. Isso significa dizer que a volta da vigência da redação original do art. 39 da Constituição Federal não influencia a discussão que até então vinha sendo travada acerca do regime jurídico dos agentes dos consórcios públicos”. Em sentido contrário, Chieco (2011, p. 172) aduz que os consórcios públicos de natureza jurídica autárquica (direito público) “deverão contratar seus servidores seguindo o regime estatutário, em respeito ao regime único definido no artigo 39 da Constituição Federal.”

⁴⁵³ O Supremo Tribunal Federal julgou medida cautelar em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADIN nº 2.135-4), declarando a inconstitucionalidade do art. 5º da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o *caput* do art. 39 da Constituição. Cita-se parte dispositiva do acórdão: “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros

outras palavras, o regime jurídico único não alcançaria a Lei nº 11.107/2005, pois vigente antes do julgamento da ADIN nº 2135-4, ou seja, quando não mais havia a regra do regime jurídico único (redação do art. 39 dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998).

Desta forma, compreende-se que os consórcios de direito público podem ser regidos pelo regime estatutário ou celetista, conforme a conveniência dos consorciados e as funções a serem desenvolvidas pelo consórcio público. Já os agentes dos consórcios de direito privado sempre serão subordinados ao regime celetista (art. 6º, § 2º, da Lei federal nº 11.107/2005).

Interessante observar que o protocolo de intenções de criação da Autoridade Pública Olímpica (APO), constituída na forma de consórcio de direito público pela União, pelo estado do Rio de Janeiro e pelo município do Rio de Janeiro não especificou qual o regime jurídico a ser adotado pelo consórcio, limitando-se a prever a possibilidade de contratação de pessoal temporário (art. 37, IX da CF) e a criação de *cargos* em comissão, o que pressupõe a adoção do regime estatutário, sem que fossem especificadas, entretanto, quais as regras estatutárias a serem observadas pelos seus agentes públicos⁴⁵⁴. No caso, percebe-se a dificuldade de conciliarem-se as regras da Lei federal nº 11.107/2005 com a disposição do artigo 39, § 2º da Constituição, o que somente reforça a tese aqui defendida no sentido da inaplicabilidade do regime jurídico único aos consórcios públicos.

Outro ponto de difícil equacionamento constitucional diz respeito ao *teto remuneratório*, previsto no art. 37, XI da Constituição Federal. Isto porque os consórcios de direito público, conforme já mencionado, são classificados como associação pública, de natureza autárquica, estando inseridos, numa primeira leitura, no escopo de limitação da norma constitucional referenciada.

Entretanto, compreendemos que mais uma vez a Carta Constitucional merece ser interpretada *cum grano salis*, sob pena de inviabilizar-se a constituição dos consórcios públicos. Novamente se valendo do exemplo acima, onde a associação pública é constituída pelos

Nelson Jobim e Néri da Silveira”. A publicação do acórdão lavrado na ADIN nº 2.135-4 deu-se em 14/08/2007.

⁴⁵⁴ O protocolo de intenções da Autoridade Pública Olímpica (APO) e as leis de ratificação dos entes consorciados estão disponíveis em: <<http://www.apo.gov.br/index.php/legislacao/leis-e-decretos/>>. Acessado em: 22 mar 2018. Referido consórcio público (APO) fora transformado em autarquia federal pela Lei federal nº 13.474, de 23 de agosto de 2017.

municípios A, B, C e D, questiona-se: qual o teto remuneratório a ser adotado? O maior ou o menor subsídio vigente para o Chefe do Poder Executivo de qualquer dos municípios consorciados? Enfim, tem-se que a situação se revela de difícil solução frente à regra do art. 37, XI da Constituição Federal.

A melhor solução caminha no sentido de prevalecer o maior teto remuneratório entre os entes consorciados, interpretação esta que não afasta por completo a incidência da regra do art. 37, XI da Constituição. A razão decorre da própria peculiaridade em torno dos consórcios, formados (contratados) por diferentes entes da Federação, o que impõe, certamente, a necessária interpretação sistêmica das normas constitucionais. Ademais, como previsto na própria Lei dos Consórcios Públicos, nada obsta que, após constituído o consórcio, novos entes da Federação venham a promover seu consorciamento, ou seja, seu ingresso no consórcio. Ora, imagine-se que este novo ente consorciado (município E, no exemplo adotado) tenha como teto remuneratório valor abaixo daquele então vigente entre os entes consorciados. Como conciliar um novo e menor teto remuneratório ante a remuneração já percebida a maior pelos agentes públicos do consórcio? E o direito à irredutibilidade de remuneração? Enfim, tem-se como adequada, para fins de cumprimento do art. 37, XI da Constituição Federal, a adoção do maior teto remuneratório dentro dos entes federativos que compõem o consórcio (de direito público ou privado).

A situação do regime de pessoal e do teto remuneratório põem luz à complexidade do regime legal dos consórcios públicos, que a todo o momento exige reflexão do operador do direito. Veja-se, ainda, o caso da estrutura de pessoal. A redação do art. 4º, IX da Lei dos Consórcios Públicos é clara em dispor ser cláusula necessária do protocolo de intenções aquela que preveja “o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos”. Desta forma, tanto a previsão dos empregos ou cargos públicos, como a respectiva remuneração deverão estar previstos no âmbito do protocolo de intenções de criação do consórcio público, que deverá ser ratificado por lei em cada Casa Legislativa, para posterior celebração do contrato de consórcio público.

Se, por um lado tal sistemática atende às regras constitucionais ordinárias (princípio da legalidade), de outro, engessa o funcionamento dos consórcios públicos, sobretudo aqueles constituídos por grande número de entes consorciados. Isto porque qualquer modificação na estrutura de pessoal (v.g., a criação de novos cargos ou empregos públicos) ensejará, para sua validade e eficácia, da prévia aprovação das leis de ratificação pelos entes consorciados, para posterior modificação

do contrato de consórcio público. Somente quando aprovadas todas as leis de ratificação das alterações almejadas será possível sua aplicação pelo consórcio público.

A situação se revela ainda mais dramática no que toca à simples aplicação da revisão geral anual prevista na parte final do inciso X do art. 37 da Constituição Federal, especialmente diante da atual sistemática defendida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da necessidade de lei específica, ano a ano, para a efetivação de um direito assegurado pela Constituição Federal⁴⁵⁵. Imagina-se o caso de um consórcio formado por uma centena de municípios, como já ocorre no país, onde a efetivação da revisão geral anual dos agentes públicos do consórcio dependa da aprovação das leis em todas as Casas Legislativas⁴⁵⁶. Certamente trata-se de missão quase impossível de se realizar dentro de um mesmo exercício financeiro, inviabilizando um direito assegurado pela própria Constituição Federal.

No caso, difícil interpretar-se as normas constitucionais em outro sentido que não o de prestigiar o princípio da legalidade no que tange ao reajuste ou revisão geral anual, que abarca todo o sistema remuneratório brasileiro, principalmente no que se refere às associações públicas, abrangidas pelo regime publicista. Por essa razão, a importância de um novo e melhor regramento jurídico ao consórcio de direito privado, onde, a exemplo do que ocorre nas empresas públicas e sociedades de economia mista, são diferenciadas as regras para a criação de empregos públicos e a modificação da respectiva remuneração, possibilitando maior flexibilidade e dinâmica na sua criação, desenvolvimento e operacionalização.

É tempo de se refletir sobre o aperfeiçoamento de determinadas regras relacionadas aos consórcios públicos, que levem em consideração as especificidades desse modelo de arranjo institucional, em especial no que concerne aos consórcios de natureza privada, que, na atual sistemática da legislação, acabam por se aproximar demasiadamente do regime publicista.

⁴⁵⁵ A respeito do tema envolvendo o efetivo direito à revisão geral anual dos agentes públicos, remete-se o leitor ao estudo produzido por Gabardo (2014, p. 199-210).

⁴⁵⁶ Esse cenário justifica a preferência da cessão de servidores públicos por parte dos entes consorciados em favor do consórcio público, diante da complexidade (mas não impossibilidade) de manter-se estrutura própria de pessoal nos consórcios de direito público e privado.

3.1.4 A criação por diferentes entes da Federação

Consta do art. 241 da Constituição Federal que os consórcios públicos (e os convênios de cooperação) somente podem ser celebrados por entes da Federação, isto é, pelas pessoas políticas que constituem o Estado federal brasileiro (União, estados, Distrito Federal e municípios). Tão somente essas pessoas políticas estão legitimadas a constituírem os consórcios públicos, sendo vedado que outras pessoas jurídicas ou entidades, mesmo que de direito público, façam parte do consorciamento (ou celebrem convênio de cooperação).

No Projeto de Lei nº 1.071/1999, que também dispunha sobre normas gerais para a celebração de consórcios públicos, constava dispositivo que proibia a formação de consórcios públicos “entre pessoas jurídicas de espécies diferentes”, impossibilitando o consorciamento entre os diferentes entes da Federação. O Capítulo 2, o texto do Projeto de Lei nº 1.071/1999 acabou sendo descartado pelo encaminhamento do Projeto de Lei nº 3.884/2004, que expunha nova proposta de disciplina dos consórcios públicos. Da Exposição de Motivos nº 18, constante do Projeto de Lei nº 3.884/2004, destaca-se:

A principal inovação do projeto, saudada pelos governadores, prefeitos e demais interessados, é o entendimento dos consórcios públicos como instrumento para gestão cooperada entre entes federados, e não só entre Municípios, como é a visão tradicional.⁴⁵⁷

Destarte, até o advento da Lei federal nº 11.107/2005, os consórcios (administrativos) até então existentes eram constituídos basicamente por municípios⁴⁵⁸, inexistindo relatos na doutrina da existência de consorciamento entre municípios e estados ou entre estes e a União, por exemplo.

Nesse sentido, a Lei federal nº 11.107/2005 avançou positivamente ao permitir diferentes arranjos jurídicos entre os consórcios públicos, como consta do § 1º do art. 4º do referido Diploma legal. Considera-se

⁴⁵⁷ Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/18-CCIVILSCPAIMSMIMCIDMF.htm>. Acesso em 10 abr 2018.

⁴⁵⁸ Como exceção, cita-se o caso do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), criado em 1961 e composto pelos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

a) dos municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um estado e municípios com territórios nele contidos;

b) dos Estados ou dos estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de 1 (um) estado ou por 1 (um) ou mais estados e o Distrito Federal; e

c) dos municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os municípios.

Na ocasião, a Presidência da República vetou os incisos III e V do referido § 1º do art. 4º da Lei dos Consórcios Públicos, posto a redação permitir o consorciamento entre município e estado do qual aquele não compõe, o que poderia ensejar desarmonia federativa⁴⁵⁹.

Portanto, a legislação reconheceu a existência de *cooperação federativa horizontal* (consórcios formados por entes da Federação de mesmo nível) e *vertical* (consórcios formados por entes da Federação de diferentes níveis).

⁴⁵⁹ É o que consta das razões de veto da Presidência da República: “O inciso III trata de consórcios públicos entre Estados e Municípios, como ocorre no inciso I, mas com a diferença de que o território dos Municípios não precisa estar contido no território do Estado. A distinção é clara, porque a parte final do inciso I afirma que se trata de ‘Municípios com territórios nele contidos’, ou seja, Municípios com territórios contidos no território do Estado que se consorcia. A redação original do inciso III, tanto no projeto de lei do Poder Executivo, como no texto aprovado no Senado Federal previa que os Municípios, nesse caso, teriam os seus territórios contíguos, isto é, fariam divisa com o território do Estado. O dispositivo, dessa forma, tinha por objetivo permitir que um Estado pudesse auxiliar um Município que, mesmo se situando em outro Estado, lhe fosse vizinho, a fim de procurar solução integrada para algumas de suas políticas públicas, o que, inclusive, é a realidade brasileira atual. Entretanto, por meio de emenda, o Congresso Nacional retirou o requisito que o Município fosse contíguo ao Estado, o que permite – a se manter a redação atual – que um Estado se consorcie com Municípios de outro Estado mesmo que não haja relações de vizinhança que legitime esse consorciamento. Evidentemente que a manutenção desse dispositivo é perigosa para a paz federativa, uma vez que um Estado poderá interferir nos assuntos municipais de outro Estado sem ter, ao menos, uma relação de vizinhança que legitime a sua ação. O mesmo raciocínio se aplica à necessidade de veto do inciso V. Deflui-se, então, que a manutenção deste dispositivo é perigosa - como no caso anterior - para a paz federativa, por permitir que um Estado venha a se imiscuir nos assuntos municipais de outro Estado, como também descaracteriza a mens legis do dispositivo, que passou a se confundir com as dos incisos II e IV do mesmo parágrafo, prejudicando a boa aplicação da Lei”.

Quanto à participação da União, esta “somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados” (art. 1º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005). Desta forma, é indevido à União consorciar-se diretamente com municípios, sem que os respectivos estados componham o mesmo consórcio público.

Carvalho Filho tece críticas à limitação imposta à União. Compreende o autor que a proibição de consorciamento direto entre a União e os municípios atenta contra o art. 18 da Constituição Federal, que referenda a autonomia dos entes da Federação⁴⁶⁰.

Pensa-se diversamente. É bem verdade que o art. 18 da Constituição Federal consagra a autonomia dos entes da Federação. Mas essa autonomia não é absoluta, nem ilimitada, muito menos pode ser usada para desvirtuar o regime federativo. O consorciamento entre a União e municípios, sem a participação dos estados que abrangem os referidos municípios, mostra-se perigoso diante da necessidade de manter o equilíbrio federativo. O exemplo dado por Carvalho Filho para justificar sua posição (do estado não participar do consórcio público por mero capricho ou interesse político) também pode ser usado para refutar sua tese, posto que as mesmas razões podem fazer com que a União e os municípios busquem afastar a participação do estado da formação do consórcio público, para isolá-lo ou desprestigiar politicamente seus gestores públicos.

Como abordado no Capítulo 2, a noção de federação pressupõe fragmentação de poder estatal, marca indelével dos estados federados. A alocação de políticas públicas pela União passa, obrigatoriamente, e, em especial, sob a formatação do Estado brasileiro concedida pela Constituição de 1988, pela participação dos entes estaduais. Assim, é indevido a União instituir políticas públicas com os municípios, alijando os estados da sua participação. Vê-se o exemplo do Sistema Único de Saúde, que exige a participação efetiva de todos os entes na sua concepção e implementação. É evidente que tal posição não afasta a autonomia da União em celebrar convênios ou outros ajustes pontuais diretamente com qualquer município, para consecução de objetivos pontuais. Todavia, os consórcios públicos não se valem para tais situações, em razão de terem em sua essência (i) a consecução de objetivos comuns, (ii) mediante pacto formal e contratualizado e (iii) consubstanciado em determinada política pública, geralmente de longo prazo, tal como ocorre na gestão associada

⁴⁶⁰ Carvalho Filho, 2013, p. 23.

de serviços públicos, de modo que os consórcios públicos não possuem a pontualidade e precariedade típicas dos convênios administrativos.

Desta maneira, adequada a solução ofertada pelo legislador na Lei federal nº 11.107/2005, que procurou preservar o equilíbrio e a harmonia federativa.

Convergindo com o pensamento ora defendido, Nohara dá como exemplo a criação de consórcio público entre a União e os municípios de Belo Horizonte e São Paulo, situação que somente pode ser admitida caso os estados de Minas Gerais e São Paulo participem do consorciamento. Assim, compreende a autora a possibilidade de consórcios públicos entre: diversos municípios; estado e municípios com territórios nele contidos; diversos estados; estado e Distrito Federal; Distrito Federal e municípios; e União e Estados em cujos territórios estejam situados os municípios consorciados⁴⁶¹.

Posição parcialmente diversa é defendida por Medauar e Oliveira, que compreendem indevido o consorciamento de municípios com sedes em diferentes estados⁴⁶². Parece não ser a melhor interpretação, uma vez que inexiste tal óbice na legislação vigente, na medida em que a restrição imposta pelo art. 4º, § 1º da Lei dos Consórcios Públicos diz respeito à participação de estados e municípios nele não abrangidos, isto é, a exigência de que municípios somente possam se consorciar com outros estados quando seu estado de abrangência componha o consórcio público⁴⁶³. Valendo-se do mesmo exemplo acima citado de Nohara, a formação de consórcio público entre algum município de Minas Gerais e o estado de São Paulo somente é possível se o estado de Minas Gerais compor referido consórcio público. Trata-se de medida adequada à proteção da Federação brasileira, como acima já abordado.

Foi o que se sucedeu na criação da Autoridade Pública Olímpica (APO), constituída na forma de consórcio de direito público pela União, pelo estado do Rio de Janeiro e pelo município do Rio de Janeiro, cujo Protocolo de Intenções (Cláusula Oitava) subscrito pelos entes consorciados e aprovado por lei nas respectivas Casas Legislativas, previa que o consórcio teria como área de atuação o estado do Rio de Janeiro⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Nohara, 2015, p. 628-629.

⁴⁶² Medauar; Oliveira, 2005, p. 27-28.

⁴⁶³ No mesmo sentido: Harger, 2007, p. 98.

⁴⁶⁴ Consta do texto da Cláusula Oitava do Protocolo de Intenções de criação da Autoridade Pública Olímpica: “A APO terá como área de atuação o Estado do Rio de Janeiro. Parágrafo único – Excepcionalmente, a APO poderá atuar em outros Estados, no Distrito Federal e Municípios da Federação, com vistas à preparação e realização dos Jogos”.

Em síntese, são variadas as possibilidades de consorciamento vislumbradas pela Lei dos Consórcios Públicos, que procurou, adequadamente, preservar a harmonia e autonomia dos entes que compõe a Federação, pilar da República brasileira, sem que, no entanto, fosse permitido o entrelaçamento federativo em descompasso com o vínculo federativo estabelecido entre a União e os estados-membros, e entre estes e os municípios.

3.2 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS E AS FIGURAS A ELE ASSEMELHADAS

Os consórcios públicos são adequadamente conceituados pelo Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 2º, I) como pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação para estabelecer relações de cooperação federativa e realizar 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.

Outras modelagens consorciadas coexistem no ordenamento jurídico pátrio, mas em nada se confundem com o regime dos consórcios públicos. Importa, assim, especificar tal diferenciação para fins de que não sejam confundidas as modelagens de cooperação existentes.

A primeira distinção a ser destacada é com relação aos consórcios existentes no campo do direito societário, que prevê a formação de consórcio de empresas, por meio de contrato específico, para alcance de determinada finalidade ou empreendimento, nos termos do art. 278 da Lei federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. É o caso, por exemplo, da celebração de consórcio entre empresas licitantes, como previsto no art. 33 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Dispõe a Lei federal nº 6.404/1976 que o consórcio resultado da pactuação das empresas não tem personalidade jurídica e as empresas consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. Tal previsão, inclusive, fora utilizada por Reale como fundamento para negar constitucionalidade ao Projeto de Lei nº 3.884/2004, que subsidiou o texto da Lei federal nº 11.107/2005⁴⁶⁵. Para

⁴⁶⁵ Extrai-se a seguinte passagem do referido parecer: “De início, quero salientar que é dado ao consórcio público a característica de entidade associativa dotada de personalidade jurídica de direito público, o que vem subverter o significado tradicional que a palavra consórcio tem no direito pátrio, significado este que devem

o autor, os consórcios públicos decorrentes do art. 241 da Constituição Federal não deveriam dispor de personalidade jurídica, tal como os consórcios de empresas previsto na Lei federal nº 6.404/1976.

As diferenças são gritantes entre o consórcio público e o consórcio de empresas. Neste, não há formação de nova pessoa jurídica e sua constituição dá-se através de pessoas jurídicas de direito privado. Naquele, cria-se nova pessoa jurídica, constituída somente por entes da Federação. Enfim, a única semelhança entre os dois modelos de consórcio diz respeito à formação por meio de instrumento contratual.

Os convênios administrativos e os consórcios públicos também não se confundem. Isso porque os convênios administrativos podem ser celebrados entre órgãos e entidades da administração direta e indireta, ou entre estes e pessoas jurídicas de direito privado, na busca de objetivos comuns, o que não ocorre com os consórcios públicos, limitado aos entes da Federação.

Ainda, dos convênios administrativos não decorre a criação de nova pessoa jurídica, mas a simples relação jurídica entabulada no instrumento convenial, de natureza efêmera, visto que por tempo determinado e a qualquer tempo denunciável por qualquer das partes signatárias⁴⁶⁶.

Maior semelhança há entre os consórcios públicos e os convênios de cooperação, ambos previstos no art. 241 da Constituição Federal. Ainda assim, por mais que ambos sejam destinados a reger relações de interesse comum, em especial a gestão associada de serviços públicos, bem como somente possam ser celebrados por entes da Federação, apenas nos consórcios públicos há a criação de nova pessoa jurídica. Dessa forma, o núcleo central (objeto) dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação é idêntico, ou seja, destina-se ao mesmo fim,

ter tido em vista os redatores do Art. 241 supracitado. Nesse sentido, lembro o que dispõe a Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15/12/1976, atualizada pela Lei nº 10.303, de 31/10/2001) cujo art. 278 estabelece que o consórcio é constituído “para executar determinado empreendimento”, não tendo personalidade jurídica (§ 1º). Donde se conclui que o Projeto examinado dá ao Consórcio público uma configuração jurídica que conflita com os reais objetivos visados pelo Art. 241, transformando-o em entidade da administração indireta, com o mais amplo espectro de encargos e competências. A meu ver, ele extrapola do preceito constitucional, apresentado como seu fundamento e razão de ser, em pleno contraste com a natureza de nosso federalismo” (Parecer disponível em: <<http://miguelreale.com.br/>>. Acessado em 21 mar 2018).

⁴⁶⁶ No mesmo sentido, Justen Filho (2013, p. 472): “O convênio pode ser denunciado por vontade unilateral da parte, mas esse ato produzirá efeitos para o futuro”.

diferenciando-se pela instrumentalidade, posto que nos consórcios públicos há a criação de nova pessoa jurídica, o que não ocorre no âmbito dos convênios de cooperação.

O consórcio público, ou o contrato de consórcio público, também não se confunde com os contratos administrativos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993. Isto porque o contrato administrativo é de primeira espécie, onde os interesses das partes contratantes são divergentes, contrapondo-se, como ocorre nos contratos de fornecimento de bens e serviços. No caso do consórcio público, tratam-se de contratos de segunda espécie, de modo que os interesses das partes se conjugam, isto é, são homogêneos e comuns. Ademais, como ocorre nos convênios e consórcios de empresas, nos contratos administrativos não há a formação de nova pessoa jurídica, limitando-se a reger direitos e obrigações entre as partes contratantes.

Os instrumentos de planejamento e execução de políticas urbanas, como as operações urbanas consorciadas⁴⁶⁷ e os consórcios imobiliários⁴⁶⁸, previstos na Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também não se confundem com os consórcios públicos. Em ambos os casos tratam-se de medidas que objetivam a adequada função social da propriedade, onde o poder público e o proprietário do imóvel urbano alocam forças e recursos para a correta destinação social da área particular. Vê-se que são instrumentos absolutamente distintos dos consórcios públicos, em quase nada se assemelhando ao regime jurídico imposto.

Por fim, há que se diferenciar os consórcios públicos das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, previstas no § 3º do art. 25 da Constituição Federal⁴⁶⁹. Trata-se de questão da maior relevância para o Direito Constitucional.

⁴⁶⁷ Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental (art. 32, § 1º da Lei federal nº 10.257/2001).

⁴⁶⁸ Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização, de regularização fundiária ou de reforma, conservação ou construção de edificação por meio da qual o proprietário transfere ao poder público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas, ficando as demais unidades incorporadas ao patrimônio público (art. 46, § 1º da Lei federal nº 10.257/2001).

⁴⁶⁹ Vale-se aqui do ensinamento de Silva (2011, p. 666) para a distinção dos diferentes arranjos federativos: “*Região metropolitana* constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um

Isto porque de longa data já se discorre quanto à natureza jurídica das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, em especial diante da autonomia dos municípios assegurada pela Constituição Federal e da necessidade de envolvê-los na alocação das políticas públicas regionais e metropolitanas⁴⁷⁰.

Meirelles já dispunha que a instituição de região metropolitana não pode obstaculizar a atuação estadual e municipal, sendo necessária e obrigatória a participação do estado e dos municípios na direção e aplicação dos recursos financeiros. Assim, o renomado administrativista vislumbrava o caráter cogente na participação dos municípios abrangidos pela lei complementar estadual que cria a região metropolitana⁴⁷¹. No mesmo sentido é o pensamento de Alves, ao reconhecer a compulsoriedade da participação dos municípios no âmbito das regiões metropolitanas criadas por lei estadual para realização das funções públicas de interesse comum⁴⁷².

Nesse ponto, merece destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1.842-5, que analisou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997 e da Lei nº 2.869/1997, ambas do estado do Rio de Janeiro, que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, bem como reconheceram ao estado do Rio de Janeiro a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano, incluindo os serviços de saneamento básico.

Após longa tramitação do processo no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁴⁷³, acabou por prevalecer o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes. Consta do referido voto que a criação das regiões metropolitanas pode dar-se por meio de autarquia de natureza especial (autarquia regulatória, nas palavras utilizadas pelo Ministro Gilmar Mendes), de participação cogente pelos municípios abrangidos, que

Município-pólo. *Microrregiões* formam-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana. *Aglomerados urbanos* carece de conceituação, mas, de logo, se percebe que se trata de áreas urbanas, sem um pólo de atração urbana, quer tais áreas sejam das cidades sedes dos Municípios, como na baixada santista (em São Paulo), ou não”.

⁴⁷⁰ Sobre o tema, remete-se o leitor para o estudo produzido por Reali; Reis (2013, p. 81-84).

⁴⁷¹ Meirelles, 2006, p. 83.

⁴⁷² Alves, 2001, p. 57.

⁴⁷³ A ADIN foi ajuizada em 10/6/1998, cujo relator originário era o Ministro Maurício Corrêa.

devem necessariamente deter poder decisório, em conjunto com o ente estadual, nas deliberações das matérias adstritas à competência metropolitana, sem que um ente, sozinho, possa impor sua vontade em relação aos demais entes federativos abrangidos pela região metropolitana⁴⁷⁴.

Entretanto, em que pesem as características comuns de cooperação federativa e o exercício de atribuições correlatas à gestão associada de serviços públicos, as figuras jurídicas do consórcio público, de um lado; e da região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião, de outro; não se confundem, restando clara a distinção entre as mesmas, principalmente diante do caráter de *voluntariedade* característico dos consórcios públicos.

Isto dado que o consórcio público é fruto da liberdade e autonomia dos entes da Federação em se agruparem para a consecução de objetivo comum. É da natureza do consórcio público a liberdade e autonomia de participação desse arranjo jurídico para a cooperação federativa, diferentemente do que ocorre nos modelos inseridos no § 3º do art. 25 da Constituição Federal, nos quais o Estado-membro impõe, por lei complementar estadual, a abrangência da região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião, mesmo que em contrariedade do interesse municipal em compô-la.

Como já abordado no Capítulo 2, os arranjos federativos previstos no § 3º do art. 25 da Constituição Federal mostram-se autoritários e em descompasso com a autonomia dos municípios, que se veem compelidos à participação de agrupamentos de municípios⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ É o que consta do excerto do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes: “Em conclusão, na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o estado federado, como entendia o Min. Maurício Corrêa; nem permanecer em cada município individualmente considerado, como sustentava mais enfaticamente o Min. Nelson Jobim. Antes, a região metropolitana deve, como ente colegiado, planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de saneamento básico, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal” (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842/RJ, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 06/03/2013).

⁴⁷⁵ É o que reconheceu o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da já mencionada ADIN nº 1.842-5: “Registre-se que esta integração pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal nº 11.445/2007 e 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.” (Supremo

Desta maneira, os consórcios públicos apresentam-se mecanismo muito mais democrático e em sintonia com os preceitos constitucionais, em especial com o art. 18 da Constituição Federal, que reconhece a autonomia dos entes da Federação, não se confundindo com as figuras jurídicas previstas pelo art. 25, § 3º da Carta Constitucional.

Da mesma forma, os consórcios públicos não se confundem com os arranjos entabulados no art. 43 da Constituição Federal (regiões administrativas ou de desenvolvimento)⁴⁷⁶. Aqui, a exemplo do que ocorre com as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, sua instituição não se dá mediante constituição, necessariamente, de nova pessoa jurídica, muito menos a participação dos entes da Federação abrangidos é facultativa, diante da competência unilateral da União na criação dessas regiões.

Por fim, há que se separar os consórcios públicos das autarquias comuns. Quanto aos consórcios de direito privado, nada há de especial a ser revelado, pois a doutrina afasta-os da figura de autarquia⁴⁷⁷. A questão diz respeito unicamente aos consórcios de direito público, classificados pela legislação como *associações públicas* (art. 1º e 6º, I da Lei federal nº 11.107/2005 c/c art. 41 do Código Civil).

No caso, o consórcio de direito público (associação pública) caracteriza-se como espécie do gênero autarquia, assim como ocorre com as autarquias de natureza regulatória, assistencial e previdenciária, cada qual com regime jurídico peculiar. Pode-se classificar os consórcios públicos de direito público como *autarquias associativas*⁴⁷⁸ ou *autarquias interfederativas*. O que as une é o processo de descentralização em torno da sua criação mediante lei específica, submetidas ao regime jurídico administrativo.

Entretanto, as autarquias tradicionais e as associações públicas (consórcios de direito público) não se confundem, na medida em que aquelas são criadas por um único ente da Federação, assim como o processo de descentralização é unitário, ou seja, decorre de atribuições delegadas por um único ente federativo. Nos consórcios públicos, a descentralização de atribuições é plural, abarcando uma simbiose de interesses comuns das pessoas políticas que a compõem, consubstanciado

Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842/RJ, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 06/03/2013)

⁴⁷⁶ Nesse mesmo sentido: Medauar; Oliveira, 2006, p. 16.

⁴⁷⁷ Como já analisado, a doutrina majoritária classifica essa modalidade de consórcio público como associação privada, nos termos do art. 15 da Lei federal nº 11.107/2005.

⁴⁷⁸ É como designa Carvalho Filho (2013, p. 34).

no protocolo de intenções a ser ratificado pelas Casas Legislativas. Ademais, inúmeras situações merecem solução jurídica própria em relação às associações públicas, como visto anteriormente, por exemplo, em relação ao regime de pessoal (teto remuneratório, revisão geral anual, etc.).

Assim, vê-se que os consórcios públicos não se misturam com outros arranjos jurídicos semelhantes no ordenamento jurídico pátrio. As características alinhavadas pela Lei federal nº 11.107/2005 tornam os consórcios públicos únicos, cujo regramento jurídico é dotado de especificidades ímpares.

3.3 OBJETIVOS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

No Capítulo 2 e nos itens subsequentes, já se discorreu em relação ao surgimento dos consórcios públicos e às modalidades de consorciamento, assim como em referência à abrangência das atividades em torno da gestão associada de serviços públicos⁴⁷⁹. É importante que se retorne a esse ponto, visto que é comum que os consórcios públicos sejam atrelados tão somente à gestão associada de serviços públicos. O texto do art. 241 da Constituição Federal não é claro e leva a essa confusão.

Como dito, o escopo de atuação dos consórcios públicos não se restringe à gestão associada de serviços públicos. Esta é somente uma das possibilidades de atuação dos consórcios públicos, provavelmente a mais relevante no contexto constitucional, mas não a única. Por mais que o conceito de gestão associada de serviços públicos seja aberto, abrangendo atividades de planejamento, prestação, regulação e fiscalização de serviços públicos (*stricto sensu*), ainda assim inúmeras outras atividades podem ser objeto de consorciamento, como exemplificado pelo art. 3º do Decreto federal nº 6.017/2007 (trata-se de *numerus apertus*).

Assim, os consórcios públicos podem exercer quaisquer atividades de *interesse comum*, desde que (i) adstrito às competências constitucionais dos seus entes consorciados e (ii) não se trate de atividade indelegável pelo Estado, tal como ocorre com as atividades judiciária ou

⁴⁷⁹ No Capítulo 2 conceituou-se a gestão associada de serviços públicos como a atividade de cooperação federativa entre dois ou mais entes da Federação para o planejamento, a prestação, a regulação ou a fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, mediante a criação de consórcio público ou a celebração de convênio de cooperação, com ou sem a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal entre os entes pactuantes ou entre estes e o consórcio público.

legislativa. É o que consta do art. 1º da Lei dos Consórcios Públicos⁴⁸⁰. Algumas atividades, por restringirem direitos e liberdades de terceiros (atividades de regulação e fiscalização), somente poderão estar inseridas em consórcios de direito público (associações públicas), diante da natureza dessas atividades.

Sob esse prisma, há uma variedade gigantesca de objetivos a serem inseridos na formatação dos consórcios públicos, ou seja, essa modalidade de cooperação federativa é apta a instrumentalizar inúmeras atividades, funções ou interesses do poder público, em seus diferentes níveis federativos, permitindo a otimização de estruturas e recursos públicos na consecução de determinado objetivo⁴⁸¹.

É fundamental que essa ressalva esteja bem pontuada. Os consórcios públicos não se prestam tão somente à gestão associada de serviços públicos, posto que tal objetivo é somente uma das facetas de atuação desse instrumento de cooperação federativa. Qualquer atividade de *interesse comum* entre os entes consorciados pode, em tese, estar inserida no âmbito de um consórcio público, dentro das observações acima lançadas.

Para tanto, deverá o protocolo de intenções especificar com clareza os objetivos e as competências do consórcio público, isto é, quais as atribuições que os entes consorciados estão delegando a este. Evidentemente, o consórcio público somente pode exercer competências prevista no protocolo de intenções, e, ainda assim, cujos seus entes consorciados detenham legitimidade para seu exercício. Em suma, tão só pode delegar competência (função pública) quem a possuir por força de lei ou da Constituição. Ademais, o consórcio público nasce do processo plural de descentralização, promovido por dois ou mais entes da Federação de forma conjugada, *não detendo competências originárias*⁴⁸².

⁴⁸⁰ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de *objetivos de interesse comum* e dá outras providências.

⁴⁸¹ O escopo ampliado de atuação dos consórcios públicos pode ser exemplificado através Autoridade Pública Olímpica, nome dado ao consórcio público criado pela União, pelo estado do Rio de Janeiro e pelo município do Rio de Janeiro tendo como objetivo a preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

⁴⁸² Nesse mesmo sentido, Trevas (2013, p. 20): “o Consórcio Público não possui competências originárias. Exerce aquelas delegadas pelos entes federados associados, a partir de uma lógica inovadora. Os municípios, os estados e a União quando se consorciam, delegando competências, não as renunciavam. Participando do Conselho de Administração e da Assembleia Geral do consórcio, eles a supervisionam”.

O art. 3º do Decreto federal nº 6.017/2007 apresenta rol não exaustivo de objetivos compatíveis com os consórcios públicos, que deverão estar devidamente discriminados no protocolo de intenções de criação do consórcio.

O primeiro deles é a gestão associada de serviços públicos (art. 3º, I do Decreto federal nº 6.017/2007). Assim, poderá o consórcio público exercer atividades de planejamento, regulação, fiscalização ou prestação de serviços públicos, inclusive com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Certamente trata-se do objetivo que abrange todos os serviços públicos de competência dos entes consorciados. Importa, todavia, que o protocolo de intenções especifique quais os serviços públicos serão transferidos ao consórcio público, a área de abrangência e quais as atividades sob sua efetiva responsabilidade, nos termos a exigência contida no art. 4º, XI da Lei federal nº 11.107/2005.

Nesse cenário, poderá ser transferido para o consórcio a competência para *outorgar concessão e permissão* de obra ou serviço público, passando a atuar como poder concedente, ou tão somente figurar como responsável pela licitação que contratará a prestação dos serviços, sob o regime da Lei federal nº 8.666/1993 ou da Lei federal nº 8.987/1995 (art. 2º, § 2º c/c art. 4º, XI, da Lei federal nº 11.107/2005). Diferentemente, poderá o consórcio público ser o *próprio prestador de serviços*, mediante autorização constante do protocolo de intenções, passando a deter relação contratual de prestação de serviços diretamente com os municípios consorciados, mediante dispensa de licitação pública (art. 24, XXVI da Lei federal nº 8.666/1993). Seja num ou noutro cenário, deverão constar no protocolo de intenções as metas, condições de oferta dos serviços e os critérios técnicos para o cálculo do valor das tarifas e outros preços públicos relacionados à prestação dos serviços públicos sob responsabilidade, direta ou indireta, do consórcio público (art. 4, XI do Decreto federal nº 6.017/2007).

Assim, o consórcio público poderá ter como objetivo a gestão de determinado serviço público, inclusive figurando como poder concedente ou como próprio prestador de serviço público, a depender do arranjo jurídico entabulado no protocolo de intenções e das obrigações constantes do contrato de programa. Entretanto, a lei veda expressamente que o consórcio público exerça cumulativamente as atribuições de prestador dos serviços com as atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (art. 13, § 3º da Lei federal nº 11.107/2005).

Todas as atividades acima elencadas em torno da gestão associada de serviços públicos podem ser exercidas por consórcios públicos de direito público ou de direito privado, à exceção das atividades de regulação e fiscalização, adstritas às associações públicas pela natureza da atividade intrínseca aos preceitos de direito público.

Parcela da doutrina compreende indevido delegar a competência para outorga de concessão e permissão para os consórcios públicos de direito privado, tendo em vista que os mesmos não poderiam celebrar contratos de parceria público-privada⁴⁸³. A justificativa estaria na impossibilidade desses consórcios públicos figurarem no rol da administração indireta, diante da previsão constante no art. 1º, parágrafo único da Lei federal nº 11.079/2004⁴⁸⁴. Trata-se de equívoco decorrente da omissão da Lei federal nº 11.107/2005 em reconhecer os consórcios públicos de direito privado como integrantes da administração pública indireta dos entes consorciados, da qual indubitavelmente fazem parte, como já discorrido anteriormente. Ademais, por óbvio que todo consórcio público é controlado pelos seus entes consorciados, que compõe através do chefe do Poder Executivo a Assembleia Geral, instância máxima de deliberação administrativa do consórcio público, o que os insere no rol do art. 1º, parágrafo único da Lei federal nº 11.079/2004 (“demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”).

Também consta do Decreto federal nº 6.017/2017 (art. 3º, II) a previsão de que consórcios públicos poderão ter como objetivo 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. Enfim, tanto a Lei federal nº 11.107/2005 como o Decreto federal nº 6.017/2007 permitem que os consórcios públicos sejam manejados para as mais diversas finalidades, desde que haja o interesse comum dos entes federativos consorciados. Assim, podem os consórcios públicos serem manejados para atividades-meio, de mero suporte técnico ou operacional, situação extremamente importante para os pequenos municípios, que carecem de estrutura e condições técnicas para demandas

⁴⁸³ Nesse sentido: Medauar; Oliveira, 2006, p. 38-39. Em sentido contrário, pela possibilidade de celebração desses tipos de contrato por parte dos consórcios públicos de direito privado: Carvalho Filho, 2013, p. 59-60; e Harger, 2007, p. 104.

⁴⁸⁴ Art. 1º, Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

de alta complexidade⁴⁸⁵. Também poderão os consórcios públicos compartilhar o uso de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática e de pessoal técnico, assim como adotar procedimentos comuns de licitação e admissão de pessoal (art. 3º, III do Decreto federal nº 6.017/2007).

O compartilhamento de bens móveis (equipamentos, instrumentos, maquinário, etc.) tem ganhado força no âmbito dos consórcios públicos, como tradicionalmente se dá nos serviços de saúde (compartilhamento de aparelhos de tomografia e ressonância magnética, por exemplo), expandindo-se para o uso comum de patrulas, caçambas e outros equipamentos de alto custo de aquisição e manutenção. Nesse caso, o consórcio público pode também ser utilizado para simples aquisição desses equipamentos, como para a própria gestão compartilhada, administrando seu uso e custeio. Essa forma de cooperação federativa mostra-se extremamente pertinente para os que, juntos, podem adquirir e manter equipamentos modernos e sem ociosidade de uso⁴⁸⁶.

Aliás, também consta do Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 19) a previsão da realização de licitações compartilhadas por parte dos consórcios públicos, cujo edital pode prever a celebração de contratos pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, nos termos do § 1º do art. 112 da Lei federal nº 8.666/1993. Aqui, o consórcio público funcionaria como mero intermediário da contratação entre o ente consorciado e a empresa selecionada pelo certame licitatório, objetivando ganhos de escala e eficiência da gestão dos processos de licitação pública⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Exemplo é o Consórcio Intermunicipal de Saneamento Ambiental, do Meio Oeste de Santa Catarina, constituído por 14 municípios das regiões do Vale do Rio do Peixe, Alto Uruguai, Contestado e Planalto Catarinense, responsável, dentre outras atribuições, pela operacionalização do laboratório Regional de Controle da Qualidade da Água e Esgoto, necessário para a prestação dos serviços públicos nos termos da Portaria n. 2.914/2010 do Ministério da Saúde (análise de potabilidade de água pelo prestador de serviços de abastecimento de água).

⁴⁸⁶ Dá-se como exemplo o Consórcio Público Intermunicipal de Inovação e Desenvolvimento do Estado do Paraná (CINDEPAR), criado em 2013 e composto por 135 municípios, com destinação para a demanda de pavimentação asfáltica nos municípios da região norte-central paranaense, detendo equipamentos e maquinário de uso compartilhado. Disponível em: < <http://www.cindepar.com.br/site/historia>>. Acessado em: 28 mar 2018.

⁴⁸⁷ Esta prática encontra-se fortemente disseminada nos consórcios públicos de saúde no país, com excelentes resultados de economicidade e eficiência, nos quais ora os contratos decorrentes dessas licitações compartilhadas são celebrados pelo consórcio público, ora os contratos acabam sendo firmados diretamente pelos municípios

Relevante é a previsão constante do inciso X do 3º do Decreto federal nº 6.017/2007. A referida norma presume a possibilidade de consorciamento para 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. É o caso de compartilhamento das estruturas físicas e de pessoal necessários para viabilizar os regimes próprios de previdência pública dos agentes públicos, cujos custos acabam por vezes inviabilizando sua criação nos pequenos municípios⁴⁸⁸.

Nesse caso, é vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, mantendo-se, assim, a separação dos recursos financeiros arrecadados e as obrigações em cada regime próprio de previdência. Na prática, existirão tantos regimes de previdência quantos forem os entes consorciados, compartilhando-se as estruturas físicas, o pessoal técnico qualificado para a gestão e operacionalização do regime de previdência (contador, advogado, médico perito, etc) e demais bens e serviços de comum interesse.

Consta ainda no corpo do art. 3º do Decreto federal nº 6.017/2017, além das atribuições antes mencionadas, outras possibilidades de consorciamento, a exemplo da produção de informações ou de estudos técnicos (inc. IV); a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres (inc. V); a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente (inc. VI); o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas (inc. VII); o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados (inc. VIII); a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum (inc. IX); o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e

consorciados, competindo a estes, nessa última hipótese, a gestão e fiscalização dos contratos.

⁴⁸⁸ Como exemplo, tem-se o Consórcio Público Intermunicipal de Gestão dos Regimes Próprios de Previdência Social dos Municípios Matogrossense (CONSPREV), criado em 2016, sob a forma de associação pública, e composto pelos municípios de Acorizal, Chapada dos Guimarães, Ponte Branca, Rosário Oeste e Santo Afonso. O CONSPREV tem como objetivo fortalecer e desenvolver a capacidade administrativa, técnica e financeira dos serviços públicos prestados pelos Regimes Próprios de Previdência Social dos municípios que o integram. Disponível em: <<http://www.consprev.com.br/historia/>>. Acessado em: 28 mar 2018.

agrário (inc. XI); e as ações e políticas de desenvolvimento urbano, socioeconômico local e regional (inc. XII).

Todas as situações acima arroladas demonstram o caráter meramente exemplificativo constante do Decreto federal nº 6.017/2007, pois são variadas as atribuições que podem ser objeto de consorciamento. Por esse motivo, a previsão aberta do inciso XIII do art. 3º do mencionado Decreto, ao prever no âmbito dos consórcios “o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação”. Mais genérico e abrangente, impossível, a comprovar o caráter aberto desse instrumento de cooperação federativa.

Os treze incisos inseridos no corpo do art. 3º do Decreto federal nº 6.017/2007 demonstram o quão amplo é o escopo de atuação dessa modalidade de cooperação federativa⁴⁸⁹. Se de um lado o referido texto é prolixo, com incisos que se confundem na sua abrangência, de outro o art. 3º do Decreto regulamentador permite compreender o caráter aberto dos consórcios públicos, cujos objetivos de atuação são os mais variados para consecução das funções administrativas⁴⁹⁰. Ademais, o art. 241 da Constituição Federal, que prevê a criação dos consórcios públicos pelos entes da Federação, deve ser lido em conjunto com o art. 18 do mesmo Diploma constitucional, que referenda a autonomia dos municípios, dos estados, do Distrito Federal e da União.

Da mesma forma, a legislação nacional setorial também autoriza de forma expressa a constituição de consórcios públicos, tanto para a prestação de serviços públicos propriamente ditos, como para o planejamento, regulação e fiscalização dos mesmos.

É o que se dá no âmbito da Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que autoriza a delegação das atividades de organização, regulação, fiscalização e prestação dos serviços de saneamento básico através dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação (art. 8º). E tal previsão tem-se materializado na administração pública, com a criação de consórcios públicos para atuação em diferentes atividades do saneamento básico, inclusive na regulação e fiscalização desses serviços públicos⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Posição contrária é defendida por Harger (2007, p. 100-102), que vê a necessidade de interpretar-se com cautela o art. 3º do Decreto federal nº 6.017/2007, pois “Somente pode o consórcio adquirir bens, realizar obras ou exercer atividades de polícia administrativa quando estas atividades forem instrumentais à prestação dos serviços”.

⁴⁹⁰ Nesse sentido: Gomes, 2005, p. 1353-1362; e Rigolin, 2008, p. 54.

⁴⁹¹ São exemplos os seguintes consórcios públicos de direito público: a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), composta por 180 municípios de

Da mesma forma ocorre no âmbito da Lei federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos e define os consórcios públicos como instrumento para sua efetivação (art. 8º, XIX), inclusive priorizando a alocação de recursos públicos por parte da União para as soluções consorciadas (art. 45). Aliás, a formação de consórcios públicos para o gerenciamento dos resíduos sólidos é medida da maior relevância, sobretudo no que concerne à disposição final do rejeito, posto ser inviável que cada município disponha de aterro sanitário ou de equipamentos aptos a tal finalidade. Por óbvio, a solução consorciada municipal mostra-se salutar para o manejo dos resíduos sólidos, seja pelo vultoso investimento necessário, seja pelas restrições ambientais e sanitárias que obriga o afastamento dos aterros sanitários dos centros urbanos⁴⁹².

O mesmo ocorre com a Lei complementar federal nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que define o exercício da competência comum dos entes da Federação relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. No caso, a legislação também reconhece expressamente os consórcios públicos como instrumento de cooperação institucional (art. 4º, I), bem como possibilita a delegação de competências para os mesmos, desde que devidamente habilitados e tecnicamente aptos ao exercício das atividades delegadas⁴⁹³.

Santa Catarina; a Agência Intermunicipal de Regulação do Médio Vale do Itajaí (AGIR), composta por 14 municípios catarinenses; e a Agência Reguladora ARES PCJ, composta por 55 municípios do estado de São Paulo.

⁴⁹² Destaca-se a experiência vivenciada no estado do Ceará na formação de consórcios públicos intermunicipais voltados para a destinação final dos resíduos sólidos urbanos. Dos 30 consórcios públicos inicialmente concebidos pelo planejamento capitaneado pelo Governo do Estado, foram efetivamente formalizados 26 consórcios para aterros, de modo que dos 184 municípios existentes no estado, 168 encontram-se consorciados (143 por iniciativa do estado e 25 por iniciativa dos municípios), 6 não se associaram em consórcio por existir acordos bilaterais na região metropolitana de Fortaleza, 4 decidiram não aderir ao modelo de consórcio e 6 não puderam se consorciar. Disponível em: < <http://www.cidades.ce.gov.br/consorcios-publicos-de-residuos/>>. Acesso em 10 maio 2018.

⁴⁹³ É o caso do Consórcio Intermunicipal do Médio Vale do Itajaí (CIMVI), composto por 14 municípios de Santa Catarina e responsável, dentre outras funções, pelo licenciamento ambiental de competência municipal e pela gestão de aterro sanitário localizado em Timbó. Disponível em: < <http://cimvi.sc.gov.br/>>. Acessado em: 28 mar 2018.

Da mesma forma, consta da Política Nacional de Mobilidade Urbana, introduzida pela Lei federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, a previsão de delegação aos consórcios públicos das competências de organização e prestação dos serviços de transporte público coletivo, conforme arts. 16, § 2º e 17, par. único. No caso, já existem experiências de formação de consórcios públicos entre municípios para a prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros⁴⁹⁴, bem como sua regulação e fiscalização⁴⁹⁵.

Outras atividades também têm despertado o interesse dos entes políticos para a formação de consórcios públicos, como ocorre com as atribuições de inspeção animal e vegetal, situação já reconhecida pelo Decreto federal nº 5.741, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA)⁴⁹⁶.

Pelo exposto, não restam dúvidas da versatilidade dos consórcios públicos como mecanismos de implementação de políticas públicas de cooperação federativa, tendo como objetivo central a satisfação de interesses comuns. Por vezes, o consórcio público terá por competência o exercício de atividades-fim; por outras, o mero exercício de atividades-meio, necessárias para a atuação do Estado perante os administrados. Certamente há vasto campo ainda inexplorado pelos entes da Federação para o entrelaçamento federativo, na busca de otimizar estruturas e recursos públicos e superar as limitações técnicas e financeiras, especialmente dos pequenos municípios.

⁴⁹⁴ É o caso do consórcio público denominado de *Grande Recife Consórcio de Transporte*, criado formalmente em 2008. Foi a primeira experiência de consórcio público no setor de transporte de passageiros em todo o país. Disponível em: <<http://www.granderecife.pe.gov.br/sitegrctm/institucional/quem-somos/>>. Acesso em 15 maio 2018.

⁴⁹⁵ Como exemplo pioneiro no país, cita-se a Agência Intermunicipal de Regulação do Médio Vale do Itajaí (AGIR), com sede em Blumenau/SC, consórcio público que desde o ano de 2017 tem exercido as atribuições de regulação e fiscalização dos serviços de transporte coletivo de passageiros intramunicipal.

⁴⁹⁶ Como exemplos de consórcios públicos nessa área, citam-se o Consórcio Intermunicipal Multissetorial do Médio Rio Piracicaba (CONSMEPI), criado em 2014 e composto por municípios de Minas Gerais; e o Consórcio Interestadual e Intermunicipal de Municípios de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul de Segurança Alimentar e Atenção à Sanidade Agropecuária e Desenvolvimento Local (CONSAD), formado por municípios das regiões do Extremo Oeste de SC, Sudoeste do Paraná e Noroeste do Rio Grande do Sul.

3.4 COMPETÊNCIAS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Para que o consórcio público possa alcançar seus objetivos traçados no protocolo de intenções, mostra-se essencial que sejam reconhecidas competências para sua atuação, ou seja, que o mesmo seja dotado de poderes administrativos capazes de efetivar as atribuições delegadas pelos entes consorciados⁴⁹⁷.

Algumas competências estão previstas na própria Lei federal nº 11.107/2005, sem prejuízo de que outras sejam previstas no protocolo de intenções de formação do consórcio público, compatíveis com os objetivos impostos à nova pessoa jurídica. Assim, caso o consórcio público tenha como objetivo a regulação de serviços públicos, é fundamental que seja delegado ao mesmo a competência de expedição de normativos regulatórios, de fiscalizar e impor sanções, entre outros poderes inerentes à função pública delegada. Por isso, as competências constantes da Lei dos Consórcios Públicos não são *numerus clausus*, visto que o protocolo de intenções poderá delegar outras atribuições necessárias para o funcionamento do consórcio público⁴⁹⁸.

Prevê a Lei federal nº 11.107/2005 que poderão os consórcios públicos firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo (art. 2º, § 1º, I). Dito de maneira direta, trata-se da possibilidade de o consórcio público ser portador de direitos e obrigações, inclusive perante terceiros alheios aos entes consorciados, tal como ocorre com qualquer das entidades que integram a administração indireta do Estado.

Também consta da legislação a permissão dos consórcios de direito público promoverem desapropriações e instituírem servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo poder público (art. 2º, § 1º, II). No caso, a letra da lei faz menção somente aos consórcios *de direito público*, o que por certo não

⁴⁹⁷ Discorda-se da posição adotada por Abreu Dallari (2015, p. 344), para quem “Independentemente da distribuição constitucional de competências, quando se cria um consórcio público, esse consórcio passa a ser um titular, e ele é que vai ter competência para dirigir inteiramente, para dispor sobre o serviço do qual é titular.”. Nossa posição caminha no sentido de que os consórcios públicos não são titulares de competência, mas, tão somente, delegatários dela, posto que quem detém referida titularidade sempre são os entes da Federação, que podem exercê-la diretamente ou através de terceiros, mediante delegação.

⁴⁹⁸ Como já disposto anteriormente, os atos de natureza eminentemente política, legislativa e judiciária são indelegáveis.

pode impedir que a mesma atribuição seja desempenhada pelos consórcios *de direito privado*⁴⁹⁹.

De fato, não se mostra coerente com o ordenamento jurídico e a própria praxis administrativa privar os consórcios de direito privado de promoverem desapropriação ou instituírem servidão administrativa. Tais incumbências são comumente desempenhada pelas concessionárias de serviços públicos, conforme obrigação constante de contrato de concessão ou parceria público-privada, o que de modo algum invade esfera de atuação privativa do poder público, na medida em que o ato administrativo de declaração da utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, é expedido pelo agente público competente (geralmente o chefe do Poder Executivo), e não necessariamente pelo responsável pela efetivação da desapropriação. No caso de entidade interfederativa, como ocorre com o consórcio público, o ato declaratório da desapropriação deverá ser expedido pelo responsável legal do ente da Federação com competência legal para tanto, e não pelo presidente ou outro gestor do consórcio público.

Desta maneira, e é oportuno frisar-se isso, o consórcio público detém competência, caso assim conste do seu protocolo de intenções, para efetivar a desapropriação, como medida meramente executória do prévio ato administrativo (de declaração da utilidade pública, necessidade pública ou interesse social) que fundamenta a expropriação da propriedade privada, emanado por autoridade competente, sendo injustificada a proibição aos consórcios de direito privado de assim procederem. A mesma linha de argumentação é válida para o caso das servidões administrativas, de modo que ao consórcio público (de direito público ou privado) pode ser delegada a competência para sua efetivação (e não declaração).

Ademais, lembra-se que a Lei federal nº 11.107/2005 estabelece *normas gerais* para contratação de consórcios públicos, o que por óbvio não impede que os demais entes da Federação disciplinem regras sobre a matéria, desde que não contrariando os dispositivos gerais estabelecidos pela União. Certamente a omissão do legislador nacional não pode ser óbice para que os consórcios de direito privado desempenhem tal mister.

Outra relevante atribuição reconhecida pela Lei dos Consórcios Públicos diz respeito à possibilidade de sua contratação, por dispensa de licitação, pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados (art. 2º, § 1º. III). É o caso da celebração dos chamados contratos de programa, definido como instrumento pelo qual devem ser

⁴⁹⁹ No mesmo sentido: Carvalho Filho, 2013, p. 63-64; e Di Pietro, 2014, p. 550.

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 (art. 2º, XVI do Decreto federal nº 6.017/2007).

Dá-se como exemplo a formação de consórcio público pelos municípios A, B e C para prestação dos serviços de transporte coletivo de passageiros. Nesse caso, as obrigações em relação à prestação desses serviços por parte do consórcio público devem estar previstas em contrato de programa, celebrado pelo consórcio com cada ente da Federação delegatório da atribuição. É o que consta do art. 13 da Lei dos Consórcios Públicos⁵⁰⁰. E tal previsão mostra-se importante para destacar as diferentes obrigações e responsabilidades travadas entre o consórcio público e cada ente federativo para o qual serão prestados os serviços públicos, que poderão ser díspares, inclusive quanto ao escopo de atuação (lembre-se que a legislação permite a ratificação parcial do protocolo de intenções).

Nesses casos, fora prevista a dispensa de licitação pública na celebração do contrato de programa entre o consórcio público e o ente consorciado, nos termos previstos no art. 24, XXVI da Lei federal nº 8.666/1993 (redação incluída pela Lei federal nº 11.107/2005)⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Art. 13. 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.

⁵⁰¹ A Lei federal n. 11.107/2005 também alterou outros dispositivos da Lei federal n. 8.666/1993, além daqueles já mencionados. Destaca-se a inclusão do § 8º ao art. 23 da Lei das Licitações e Contratações Públicas, que determina a aplicação em dobro dos valores definidos para as modalidades de licitação pública quando o consórcio for formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. Também relevante a inclusão do parágrafo único (atualmente § 1º, por posterior alteração legislativa) ao art. 24 da Lei federal n. 8.666/1993, que fixa em 20% do montante limite para a modalidade de Carta Convite (art. 23, I, “a” e II, “a”) para a dispensa de licitação pública nas compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos. Por fim, foram incluídos os §§ 1º e 2º no art. 112 da Lei das Licitações e Contratações Públicas, no sentido de que os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados (§ 1º), sendo facultado, nesse caso, à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato (§ 2º).

Ainda se tomando o exemplo acima mencionado do consórcio público formado pelos municípios A, B e C, pode o município A delegar ao consórcio público somente a obrigação de licitar em seu nome a concessão dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, de modo que a efetiva prestação dos serviços dar-se-á por concessionário privado, mediante contrato de concessão celebrado com o consórcio público (que no exemplo figurará como Poder Concedente no que tange ao município A). Essa previsão consta do art. 2º, § 3º da Lei dos Consórcios Públicos, que autoriza o consórcio público a outorgar concessão, permissão ou autorização⁵⁰² de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público.

Por sua vez, os municípios B e C podem contratar a prestação dos serviços diretamente com o consórcio público, isto é, este passa a prestar os serviços diretamente aos usuários dos municípios B e C. Neste caso, tal relação obrigacional dá-se mediante celebração de contrato de programa entre o consórcio público e os municípios B e C, mediante dispensa de licitação pública, e poderá o consórcio público ser remunerado diretamente pelos usuários por meio de tarifas públicas. É o que consta do art. 2º, § 2º da Lei dos Consórcios Públicos, que permite ao consórcio público a emissão de documentos de cobrança e a arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos.

Parcela da doutrina se manifesta contrária à possibilidade dos consórcios de direito privado outorgarem concessão e permissão de serviço público⁵⁰³. Não subsistem razões para essa limitação. A uma, porque a Lei dos Consórcios Públicos assim não o fez (e nem poderia). A duas, porque essa situação não é nova ou estranha à administração pública⁵⁰⁴. Assim, as competências previstas na Lei dos Consórcios Públicos são aplicadas a ambas as modalidades de consórcio público.

⁵⁰² No caso presente, incorreto o uso pelo legislador da expressão “autorização”, pois equivocado falar-se em *outorgar autorização de obras ou serviços públicos*, prevista no § 3º do art. 2º da Lei federal nº 11.107/2005. Remete-se o leitor para o que fora dito sobre a *autorização* no Capítulo 1.

⁵⁰³ Nesse sentido: Harger, 2007, p. 111.

⁵⁰⁴ Como ocorre no setor de saneamento básico. Citam-se os exemplos da SABESP em São Paulo, que contratou parceria público-privada denominada Sistema Produtor São Lourenço; e da COMPESA em Pernambuco, que contratou a parceria público-privada denominada Cidade Saneada. Em ambos os exemplos, as concessionárias operam nos municípios através da celebração de contratos de programa, com fundamento na Lei dos Consórcios Públicos.

Como visto, as competências passíveis de delegação aos consórcios públicos são variadas, de modo que sempre estarão concatenadas ao próprio objeto do consórcio público, isto é, às funções administrativas a serem desempenhadas no interesse comum dos entes consorciados. Em suma, as competências reconhecidas no protocolo de intenções em prol do consórcio público devem ser compatíveis com as responsabilidades delegadas pelos entes da Federação.

3.5 DA CRIAÇÃO AO FUNCIONAMENTO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A criação dos consórcios públicos é atividade complexa. Diferentemente das autarquias, que são criadas por lei num processo de descentralização de poder e atribuições do ente da Federação que a institui, no âmbito dos consórcios públicos tem-se um *processo coletivo de descentralização*, no qual cada ente consorciado transfere parcela de competência para a constituição de entidade interfederativa, de natureza contratual⁵⁰⁵.

Daí a cautela necessária para o prévio planejamento da concepção do consórcio público, inclusive para fins de identificar se esse é de fato o melhor modelo jurídico e federativo para satisfação do interesse público de cada ente da Federação envolvido. Dito de forma direta, a criação de consórcio público é atividade complexa e requer acurada atenção dos gestores públicos quanto à sua viabilidade política, jurídica e financeira.

Por isso, extremamente relevante a elaboração de *Análise de Impacto Federativo* preliminar à celebração dos documentos de criação do consórcio público. Referida análise, já conhecida no campo da atividade regulatória⁵⁰⁶, consistiria, no campo dos consórcios públicos, na avaliação dos problemas a serem superados, dos custos (diretos e indiretos) impostos aos entes da Federação, dos benefícios advindos com a criação do consórcio público, tanto para os entes federativos quanto para os municípios, bem como das externalidades (políticas, jurídicas e financeiras) a serem superadas.

⁵⁰⁵ Justen Filho (2013, p. 287) caminha na mesma direção: “Mas, sob outro enfoque, o consórcio público também configura um processo de concentração de poder, no sentido de assumir competências de titularidade de entes políticos diversos”.

⁵⁰⁶ É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que já adota a *Análise de Impacto Regulatório* nas suas práticas regulatórias (Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/analise-de-impacto-regulatorio>> Acesso em: 2 mar 2018).

A Análise de Impacto Federativo, desta forma, pode ser compreendida como um procedimento preparatório (preliminar) à tomada de decisão por parte dos entes da Federação, focada na necessidade de ponderar-se, através de critérios técnicos, todas as consequências em torno da criação de determinado consórcio público⁵⁰⁷. Em suma, trata-se de processo de avaliação de riscos e de planejamento, que necessita ser criado através de metodologia própria e devidamente documentada, seja para fins de permitir o controle interno e externo das razões que motivaram a criação da nova estrutura da administração pública, seja para registro histórico dos critérios e fundamentos adotados à época para tal deliberação.

Ademais, a Lei federal nº 11.107/2005 trouxe mecanismo inovador no processo de criação dos consórcios públicos, quando comparado às experiências anteriormente existentes no país (consórcios administrativos), em especial pela sua natureza contratual e pela existência de documentos específicos para sua constituição e operacionalização, a exemplo do protocolo de intenções e dos contratos de rateio e programa.

Não há como negar que os consórcios públicos impuseram certa ruptura jurídica na forma de criação e operacionalização das pessoas jurídicas até então pertencentes à administração indireta e previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. E assim era necessário perante os desafios para a implementação de consórcios públicos no país, principalmente com a concepção da existência de duas modalidades (de direito público e privado). Por essa razão, a crítica – compreensível – de parcela significativa da doutrina, diante das inovações trazidas em torno da criação e do funcionamento dos consórcios públicos⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ No mesmo caminho segue Trevas (2013, p. 24), que apesar de não mencionar a elaboração de prévia Análise de Impacto Federativo, disserta no sentido da precaução na criação de consórcios públicos, como revela a seguinte passagem: “Em face deste quadro promissor, uma indagação de impõe: os consórcios públicos como uma inovação institucional do federalismo brasileiro serão sustentáveis? Evitarão as armadilhas e impasses a que foram submetidas outras inovações do Estado brasileiro? Essas indagações são importantes para afirmar a necessidade imperiosa de explicitar, no projeto de formação dos consórcios públicos, a estratégia da sua sustentabilidade. Isso requer que o ponto de partida do consorciamento, o pacto político entre os atores federativos, seja consciente. Exige desses atores uma cultura política que supere uma visão imediatista dos problemas a serem enfrentados, e atenua a dimensão competitiva do sistema político, requer a formação de uma classe dirigente vocacionada a conduzir o país em seu novo ciclo histórico de desenvolvimento.”

⁵⁰⁸ É o caso, por exemplo, de Di Pietro (2014, p. 546): “A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que foi. Mais do que

Na conjuntura da Lei federal n. 11.107/2005, a formação dos consórcios públicos inicia-se pela celebração do protocolo de intenções pelos entes da Federação interessados no consorciamento, que deverá ser ratificado – parcial ou integralmente – por lei de cada ente federativo subscritor. Com a ratificação por lei do protocolo de intenções, celebra-se o contrato de consórcio público, que dá vida à cooperação federativa. Os consórcios de direito público restam legalmente criados após a publicação do contrato de consórcio público na imprensa oficial de cada ente efetivamente consorciado. Aplica-se a mesma regra aos consórcios de direito privado, adicionando-se a necessidade de averbação do respectivo contrato de consorciamento no registro civil competente para tanto, a exemplo do que ocorre com as associações civis.

A seguir passa-se a abordar mais pormenorizadamente os documentos e procedimentos acima mencionados.

3.5.1 Protocolo de intenções

O primeiro documento a ser constituído para a formação de qualquer consórcio público é o protocolo de intenções. Trata-se de *contrato preliminar* subscrito pelos entes da Federação que objetivam a constituição de consórcio público para consecução de interesse comum.

Há divergência na doutrina em relação à natureza do protocolo de intenções. Para Carvalho Filho, a natureza jurídica do protocolo de intenções é a de *acordo plurilateral prévio*. De acordo com o autor, não se trata de contrato, “eis que os interesses são paralelos e comuns, e não antagônicos, como ocorre nos contratos.”⁵⁰⁹. Discorda-se! Como já discorrido, os contratos de consórcio público (assim como sucede nos contratos societários) são de segunda espécie, onde os interesses são comuns, ou seja, convergem entre os pactuantes, diversamente do que ocorre nos contratos tradicionais (de primeira espécie), no qual os interesses são antagônicos.

Assim, o protocolo de intenções não é convênio ou simples acordo plurilateral prévio, mas, sim, contrato preliminar, na definição dada pelo Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 2º, III), que deve ser submetido à ratificação por lei na Casa Legislativa dos entes consorciados.

resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática”.

⁵⁰⁹ Nesse sentido é a posição de Carvalho Filho (2013, p. 72), ao defender que “a natureza jurídica do protocolo de intenções é a de acordo plurilateral prévio, com vistas à celebração do contrato de consórcio”.

Caracteriza-se em contrato preliminar justamente porque o protocolo de intenções não gera qualquer direito ou obrigação entre seus signatários ou terceiros, posto que tão somente exterioriza a vontade de determinados entes federativos em constituir nova pessoa jurídica para determinados fins comuns, nos exatos termos constantes do protocolo de intenções⁵¹⁰. haja demora na análise do projeto de lei de ratificação pelo parlamento, ou seja, o mesmo seja rejeitado ou sequer encaminhado para ratificação junto ao Poder Legislativo, nenhuma obrigação ou penalidade haverá de ser satisfeita. Em síntese, o nome *protocolo de intenções* revela bem sua natureza jurídica precária e preliminar ao negócio jurídico futuro⁵¹¹.

Na situação do protocolo de intenções ser aprovado com ressalvas, situação esta prevista no art. 5º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005, o contrato de consórcio refletirá somente parte das disposições do protocolo de intenções. Por isso, é equivocada a previsão constante do Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 2º, III⁵¹²), no sentido de que o protocolo de intenções ratificado por lei pelos entes da Federação converte-se em contrato de consórcio público, justamente porque este pode refletir integral ou parcialmente o protocolo de intenções, sendo equivocado afirmar-se que o protocolo de intenções converte-se automaticamente em contrato de consórcio público⁵¹³.

Ademais, no caso existem dois momentos jurídicos distintos. O primeiro, a celebração do protocolo de intenções. O segundo, a subscrição do contrato de consórcio público. Isto porque a depender de como for aprovado o protocolo de intenções pela Casa Legislativa, poderá o chefe do Poder Executivo de determinado ente abdicar do interesse em celebrar o contrato de consórcio público, por considerar as alterações ou supressões legislativas prejudiciais ao consorciamento. O mesmo pode

⁵¹⁰ No mesmo sentido, pela inexistência de qualquer direito ou obrigação entre as partes signatárias do protocolo de intenções: Harger, 2007, p. 156; Gasparini, 2007, p. 349; e Carvalho Filho, 2013, p. 72.

⁵¹¹ Como se abordará no item 3.5.3 deste Capítulo, o contrato de consórcio público é reflexo (total ou parcial) do protocolo de intenções ratificado por lei pelos entes consorciados. Por isso a Lei federal n. 11.107/2005 e seu decreto regulamentador não estabelecem cláusulas essenciais ao contrato de consórcio público, justamente pela paridade (total ou parcial) existente entre esses dois instrumentos.

⁵¹² Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se: III – protocolo de intenções: contrato preliminar que, ratificado pelos entes da Federação interessados, converte-se em contrato de consórcio público;

⁵¹³ Ribeiro (2007, p. 26) defende posição divergente: “O protocolo de intenções, depois de ratificado, muda de nome, passando a ser designado como contrato de consórcio público (N.B.: é o mesmo documento, pelo que não será necessário redigir novo documento ou colher novas assinaturas)”.

ocorrer no caso do Poder Legislativo de determinado ente da Federação rejeitar o projeto de lei de ratificação do protocolo de intenções, o que impede a participação desse ente no consórcio público. Tal cenário poderá acarretar no desinteresse de outros entes da Federação em manterem a cooperação federativa, por motivos de ordem política, técnica ou financeira⁵¹⁴.

Por isso a necessidade de cauteloso planejamento e ampla discussão quando da concepção inicial do consórcio público, cujo protocolo de intenções deve ser formatado levando-se em consideração esses diferentes cenários políticos, jurídicos e econômico-financeiros. Sem dúvidas, o processo de concepção do consórcio público é complexo e moroso, carecendo de prévios estudos multidisciplinares para seu perfeito dimensionamento e funcionamento. Daí a defesa que seja adotado o instrumento da Análise do Impacto Regulatório quando da concepção e contratualização de qualquer consórcio público.

E a leitura do art. 4º da Lei federal nº 11.107/2005 revela a importância do protocolo de intenções. Ali constam as matérias que devem estar regradas no protocolo de intenções, sem prejuízo de outras necessárias para o disciplinamento completo da constituição e funcionamento dos consórcios⁵¹⁵. Dentre tais matérias, deverá constar do protocolo de intenções a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio, assim como a identificação dos entes da Federação consorciados e a área de atuação do consórcio⁵¹⁶. No caso, a sede do consórcio deve estar contemplada no território de abrangência do consórcio.

O protocolo de intenções ainda deverá dispor sobre a natureza do consórcio público, se de direito público (associação pública) ou de direito privado (associação civil), assim como o número, as formas de

⁵¹⁴ Imagina-se um consórcio público de municípios concebido para prestar serviços públicos de disposição final de resíduos sólidos, onde o município mais populoso tem rejeitado o projeto de lei de consorciamento. Nesse caso, a sustentabilidade financeira dos serviços pode restar comprometida, inviabilizando o consórcio público nos moldes projetados no protocolo de intenções.

⁵¹⁵ O Decreto federal nº 6.017/2007 prevê no *caput* do art. 5º que “O protocolo de intenções, sob pena de nulidade, deverá conter, no mínimo, cláusulas que estabeleçam”. Tal dispositivo deve ser interpretado com cautela, posto que determinadas matérias podem não ser objeto de disciplina no protocolo de intenções, pois não atinentes aos objetivos do consórcio público, a exemplo da contratação por tempo determinado de pessoal ou a cobrança de tarifas públicas (incisos X e XI do art. 5º).

⁵¹⁶ Art. 4º, I, II e III da Lei federal nº 11.107/2005.

provimento e a remuneração dos agentes públicos, bem como, se do interesse dos entes consorciados, os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público⁵¹⁷.

Também poderá o consórcio público representar os entes consorciados perante outras esferas de governo no que concerne aos assuntos de interesse comum⁵¹⁸. Para tanto, deverá o protocolo de intenções estabelecer sob que condições e em quais assuntos tal representação se efetivará, especialmente para que não seja tolhida a autonomia de cada ente da Federação pertencente ao consórcio.

Da mesma forma, o protocolo de intenções estabelecerá as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público, assim como o número de votos para as deliberações em consórcio⁵¹⁹. Consta da Lei dos Consórcios Públicos que a Assembleia Geral é a instância máxima de deliberação⁵²⁰, detendo cada ente consorciado direito ao voto, que pode possuir pesos diferenciados de votação, assegurado ao menos um voto para cada ente consorciado, nos termos definidos no protocolo de intenções⁵²¹. Da mesma forma, no protocolo de intenções apresentar-se-á 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 consorciado⁵²².

Desta maneira, a Assembleia Geral será constituída pelos representantes legais dos entes da Federação, e tão somente por eles. O vínculo não se dá de modo pessoal (com a pessoa física que está representando o Poder Executivo), mas, sim, com a autoridade pública que esteja no exercício das funções de chefe do Poder Executivo (seja quem for).

Permite-se a participação de representantes da sociedade civil em outros órgãos colegiados do consórcio público, com hierarquia inferior à Assembleia Geral, assim como a constituição de órgãos colegiados

⁵¹⁷ Art. 4º, IV e IX da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵¹⁸ Art. 4º, V da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵¹⁹ Art. 4º, VI da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵²⁰ Abreu Dallari (2015, p. 343) faz importante observação ao dispor que as decisões tomadas no âmbito do consórcio público não necessitam ser unânimes, ressalvadas as situações previstas na lei, sendo relevante, sim, que o consórcio disponha de “um processo democrático de tomada de decisões, que permita sempre salvaguardar interesses vitais da minoria e, inclusive, proporcionar compensações.”.

⁵²¹ Art. 4º, VII e § 2º da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵²² Art. 4º, VIII da Lei federal nº 11.107/2005.

compostos por representantes da sociedade civil ou por representantes apenas dos entes consorciados diretamente interessados nas matérias de competência de tais órgãos.

É o caso, por exemplo, dos consórcios públicos multifinalitários, com diversidade de objetivos de atuação, onde parcela dos entes federativos consorciados não se vale da integralidade dos serviços ou atividades desenvolvidas pelo consórcio. Nesse caso, podem ser formados órgãos internos setoriais, para apreciação de temas específicos e do interesse de parcela dos entes consorciados, conforme dispuser o estatuto interno do consórcio público.

Também constará do protocolo de intenções a possibilidade do consórcio público celebrar contrato de gestão ou termo de parceria, assim como desempenhar atividades de gestão associada de serviços públicos⁵²³. Nesse caso, deverão ser especificadas (i) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público, (ii) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados, (iii) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; (iv) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados; e (v) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão.

Como já abordado, nem todo consórcio público deterá competência para exercer atividades intrínsecas à gestão associada de serviços públicos. Por isso a necessidade de restar explicitado no protocolo de intenção eventual autorização para que o consórcio público assim promova tais ações, bem como em que extensão (planejamento, regulação, fiscalização ou prestação de serviços públicos). Enfim, deverá o protocolo de intenções definir com clareza e de maneira expressa os limites de atuação da cooperação federativa, pois as competências administrativas somente podem ser delegadas por ato formal e respaldado por lei.

Por fim, como condição de validade o protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial, ainda que de modo resumido, bastando que, nesse caso, seja indicado o local de acesso ao inteiro teor do documento na *internet*⁵²⁴. A lei silencia em relação ao responsável pela publicação, mas não resta outra interpretação que aquela no sentido de ser

⁵²³ Art. 4º, X e XI da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵²⁴ Art. 4º, § 5º da Lei federal nº 11.107/2005 c/c art. 5º, § 8º do Decreto federal nº 6.017/2007.

obrigatória a publicação do protocolo de intenções (integral ou de forma resumida) em *todos os entes da Federação subscritores do protocolo de intenções*, em respeito ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

3.5.2 Leis específicas de ratificação

Subscrito o protocolo de intenções pelos entes consorciados, deverá este ser encaminhado em anexo ao projeto de lei (ordinária) para sua *ratificação* junto à respectiva Casa Legislativa. Tal exigência aplica-se tanto aos consórcios públicos de direito público quanto aos de direito privado.

A *ratificação* do protocolo de intenções pelo Poder Legislativo, nesse contexto, autoriza o chefe do Poder Executivo a celebrar o contrato de consórcio público nos moldes referendados pela Casa Legislativa, isto é, conforme cláusulas aprovadas (ratificadas) do protocolo de intenções apreciado pelo parlamento. Por isso que, enquanto não ratificado o protocolo de intenções, faz-se impossível a celebração do contrato de consórcio público.

A terminologia *ratificação* pode levar em erro o intérprete desatento. Como bem observado por Di Pietro, “o vocábulo *ratificação* é incorreto, porque dá a impressão de que a lei apenas aprova uma criação já feita pela Administração Pública.”⁵²⁵. No caso, como já discorrido anteriormente, o protocolo de intenção não cria direitos e obrigações entre seus subscritores e terceiros, muito menos é apto a constituir o consórcio público. Assim a *ratificação* é tão somente ato legislativo (lei formal) que aprova as cláusulas figurarem no contrato de consórcio público. Significa dizer que o contrato de consórcio público somente pode ser celebrado pelo chefe do Poder Executivo nos estritos limites e condições aprovadas pelo Poder Legislativo, quando da apreciação e votação da lei de ratificação do protocolo de intenções.

Conforme já fora discorrido, não se confundem o ato de subscrição do protocolo de intenções com o ato de celebração do contrato de consórcio público. São dois negócios jurídicos distintos, mas correlatos, pois o segundo (celebração do contrato de consórcio público) está vinculado à aprovação legislativa dos termos estabelecidos no primeiro (protocolo de intenções subscrito pelo chefe do Poder Executivo).

Evidentemente, trata-se de um dos aspectos mais complexos do processo de criação dos consórcios públicos, seja diante da necessidade de expor-se com exatidão seus objetivos e funcionalidades aos membros

⁵²⁵ Di Pietro, 2014, p. 553.

do Poder Legislativo, seja pela impossibilidade de emendas que acabem por desfigurar o protocolo de intenções. Por isso, em muitos casos, e em especial nos consórcios formados por muitos entes da Federação, é comum constar do protocolo de intenções que sua ratificação deve dar-se de maneira integral, ou seja, ou é rejeitado ou aprovado pelo parlamento, sem a possibilidade de aprovação com ressalvas.

Imagine-se um consórcio público de saúde com centenas de municípios subscritores do protocolo de intenções⁵²⁶. É inviável a aprovação do protocolo de intenções com diferentes ressalvas por parte de cada ente de Federação, o que ensejaria demasiada insegurança jurídica e até mesmo uma ausência de identidade jurídica em torno das regras e obrigações do consórcio público.

De qualquer maneira, a Lei dos Consórcios Público permite a ratificação parcial do protocolo de intenções, cuja reserva deverá ser clara e objetiva, preferencialmente vinculada à vigência de cláusula, parágrafo, inciso ou alínea do protocolo de intenções, ou que imponha condições para a vigência de qualquer desses dispositivos⁵²⁷.

Na situação da aprovação do protocolo de intenções com restrições, o respectivo ente da Federação somente será admitido no consórcio público caso os demais integrantes aproveem tais ressalvas. Caso já constituído o consórcio público, competirá à assembleia geral a deliberação do ingresso ou não do ente da Federação que aprovou com reservas o protocolo de intenções⁵²⁸. Como dito, trata-se de previsão com o objetivo de resguardar a segurança jurídica na constituição e operacionalização dos consórcios públicos.

Prevê ainda a Lei dos Consórcios Públicos que a ratificação realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público. A referida disposição busca evitar que o consorciamento dê-se em tempo muito longínquo em relação ao momento da subscrição do protocolo de intenções, quando já consolidadas as relações de consorciamento. De qualquer forma, a recusa ou demora na ratificação não poderá ser penalizada, nos termos do art. 6º, § 1º de Decreto federal nº 6.017/2007.

Por fim, admite-se a dispensa de ratificação por lei do protocolo de intenções quando o ente da Federação, antes mesmo de subscrevê-lo,

⁵²⁶ A exemplo do Consórcio Paraná Saúde, composto por 397 municípios do estado do Paraná. Disponível em: < <https://www.consorcioparanasaude.com.br/>>. Acessado em 29 mar 2018.

⁵²⁷ Art. 6º, § 2º do Decreto federal n. 6.017/2007.

⁵²⁸ Art. 6º, § 3º do Decreto federal n. 6.017/2007

tenha disciplinado mediante lei a sua participação no consórcio público. Trata-se de previsão constante do § 4º do art. 5 da Lei dos Consórcios Públicos e de eficácia inócua, por dois motivos centrais. O primeiro deles, porque tal dispositivo pressupõe que seja aprovada lei dispondo de todas as competências e regras de funcionamento, custeio e deliberação de um consórcio público que provavelmente sequer exista, o que é pouco provável que venha a ocorrer. Segundo, porque obviamente não é o caminho natural e lógico da participação de qualquer ente da Federação em determinado consórcio público, que requer prévio conhecimento das regras e condições de operacionalização do mesmo, inclusive para aval (ratificação) por parte do Poder Legislativo. Em suma, trata-se de previsão legal sem maior sentido e eficácia.

Assim como ocorre para o ingresso do ente da Federação no consórcio público, a modificação do contrato de consórcio público ou sua extinção requer prévia deliberação autorizativa em assembleia geral e ratificação da mudança por lei específica dos entes consorciados, como condição de validade da alteração ou extinção contratual. E tal procedimento aplica-se tanto para os consórcios de direito público, quanto para aqueles de direito privado.

Em apertada síntese, a aprovação ou modificação do protocolo de intenções e do contrato de consórcio público carece de prévia lei autorizativa de cada ente da Federação consorciado, para ratificação das regras e condições estabelecidas nos documentos de constituição do consórcio público.

3.5.3 Contrato de consórcio público

Como antes já discorrido, a celebração do contrato de consórcio público está condicionada à prévia ratificação do protocolo de intenções por lei de cada ente federativo interessado no consorciamento. Portanto, o conteúdo do contrato de consórcio público encontra seus limites no que fora aprovado pelo Poder Legislativo quando do encaminhamento do protocolo de intenções pelo chefe do Poder Executivo, mediante projeto de lei de ratificação.

O contrato de consórcio público diferencia-se dos contratos administrativos comuns pela inexistência de cláusulas exorbitantes em benefício de qualquer dos contratantes (como da mesma forma ocorre com os contratos de programa e de rateio). Isso porque ambas as partes contratantes são entidades federativas, de mesma natureza jurídica (ausência de subordinação) e objetivam relações de cooperação federativa (interesse comum), não existindo razão para atrair os privilégios

constantes em especial da Lei federal nº 8.666/1993 (poder unilateral de alteração unilateral do contrato, aplicação de sanções, rescisão contratual, entre outros).

Aqui, valem as mesmas premissas inseridas nos *contratos interadministrativos*⁵²⁹ ou *contratos de cooperação horizontal*⁵³⁰, que têm como pano de fundo, nos dizeres de Leitão, os conceitos de colaboração e cooperação de natureza pública entre as partes contratantes, desde que não inseridos em uma lógica de concorrência de mercado⁵³¹. Por este escopo, compreende a autora, analisando o cenário da

⁵²⁹ Para Leitão (2014, p. 161), “os contratos interadministrativos são acordos de vontades entre duas ou mais entidades administrativas, entendidas enquanto pessoas coletivas, de forma pública ou privada, que se integrem na Administração Pública em sentido orgânico. Trata-se de acordos de vontades que assumem natureza contratual, visto que têm uma estrutura consensual, que produzem efeitos juridicamente vinculantes, que resultam da natureza das cláusulas pactuadas pelas partes quando estas tenham um conteúdo obrigacional (ou real). Por sua vez, as cláusulas têm efeitos obrigacionais sempre que: (i) versem sobre a atividade das entidades intervenientes; (ii) o seu conteúdo se inclua na esfera própria de atuação das entidades contratantes; (iii) estabeleçam direitos e deveres para as partes; (iv) estes direitos e deveres tenham um mínimo grau de concretização. O facto de haver grande indefinição terminológica quanto a estes contratos – encontram referências aos conceitos de “acordo”, “pacto”, “convénio”, “protocolo”, “convenção”, entre outros – não afasta a natureza contratual dessas figuras. Assim, um acordo entre duas entidades públicas que constitua, modifique ou extinga direitos e deveres recíprocos para as partes, constituindo uma relação jurídica entre elas, assume natureza jurídica contratual”.

⁵³⁰ É a designação utilizada por Gonçalves para esse tipo de contratualização de interesse comum entre as partes contratante. Discorre o autor (2017, p. 271): “Com alguma frequência, as entidades públicas optam por desenvolver, de forma conjunta e cooperativa, as missões, tarefas ou serviços públicos por que são responsáveis, celebrando contratos – que se podem designar contratos de cooperação – para regular as relações que estabelecem para esse efeito. Em regra, esta forma de cooperação contratual, que também se poderá reconduzir ao conceito de parceria público-pública, representa uma alternativa a formas de cooperação institucionalizada, materializadas na instituição de novas entidades jurídicas que associam os organismos interessados em cooperar. Pois bem, do que se trata na situação que agora estamos a considerar é a de delimitar as fronteiras desta cooperação contratual, para efeitos de excluir a aplicação do CCP, o que implica, à partida, a demonstração de estar em causa uma relação de cooperação entre duas entidades e não um cenário em que uma entidade colabora com outra, na realização dos interesses exclusivos desta (no contexto do que poderemos chamar uma “relação de colaboração principal-agente”, em que o agente presta um serviço ao principal)”.

⁵³¹ Leitão, 2011, p. 19. Sobre os contratos interadministrativos e seus desdobramentos jurídicos, remete-se o leitor, além das obras de Leitão (2011 e 2014) e Gonçalves (2017), para os estudos de Cuesta (1957, p. 74-75), Berçaitz (1980, p. 149-151) e Cassagne (1974, p. 118).

Comunidade Europeia, que os critérios aplicáveis aos contratos interadministrativos não podem ser exatamente os mesmos daqueles aplicados aos contratos celebrados entre a administração pública e os particulares, em especial no que se refere às cláusulas exorbitantes, “uma vez que há contratos interadministrativos paritários, nos quais não existem poderes de conformação da relação contratual a favor de uma das partes.”⁵³².

Devera, sem sentido os contratos celebrados entre entes da Federação detenham privilégios em favor de qualquer das partes, na medida em que as chamadas cláusulas exorbitantes decorrem do desdobramento do princípio da supremacia do interesse público. No caso, onde ambas as partes contratantes gozam de tal privilégio, no mesmo patamar de interesses e direitos, é desarrazoada a aplicação de cláusulas exorbitantes em contratos dessa natureza, a exemplo dos contratos celebrados no âmbito da Lei federal nº 11.107/2005 (contrato de consórcio público, de programa e de rateio)⁵³³.

As matérias a serem ventiladas no contrato de consórcio público são aquelas especificadas no art. 4º da Lei federal nº 11.107/2005, isto é, as mesmas elencadas para formação do protocolo de intenções. Por isso, reforça-se ser o contrato de consórcio público mero *reflexo* (total ou parcial) do protocolo de intenções, nos limites de eventual ratificação com ressalvas. Todavia, não se confundem, muito menos possuem a mesma natureza jurídica, pois o contrato de consórcio público é instrumento de direitos e obrigações, que vinculam as partes entre si e produzem efeitos, enquanto o protocolo de intenções é contrato preliminar, sem gerar quaisquer efeitos e obrigações.

Desta forma, parcela significativa da doutrina compreende, de maneira equivocada, que a criação da pessoa jurídica do consórcio de direito público dá-se com a publicação das leis de ratificação do protocolo de intenções⁵³⁴. Deveras, a Lei dos Consórcios Públicos é confusa nesse ponto. Num momento, consta da lei que o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição

⁵³² Leitão, 2014, p. 163.

⁵³³ Na mesma linha segue Rigolin ao afastar a aplicação das cláusulas exorbitantes do contrato de consorciamento, para fins de assegurar a regra do federalismo. Conclui o autor (2008, p. 54): “Um contrato entre entes federados há de ser comum, civil, essencialmente igualitário e nunca privilegiador de ente público algum como o são por definição todos os contratos administrativos. E a Lei nº 11.107/2005 o confirma”.

⁵³⁴ Nesse sentido: Harger (2007, p. 161); Medauar; Oliveira (2006, p. 75); Carvalho Filho (2013, p. 34); Nohara (2015, p. 627); Alves (2006, p. 111); e Di Pietro (2014, p. 553).

de protocolo de intenções⁵³⁵. Em outro, dispõe que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções⁵³⁶. Realmente, o legislador não foi feliz na definição do texto legal em torno da criação do consórcio de direito público. A matéria está mal posta e facilmente leva em erro o intérprete da norma.

A melhor interpretação deve ser aquela que considera criada a pessoa jurídica com a publicação do contrato de consórcio público na imprensa oficial dos entes da Federação subscritores, e não mediante a vigência das leis de ratificação⁵³⁷. Não se desconhece que as autarquias tradicionais são criadas por lei específica, ganhando vida justamente com a vigência da referida lei de criação, nos termos pacificados pela doutrina e conforme preconiza o art. 37, XIX da Constituição. Entretanto, os consórcios de direito público, como já discorrido, são autarquias especiais, concebidas sob o foco do federalismo de cooperação. Daí serem designadas de *autarquias interfederativas* ou *intergovernamentais*.

Vê-se que os consórcios públicos, assim, nascem da comunhão de interesses, em um processo complexo e que deve ser referendado por todas as Casas Legislativas dos entes federativos interessados.

A defesa da tese da criação do consórcio público por ocasião da publicação das leis de ratificação do protocolo de intenções acarreta na afirmação de que o chefe do Poder Executivo está *obrigado* a celebrar o contrato de consórcio público, posto que, de fato, a pessoa jurídica já restaria constituída. Ocorre que tal sistemática encontra óbices de ordem prática e legal. De um lado, permite que seja criada pessoa jurídica *sem uma identidade de regime jurídico*, na medida em que cada Casa Legislativa pode aprovar com ressalvas os termos estabelecidos no protocolo de intenções, a acarretar a própria impossibilidade prática e jurídica de funcionamento do consórcio público. De outro, afronta o art. 5º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005⁵³⁸, que estabelece a necessidade de aprovação pelos demais entes federativos para ingresso daquele ente cujo

⁵³⁵ Lei federal nº 11.107/2005, Art. 3º O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.

⁵³⁶ Lei federal nº 11.107/2005, Art. 6º 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;

⁵³⁷ Mesma posição defendida por Gasparini (2007, p. 348), que compreende criado o consórcio de direito público “*com a ratificação do contrato de consórcio*”.

⁵³⁸ Art. 5º, § 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

parlamento tenha ratificado o protocolo de intenções com reservas, justamente para se averiguar se permanece presente o interesse de consorciamento entre aqueles entes da Federação diante da aprovação parcial do protocolo de intenções.

E isso mostra-se sensível na medida em que poderá o chefe do Poder Executivo (de qualquer ente federativo) negar-se a celebrar contrato de consórcio público nos casos onde o Poder Legislativo (de qualquer ente federativo) impuser ressalvas tais que tornem desinteressante o consorciamento. Lembra-se que os demais entes subscritores do protocolo de intenções poderão rejeitar o consorciamento de qualquer ente que tenha ratificado parcialmente o protocolo de intenções (art. 5º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005).

Exemplifica-se: determinado protocolo de intenções é subscrito pelos municípios A, B e C, para a prestação dos serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos, inclusive com previsão da criação de aterro sanitário. Os municípios A e B aprovam o protocolo de intenções em sua integralidade, sem ressalvas. Já o município C aprova o protocolo de intenções com a ressalva em relação à prestação dos serviços de disposição final dos resíduos sólidos, pois os edis compreendem mais interessante a manutenção de contrato com empresa particular, sem a participação direta ou indireta do consórcio público.

Nesse exemplo, qualquer dos três Prefeitos Municipais poderá negar-se a celebrar o contrato de consórcio público, expondo os motivos que levam ao desinteresse da constituição do consórcio público nesses parâmetros aprovados pelas Casas Legislativas. E tal dinâmica mostra-se adequada. A uma, porque a ratificação por lei do protocolo de intenções não impõe ao chefe do Poder Executivo o dever do consorciamento, mas tão somente o autoriza a celebrar contrato de consórcio público naqueles moldes. A duas, porque com a possibilidade de aprovação com ressalvas do protocolo de intenções por cada Casa Legislativa dos entes da Federação consorciados, poderá o protocolo de intenções estar desconfigurado, com perda da unidade e da essência da proposta de consorciamento.

Por isso, a ressalva anteriormente já feita. O processo de consorciamento é complexo e exige diálogo entre os Poderes constituídos, ainda na fase de concepção do protocolo de intenções, a fim de evitar-se situações como a acima exemplificada.

Desta maneira, diferentemente do que ocorre com as autarquias tradicionais, criadas por lei e instituídas por decreto do chefe do Poder Executivo, as associações públicas são criadas e instituídas pela

publicação do contrato de consórcio público, nos termos e limites impostos pelo Poder Legislativo de cada ente subscritor.

Por sua vez, os consórcios de direito privado são efetivamente criados com a inscrição do contrato de consórcio público no respectivo registro civil, o que não afasta o dever de publicação do contrato de consórcio público pelos entes consorciados. É o que se conclui pela leitura conjunta do art. 6º, II da Lei federal nº 11.107/2005⁵³⁹ e art. 45, *caput* do Código Civil⁵⁴⁰.

Autoriza a Lei dos Consórcios Públicos que apenas parte dos entes da Federação subscritores do protocolo de intenções celebrem o contrato de consórcio público, sem prejuízo de que os demais venham a integrá-lo posteriormente⁵⁴¹. Para tanto, é necessário que a referida previsão conste do protocolo de intenções, regrando o número mínimo de signatários do contrato de consórcio público dentre aqueles inicialmente constantes do protocolo de intenções. Tal medida certamente contribui para a formação dos consórcios públicos, que poderão ser constituídos antes da existência de totalidade de leis ratificadores do protocolo de intenções, inviabilizando especialmente aqueles consórcios públicos concebidos com maior número de entes da Federação.

Ainda em relação à contratualização de parcela dos entes federativos, se a ratificação ocorrer após dois anos da primeira subscrição do protocolo de intenções, o consorciamento dependerá da homologação dos demais subscritores ou, caso já constituído o consórcio, de decisão da assembleia geral⁵⁴².

No caso do interesse de ingresso de novo ente da Federação ao consórcio público, não mencionado no protocolo de intenções como possível integrante do consórcio público, será necessária a prévia aprovação de sua entrada em assembleia geral e alteração do contrato de consórcio público, o que exigirá, conseqüentemente, leis de ratificação em cada Casa Legislativa⁵⁴³. Novamente se vê como é relevante a fase de concepção prévia do consórcio público, visto que a alteração do contrato

⁵³⁹ Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

⁵⁴⁰ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

⁵⁴¹ Art. 5º, § 1º da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵⁴² Art. 5º, § 3º da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵⁴³ Art. 6º, § 6º do Decreto federal nº 6.017/2007.

de consórcio público exige prévia aprovação por lei específica de todos os entes consorciados.

Qualquer ente pertencente ao consórcio poderá exigir o cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público (e dos demais instrumentos celebrados no âmbito do consórcio)⁵⁴⁴, tal como ocorre em qualquer relação contratual devidamente estabelecida em igualdade de condições. Tal situação é inerente à natureza contratual da pactuação em torno dos consórcios públicos, permeada de direitos e deveres que devem ser observados por todos os consorciados. O não cumprimento de regra estabelecida no contrato de consórcio público, assim, pode ser denunciada por qualquer consorciado, desde que adimplente com suas obrigações.

Por sua vez, tanto a alteração como a extinção do contrato de consórcio público também requerem a prévia ratificação por lei específica de cada Casa Legislativa. Esse processo mostra-se extremamente burocrático e lento nos consórcios públicos com grande quantidade de entes consorciados.

Como já discorrido alhures, poderia o legislador ter previsto procedimento mais simples para os consórcios públicos de direito privado, justamente por terem natureza de associação civil e poderem, em tese, a exemplo do que ocorre com as fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia, ter sua criação meramente autorizada por lei, não necessitando que todo o arcabouço jurídico de constituição e funcionamento fosse condicionado à aprovação por lei. Entretanto, assim não fora normatizado pela Lei federal nº 11.107/2005, que exige lei específica para qualquer modificação do protocolo de intenções e do contrato de consórcio público.

3.5.4 Contrato de programa

Prevê a Lei dos Consórcios Públicos a figura do contrato de programa para reger as obrigações estabelecidas entre entes da Federação ou entre estes e o consórcio público no âmbito da gestão associada de serviços públicos, 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. O art. 13, *caput* da referida lei é taxativo em condicionar a validade dessas obrigações à prévia celebração do contrato de programa.

⁵⁴⁴ Art. 4º, XII da Lei federal nº 11.107/2005.

Assim, o contrato de programa pode ser compreendido como o 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 (art. 2º, XVI do Decreto federal nº 6.107/2007)⁵⁴⁵.

Borges discorre que o contrato de programa, apesar de possuir semelhante no direito italiano e francês, somente se assemelha ao contrato de programa previsto na legislação de Portugal (Decreto-lei nº 384/1987⁵⁴⁶), que, segundo a autora, “cuida de apoio técnico-financeiro concedido pelo Estado às autarquias, um ou mais municípios, e associações de municípios, para a prestação de serviços públicos”⁵⁴⁷.

Parcela da doutrina compreende que o contrato de programa assemelha-se ao convênio administrativo⁵⁴⁸. Discorda-se. Como já visto, os contratos podem ter interesses antagônicos (v.g., contrato de compra e venda) ou convergentes (v.g., contratos societários). Mas ambos os casos disciplinam direitos e obrigações, *com força cogente entre as partes e previsão sancionatória em caso de descumprimento de suas avenças pactuadas*. E essa característica de *obrigação cogente* não é típica dos convênios administrativos, especialmente diante da possibilidade de

⁵⁴⁵ Na visão de Rigolin (2008, p. 117), o contrato de programa confunde-se com o contrato de consórcio público, na medida em que aquele é quem dá vida ao consórcio público. Tal conclusão mostra-se equivocada e isolada na doutrina. Não há como se confundirem os instrumentos, posto que o contrato de programa tem como objetivo disciplinar as obrigações que um ente da Federação constituir 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* (art. 13, da Lei federal nº 11.107/2005), ao passo que o contrato de consórcio público objetiva dispor sobre sua criação, funcionamento, competências, receitas, estrutura organizacional e de pessoal, entre outros assuntos listados no art. 4º da Lei federal nº 11.107/2005.

⁵⁴⁶ Consta do art. 1º: 1 – O presente diploma estabelece o regime de celebração de contratos-programa de natureza sectorial ou plurisectorial no âmbito da cooperação técnica e financeira entre a administração central e um ou mais municípios, associações de municípios ou empresas concessionárias destes que exerçam a sua actividade no domínio dos sectores definidos no artigo 3.º 2 – A celebração de contratos-programa enquadra-se no sistema de incentivos orientadores de investimentos públicos de âmbito municipal e supramunicipal, no quadro dos objectivos de política de desenvolvimento local, regional e sectorial.

⁵⁴⁷ Borges, 2012, p. 11.

⁵⁴⁸ Nesse sentido: Carvalho Filho, 2013, p. 139; e Di Pietro, 2014, p. 555.

denúncia do instrumento por qualquer das partes interessadas sem que as obrigações ali estabelecidas sejam previamente cumpridas pelas partes⁵⁴⁹.

No caso do contrato de programa, é inegável sua natureza contratual, por mais que inserida no âmbito da cooperação e na convergência de interesses. Dito com outras palavras, os contratos de programa disciplinam direitos e obrigações tal como os contratos de concessão e permissão de serviço público. Por isso, aliás, a previsão constante do art. 13, § 1º, I da Lei federal nº 11.107/2005, no sentido de que os contratos de programa deverão observar a legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, sobretudo no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados.

Assim como ocorre com o contrato de consórcio público, o contrato de programa não disporá de cláusulas exorbitantes, típicas das contratações subordinadas ao regime dos contratos administrativos estabelecido pela Lei federal nº 8.666/1993. Aplica-se aqui o que fora dito no item anterior, quando da análise da natureza do contrato de consorciamento.

Também importante esclarecer quando impera a celebração dessa modalidade de contratação e qual seu conteúdo obrigacional. Consta do *caput* do art. 13 da Lei dos Consórcios Públicos 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 com ou sem a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

⁵⁴⁹ Aliás, esse ponto não passou despercebido de Porto Neto (2005), quando da elaboração de parecer sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004: “A segunda inconveniência repousa na previsão de que o contrato de programa deixa de produzir efeitos com a extinção do contrato de consórcio público entre entes da Federal, em face dos efeitos definidos para essa extinção. Esse regime jurídico confere caráter precário que, parece-me, não era a intenção original do Governo Federal. Para consagrar caráter estável ao consórcio público, o Projeto de Lei deveria fixar consequências patrimoniais mais seguras para a hipótese de sua extinção, por exemplo, prevendo que os contratos de programa continuarão a vigor, dependendo de rescisão específica que, a depender das circunstâncias, pode importar no pagamento de indenização”. Parecer disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/528/521>>. Acessado em 7/4/2018.

O regramento legal caminha no sentido de que o contrato de programa regerá as obrigações assumidas (i) entre entes da Federação ou (ii) entre ente da Federação e consórcio público. Na primeira situação, trata-se de relação havida no âmbito dos convênios de cooperação, podendo envolver obrigações assumidas pelas entidades componentes da administração indireta desses entes da Federação conveniados. Na segunda, a obrigação diz respeito às tratativas no âmbito dos consórcios públicos, quando estes efetivamente acordarem a gestão associada de serviços públicos. Em um ou outro caso, o contrato de programa sempre estará envolto ao regime de cooperação federativa encampado pelo art. 241 da Constituição Federal, isto é, regrando obrigações no âmbito dos convênios de cooperação ou dos consórcios públicos, mesmo que o objeto da pactuação não seja a gestão associada de serviços públicos⁵⁵⁰.

Por meio dos contratos de programa, a lei objetivou equacionar as relações obrigacionais estabelecidas entre os entes da Federação quando da prestação de serviços públicos, inclusive o aporte de pessoal e bens, situação esta até então amparada unicamente em convênios ou outros instrumentos de natureza precária⁵⁵¹. Por isso a semelhança, em muitos casos, do contrato de programa com o contrato de concessão regido pela Lei federal nº 8.987/1995, a exemplo da necessidade de cláusulas que

⁵⁵⁰ Discorda-se assim de Di Pietro, que vê autorizada a celebração de contrato de programa para situações alheiras aos convênios de cooperação e aos consórcios públicos. Cita-se pensamento da autora (2014, p. 557-558): “Em resumo, existem várias possibilidades para a gestão associada de serviços públicos: (...) d) o contrato de programa que, por sua vez, pode estar vinculado a um consórcio público ou a um convênio de cooperação, ou pode ser independente de qualquer outro tipo e ajuste, podendo, inclusive, ser celebrado diretamente por um ente federativo com entidade da Administração Indireta de outro ente federativo.”

⁵⁵¹ Era o que se dava com os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. As concessionárias estaduais prestavam os serviços na imensa maioria dos municípios sem a existência de contrato de concessão de serviços disciplinando direitos e obrigações. Assim, inexistiam regras claras em relação aos bens reversíveis, amortização de investimentos, regime tarifário, prazo de vigência, entre outras matérias afetas à prestação dos serviços mediante a cobrança de tarifas públicas. Na prática, tinha-se concessão de serviço público sem contrato e prévia licitação pública, em desconformidade com o art. 175 da Constituição Federal. A partir da vigência das Leis federais nº 11.107/2005 e 11.445/2007, as concessionárias estaduais passaram a firmar contrato de programa com cada município, com fundamento em convênios de cooperação celebrados pelo Estado-membro e pelos respectivos municípios interessados em delegar tal mister às concessionárias estaduais de água e esgoto.

disciplinam os bens reversíveis custeados mediante cobrança de tarifas públicas.

Nem sempre haverá a celebração de contrato de programa no âmbito dos consórcios públicos⁵⁵². Somente será necessária tal celebração nos casos de efetiva prestação de serviços públicos (*stricto sensu*) entre os entes da Federação ou entre estes e o consórcio público, bem como nos casos de transferência de encargos, serviços, pessoal ou bens no âmbito da gestão associada de serviços públicos, para fins de regrear direitos e obrigações. Procurou o legislador instrumentalizar as relações obrigacionais travadas no âmbito dos consórcios públicos, para correta individualização de direitos e deveres. Daí a previsão na Lei dos Consórcios Públicos da existência de procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares pertencentes ao consórcio público (art. 13, § 1º, II).

Essa conclusão, evidentemente, não afasta a possibilidade da celebração de contrato de programa para situações alheias à gestão associada de serviços públicos. É até recomendável que assim o faça, para melhor disciplina dos direitos e deveres entre o consórcio público e seus entes consorciados. Reforça-se, no entanto, que o art. 13 da Lei dos Consórcios Públicos somente tornou obrigatória a celebração de contrato de programa para os casos que dizem respeito à 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.

Como corolário dessa obrigação, a Lei federal nº 11.107/2005 inseriu o inciso XIV no art. 10 da Lei federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, no sentido de caracterizar como ato de improbidade administrativa a celebração de contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem a observação das formalidades previstas na lei.

Nesse ponto, infeliz fora a regulamentação dada pelo Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 30, § 1º⁵⁵³) ao elastecer ainda mais o âmbito

⁵⁵² É o que ocorre nos consórcios públicos que objetivam a compra compartilhada de bens e serviços. Na maioria dos casos, o consórcio público somente procede à licitação pública, de modo que ao final os contratos administrativos de fornecimento de bens ou serviços são celebrados diretamente entre o vencedor da licitação e cada ente consorciado interessado, sem que haja caracterizada a gestão associada de serviços públicos ou a transferência de encargos, serviços, pessoal ou bens.

⁵⁵³ Art. 30. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações contraídas por ente da Federação, inclusive

de aplicação dos contratos de programa, em descompasso com a legislação vigente (art. 13, da Lei federal nº 11.107/2005). Em verdade, os contratos de programa dizem respeito àquelas obrigações inerentes à prestação de serviços públicos (no seu conceito restrito constante do art. 2º, XIV do Decreto federal nº 6.017/2007⁵⁵⁴) ou à transferência de encargos, serviços pessoal ou bens no âmbito da gestão associada, posto que complexas e permeadas de direitos e deveres afetos à qualidade, eficiência e continuidade dos serviços ofertados à sociedade.

Fora dessas circunstâncias, desnecessária (mas não proibida) a celebração de contrato de programa, podendo as relações estabelecidas pelas partes ser regida internamente no âmbito do próprio convênio de cooperação ou do consórcio público, mediante outros atos ou instrumentos jurídicos. Por isso a necessária cautela na aplicação do art. 10, XIV da Lei federal nº 8.429/1992.

Conforme matérias essenciais aos contratos de programa, dispôs o legislador a necessidade das cláusulas disporem, no mínimo, sobre: os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu; as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos; o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade; a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido; a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado; o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços. É o que consta do art. 13, § 2º da Lei dos Consórcios Públicos.

Pelo conteúdo das matérias a serem dispostas no contrato de programa, vê-se certa identidade em relação aos contratos de concessão e

entidades de sua administração indireta, que tenham por objeto a prestação de serviços por meio de gestão associada ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º Para os fins deste artigo, *considera-se prestação de serviço público por meio de gestão associada aquela em que um ente da Federação, ou entidade de sua administração indireta, coopere com outro ente da Federação ou com consórcio público, independentemente da denominação que venha a adotar*, exceto quando a prestação se der por meio de contrato de concessão de serviços públicos celebrado após regular licitação.

⁵⁵⁴ Art. 2º, XIV – serviço público: atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa.

permissão. Preocupou-se o legislador sensivelmente com os direitos e as obrigações oriundas das relações prestacionais estabelecidas pelo poder público. Ademais, consta da lei que o contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público que autorizou a gestão associada de serviços públicos (art. 13, § 4º).

Ainda, os contratos de programa serão celebrados mediante dispensa de licitação (art. 24, XXVI da Lei federal nº 8.666/1993), pois envolvem a contratação de serviços entre órgãos e entidades do poder público, no âmbito da cooperação federativa. Por óbvio, sem razão a existência de licitação pública nos casos em que diferentes entes da Federação (e seus órgãos e entidades) contratualizam entre si⁵⁵⁵.

Resta expressamente autorizada a celebração de contrato de programa entre o consórcio público e quaisquer entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados, nos termos e condições estabelecidas no protocolo de intenções (e no próprio contrato de consórcio público). Entretanto, o contrato de programa será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos no âmbito do consórcio público⁵⁵⁶.

Outro ponto relevante na disciplina dos contratos de programa diz respeito à necessidade de garantir-se a transparência da gestão econômica e financeira na prestação dos serviços públicos, de modo que haja identificação dos direitos e das obrigações relativas à prestação em cada entre consorciado (art. 33, V do Decreto federal nº 6.017/2007). Conforme anotam Medauar e Oliveira, a transparência exigida pela legislação nos contratos de programa “visa prevenir sobretudo riscos decorrentes do descumprimento das obrigações contábeis e financeiras contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal”⁵⁵⁷.

Por fim, a Lei dos Consórcios Públicos não especifica prazo de vigência dos contratos de programa, de modo que podem vigorar pelo

⁵⁵⁵ No item 3.4 deste Capítulo já se abordaram as principais alterações produzidas pela Lei dos Consórcios Públicos frente à Lei federal nº 8.666/1993.

⁵⁵⁶ É o caso, por exemplo, de formação de consórcio entre Estado-membro e municípios nele inseridos para a prestação de serviços tecnologia da informação (TI), com previsão de contratualização por parte do consórcio de empresa pública pertencente ao Estado-membro, desenvolvedora de soluções de TI. Caso o ente estadual promova a venda da referida empresa pública para particular, determina a lei a imediata extinção do contrato de programa, posto que as condições que balizam a cooperação federativa e a dispensa de licitação pública não mais subsistem.

⁵⁵⁷ Medauar; Oliveira, 2006, p. 106.

prazo estabelecido de comum acordo entre as partes signatárias, desde que compatíveis com o objeto contratado. Não se aplicam aos contratos de programa os limites estabelecidos pelas Leis federais 8.666/1993 (art. 42) e 11.079/2004 (art. 5º, I), justamente porque a Lei dos Consórcios Públicos e seu decreto regulamentador silenciaram sobre a matéria, de modo que basta que conste do contrato de programa o prazo de duração, que deve ser *determinado*.

Como se pode observar, o legislador previu regime jurídico específico em relação aos contratos de programas⁵⁵⁸. Suas principais características são: (i) possuem natureza de contrato administrativo, sem que haja cláusulas exorbitantes em favor de quaisquer dos contratantes, uma vez que se trata de instrumento celebrado entre órgãos e entidades do poder público no âmbito da cooperação federativa; (ii) objetivam reger a prestação de serviços públicos no âmbito da gestão associada, como ou sem a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens; (iii) podem vigorar pelo prazo que estabelecerem as partes, desde que determinado; (iv) são celebrados com dispensa de licitação pública; (v) devem ter assegurada transparência na gestão econômica e financeira dos serviços, inclusive em relação a cada um de seus titulares, permitindo a individualização de receitas, despesas e responsabilidades na prestação de serviços públicos; (vi) permanecem vigentes e eficazes mesmo com a extinção do consórcio público ou do convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos, até exaurimento do seu objeto ou prazo; e (vii) tem sua extinção automática nos casos do contratado deixar de integrar a administração indireta do ente da Federação que presta a cooperação federativa.

3.5.5 Contrato de rateio

Enquanto que as obrigações são em regra disciplinadas por meio de contrato de programa, estabelece a Lei dos Consórcios Públicos que compete ao contrato de rateio dispor sobre o repasse de verbas pecuniárias entre os entes consorciados e o consórcio público, para custeio deste. Aliás, o texto de lei é taxativo ao estabelecer que os entes consorciados *somente* entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio (art. 8º, *caput* da Lei federal nº 11.107/2005).

Dois foram os objetivos do legislador com a instituição de contrato de rateio.

⁵⁵⁸ Para abordagem mais ampla dos contratos de programa, remete-se o leitor para os estudos produzidos por Hohmann (2011).

O primeiro, de instrumentalizar as obrigações de custeio dos serviços e da própria estrutura do consórcio público, exigindo que tais obrigações estivessem refletidas nas leis orçamentárias de cada ente da Federação consorciado, sob pena, inclusive, de suspensão e exclusão do consórcio público (art. 8º, § 5º da Lei federal nº 11.107/2005). Procurou aqui o legislador afastar o componente político no repasse de recursos dos entes consorciados em prol dos consórcios públicos, ou seja, o “consórcio não se torna refém de discricionariedade política”⁵⁵⁹.

O segundo, de propiciar a devida e necessária individualização do custeio do consórcio público, inclusive por categoria de despesa e por atividades ou projetos executados pelo consórcio público, para consolidação de tais obrigações e despesas na contabilidade de cada ente consorciado (art. 8º, § 4º da Lei dos Consórcios Públicos). Em suma, deve o contrato de rateio permitir que as despesas advindas dos consórcios públicos sejam facilmente identificadas na contabilidade de cada ente consorciado, até para verificação dos limites e proibições constante da Lei de Responsabilidade Fiscal (como é o caso do limite de gastos com pessoal em relação à receita corrente líquida), sendo vedada a aplicação de recursos advindos de contrato de rateio para custeio de despesas genéricas, ou seja, em que a execução orçamentária se faz com modalidade de aplicação indefinida.

A preocupação com a responsabilidade e o equilíbrio fiscal é latente no texto da Lei dos Consórcios Públicos e no seu regulamento⁵⁶⁰. Caso o ente da Federação detenha algum tipo de restrição no cumprimento das obrigações assumidas no contrato de rateio, deverá promover notificação escrita ao consórcio público apontando as medidas que tomou para regularizar a situação, de modo a garantir a contribuição prevista no contrato de rateio. A real impossibilidade de o ente consorciado efetivamente cumprir com a obrigação orçamentária e financeira estabelecida em contrato de rateio enseja ao consórcio público a obrigação de adotar medidas para adaptar a execução orçamentária e financeira aos novos limites. É o que consta do art. 14 do Decreto federal nº 6.017/2007 e reforça o intuito da legislação em proteger as finanças dos consórcios públicos e o equilíbrio fiscal.

Assim, o contrato de rateio deverá contemplar os compromissos orçamentários do consórcio público em determinado exercício financeiro, de modo que as leis orçamentárias dos entes que o compõe reflitam as obrigações assumidas no rateio do consórcio público. Por isso a Lei dos

⁵⁵⁹ Dieguez, 2011, p. 307.

⁵⁶⁰ No mesmo sentido: Gasparini, 2007, p. 355.

Consórcios Públicos (Art. 8º, § 1º) determina que o contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam. Excepcionados estão os casos em que os contratos tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou quando envolvida a prestação de serviços mediante gestão associada, desde que custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Tal regra impõe segurança financeira aos consórcios públicos, cujos compromissos assumidos nos contratos de rateio devem restar contemplados no planejamento orçamentário e financeiro dos consórcios. Tanto fora a preocupação do legislador que a Lei dos Consórcios Públicos introduziu o inciso XV no art. 10 da Lei federal nº 8.429/1992, prevendo como ato de improbidade administrativa a celebração de contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária.

Por fim, por tratar-se de contrato, poderá quaisquer dos entes consorciados, isolada ou conjuntamente, ou o próprio consórcio público exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio, para fins de satisfação dos recursos financeiros previamente acordados para custeio dos serviços e encargos do consórcio público.

3.6 FONTES DE RECEITA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Dentro das inúmeras atribuições que se possa outorgar aos consórcios públicos, conforme já citado alhures, poderá o mesmo prestar materialmente os serviços públicos ou simplesmente regulá-los e fiscalizá-los. É o que se tem observado nas novas leis nacionais que regem determinados serviços públicos⁵⁶¹.

Conforme o caso, poderão os consórcios públicos auferir receita originária, decorrente da prestação de serviço público, mediante cobrança de taxa ou tarifa pública; ou pelo exercício de atividade de poder de polícia, por meio da cobrança de taxa pública instituída por lei de cada ente da Federação, como visto no item 3.5.1 deste Capítulo.

Em outras situações, poderá o consórcio público auferir, de maneira complementar às taxas e tarifas públicas, acaso existentes, repasses de recursos financeiros por parte dos entes da Federação

⁵⁶¹ Citam-se como exemplos as leis nacionais que regem os serviços públicos de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007), resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010), mobilidade urbana (Lei nº 12.587/2012), saúde (Lei nº 8.080/1990) e planejamento urbano (Lei nº 13.089/2015), que dão especial destaque à implementação de consórcios públicos para a consecução dos objetivos comuns dos entes da Federação.

consorciados, para seu custeio, nos termos estabelecidos em contrato de rateio.

Também poderá o consórcio público auferir receita mediante a prestação de serviços aos próprios entes consorciados ou às entidades que compõem sua administração indireta, através da celebração de contrato de programa para a prestação de serviços públicos ou outras tarefas em torno da cooperação federativa travada no seio do consórcio público. É o caso, por exemplo, do fornecimento de bens pelo consórcio público, que poderá ocorrer mediante contrapartida financeira por parte dos entes consorciados, apta a remunerar justamente os bens disponibilizados⁵⁶².

Nula será a cláusula do contrato de consórcio público que preveja contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo os casos de doação, 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 públicos⁵⁶³. No caso, a Lei dos Consórcios Públicos proíbe que os entes da Federação consorciados repassem ao consórcio público valores (contribuições, auxílios ou quaisquer outras modalidades de repasses financeiros) a título *genérico*, ou seja, que não estejam vinculados a determinada atividade desenvolvida pelo consórcio público. Tudo isso deverá estar identificado no contrato de rateio, para controle orçamentário e fiscal.

Ademais, os consórcios públicos deverão manter públicas as decisões que afetam interesses de terceiros ou digam respeito à matéria de natureza orçamentária, financeira ou contratual, assim como aquelas relacionadas à admissão de pessoal, às receitas auferidas e às despesas públicas realizadas. Trata-se de observância do princípio da transparência

⁵⁶² Na mesma linha é o entendimento de Ribeiro (2007, p. 29-30): “A primeira é contratando o consórcio para o fornecimento de bens ou a prestação de serviços. Para essa contratação a licitação será dispensada (art. 2º, §1º, III, da Lei de Consórcios Públicos). Observe-se que essa forma de envio de recursos é a preferencial. Ou seja, o consórcio é remunerado pelos serviços que presta ou pelos bens que fornece, pelo que suas despesas administrativas devem estar diluídas no preço do serviço ou do bem. Evidente que esse prego deve ser consentâneo com o de mercado. Porém, caso não seja possível identificar o ente consorciado beneficiário direto do serviço ou produto realizado pelo consórcio, será necessário celebrar contrato de rateio, que possui regras próprias e que devem ser rigorosamente cumpridas, sob pena de se incorrer, inclusive, em improbidade administrativa. Deve se lembrar que alguns consórcios podem prestar serviços públicos remunerados por taxa ou tarifas, pelo que serão mantidos também pelas receitas assim arrecadadas. Por fim, a Lei de Consórcios prevê que entes não consorciados podem celebrar convênios com os consórcios, inclusive para transferência de recursos”.

⁵⁶³ Art. 4º, § 3º, da Lei federal nº 11.107/2005.

da administração pública, no objetivo de permitir que qualquer do povo tenha acesso às deliberações, às reuniões e aos documentos produzidos, com exceção daqueles considerados sigilosos pela legislação e por prévia e motivada decisão (art. 5º, § 3º do Decreto federal nº 11.107/2007). Isso, evidentemente, sem prejuízo das disposições constantes da Lei federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e da Lei complementar federal nº 131/2009 (Lei da Transparência Pública), aplicáveis integralmente aos consórcios públicos.

4 O REGIME JURÍDICO DAS TAXAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

A análise da instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos é matéria que remete diretamente o pesquisador à Constituição Federal, pois necessária a compreensão da figura dos consórcios públicos no seio da administração pública, analisando-se, de um lado, suas competências e limitações sob o prisma do federalismo de cooperação, e de outro, a possibilidade dos mesmos remunerarem-se por meio de taxa frente ao exercício de atividade de polícia administrativa ou à prestação de serviço público específico e divisível.

Deveras, o tema posto em debate comporta dois desdobramentos constitucionais, a saber: (i) o primeiro, no campo do Direito Administrativo, que, em grande parte, fora abordado nos Capítulos 1, 2 e 3 e o (ii) segundo, inerente ao Direito Tributário⁵⁶⁴, objeto deste quarto capítulo.

Para tanto, importante discorrer a respeito das normas gerais que balizam a instituição, cobrança e fiscalização de tributos no Brasil, delineadas especialmente pelo sistema constitucional tributário, foco de atenção deste quarto capítulo.

4.1 O ESTADO E O PODER DE TRIBUTAR

Estado e poder estão intrinsecamente ligados. Não existe Estado sem poder, delimitado e institucionalizado. Se o poder estiver consubstanciado na *força*, estar-se-á diante de um *poder de fato*, onde a coercibilidade restará presente com a dominação e o emprego da violência. Por sua vez, se o poder estiver centrado, ao invés da força e da coerção, em *competência e consentimento* dos governados, estar-se-á diante do *poder de direito*. Para Bonavides, “o Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa para um poder de instituições”, ou seja, de “um poder de fato a um poder de direito”⁵⁶⁵. Remonta-se aqui ao

⁵⁶⁴ Para Ataliba (1992, p. 38), o Direito Tributário é subsistema do Direito Administrativo. Para o autor, “didática e praticamente, se convencionou discernir a parte (direito tributário) do todo (direito administrativo), pelo isolamento do instituto fundamental daquele (o tributo).”

⁵⁶⁵ Bonavides, 2010, p. 113.

clássico pensamento de Rousseau em torno da concepção de Estado, na qual separava a força do direito, a obediência do dever⁵⁶⁶.

Essa é a lógica do Estado, especialmente a partir de Rousseau, atrelada à ideia da existência de consentimento por parte dos governados em relação ao poder estatal, este delimitado em torno de um regime de normas postuladas e necessário para assegurar a liberdade e segurança de todos os seus cidadãos, mesmo que para tanto seja necessário restringir parcela da autonomia e liberdade individual. Quanto maior o grau de consentimento e menor a contestação em relação ao poder estatal, mais estável será o ordenamento jurídico, “unindo a força ao poder e o poder à autoridade”, como ilustra Bonavides⁵⁶⁷.

E, ao longo do tempo, a concepção de Estado evoluiu, em conjunto com as inovações mercantis e de produção, alinhadas ao avanço das ciências (nos seus diversos campos do conhecimento). Também foram impactantes para a evolução do Estado as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), balizadas em valores intrínsecos à liberdade, igualdade e democracia, com reflexos muito contundentes nos Estados ocidentais.

Em suma, em que pese a concepção de Estado manter-se firme na ideia de troca da força pelo poder e da obediência pelo dever, é notório que outros valores foram agregados no processo de formação das sociedades modernas, sobretudo em relação às limitações ao poder estatal, às liberdades e à garantia de direitos compreendidos como fundamentais de todo o cidadão, atualmente resguardados nos Estados Democráticos e de Direito. No chamado Estado Democrático de Direito, o poder estatal é aquele convencionado e aceito pelos seus governados, em torno de instituições devidamente concebidas e que gozam de prerrogativas e deveres, reconhecidos e disciplinados por um conjunto de normas postas pela própria sociedade, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

Cada Estado apresentará características próprias, com distintas formas e sistemas de Governo⁵⁶⁸. Mas é característica central do Estado moderno a ideia de poder constituído (organização política), resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam em um poder não sobrepujado por nenhum outro organismo

⁵⁶⁶ Elucidativa a seguinte passagem de Rousseau (2011, p. 20): “Se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, restam-nos as convenções, que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens.”

⁵⁶⁷ Bonavides, 2010, p. 116.

⁵⁶⁸ Sobre as distintas formas e sistemas de Governo, remete-se o leitor aos estudos de Miranda (2007); Horta (2003, p. 653-704), Bastos (1995, p. 46-95) e Bonavides (2010, p. 207-215), que delimitam com precisão o tema.

político⁵⁶⁹. Dentro dessa concepção de Estado regido pelo Direito⁵⁷⁰, o *poder* é compreendido como *competência* (ou *função autorizada*) delegada a um *órgão* ou *instituição*, a que se atribui uma parcela de soberania do Estado⁵⁷¹.

Nesse contexto, o poder de tributar deve ser compreendido como o *poder delimitado pelo Direito*, inerente à instituição de obrigações de ordem pecuniária fundamentais para satisfazer, em especial, as despesas necessárias ao funcionamento do Estado⁵⁷², isto é, para garantir o custeio do corpo administrativo necessário para a satisfação da sociedade.

Coêlho, após realçar que “o poder de tributar é exercido pelo Estado por delegação do povo”, aduz que a referida matéria passou a ser campo predileto de labor constituinte, tanto pela necessidade de arrecadação de receitas para realização de seus fins, como para proporcionar segurança jurídica em prol dos cidadãos, sem prejuízo da

⁵⁶⁹ Bastos, 1995, p. 11.

⁵⁷⁰ Reale (2010a, p. 2) afirma ser o Direito “um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela.”

⁵⁷¹ De Plácido e Silva (2010, p. 586). Aqui não se trata de confundir *poder* e *competência*, posto que aquele fora dos limites do Estado de Direito é exercido pela força, em constante estado de barbárie, em nada se aproximando ao conceito de *competência* (ou *função pública*). Por isso, importantes os apontamentos de Machado (2012, p. 29): “na teoria do Direito as palavras ‘poder’ e ‘competência’, embora muitas vezes utilizadas como se fossem sinônimos, a rigor, designam coisas distintas. Enquanto o poder independe das normas do Direito e se exerce na conformidade dessas normas ou contra elas, a competência é sempre resultante de uma norma do Direito e se exerce, sempre, de conformidade com o Direito. Enquanto o poder é uma aptidão de fato, a competência é uma aptidão conferida a uma pessoa pela norma jurídica, que eventualmente pode não coincidir com a aptidão que aquela pessoa tenha, de fato. Isto, aliás, explica por que é possível um Presidente da República ser deposto do seu cargo por um movimento revolucionário. Configura-se, neste caso, uma situação na qual o poder como aptidão de fato prevalece sobre a competência. O Direito, como sistema de normas, é violado pelo movimento dito revolucionário.”

⁵⁷² Miranda (2015, p. 119-120) bem aponta a lógica na criação e funcionamento do Estado: “Mas o Estado não existe em si ou por si; existe para resolver problemas da sociedade, quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso. É um poder de decisão no momento presente, de escolher entre opções diversas, de praticar os atos pelos quais satisfaz pretensões generalizadas ou individualizadas das pessoas e dos grupos. É autoridade e é serviço. Repartido juridicamente por órgãos e agentes do Estado, o poder toma, por outro lado, a configuração de um conjunto de competências ou poderes funcionais de tais órgãos, poderes esses estabelecidos pela Constituição, poderes constituídos e, portanto, definidos e circunscritos por suas normas.”

possibilidade de usar-se o tributo como instrumento político (caráter extrafiscal do tributo)⁵⁷³.

Assim, o poder de tributar diz respeito à prerrogativa que o Estado goza de instituir tributos em face de seus governados. Mas esse poder não é absoluto e ilimitado, deve respeitar os direitos fundamentais⁵⁷⁴ e encontrar na lei seu campo de aplicação e contenção. Dessa forma, da lei (e por isso a relevância do princípio da legalidade no campo do Direito Tributário) provém o *poder* e o *limite* de tributar do Estado, sendo comum que tais limitações ao poder de tributar constem, ao menos seus princípios gerais, da Constituição de cada Estado.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 disciplinou com rigor o poder de tributar, estabelecendo quais os tributos passíveis de criação por cada ente da Federação, seu campo de incidência, imunidades, entre outros⁵⁷⁵. De fato, a Constituição de 1988 regra adequadamente os limites do poder do Estado em impor tributos, com a clara separação das competências tributárias entre os entes da Federação, a balizar constitucionalmente todo o sistema tributário brasileiro. Mas nem sempre fora assim. Somente com a Constituição de 1946 o Estado brasileiro passou a reger adequadamente as limitações ao poder de tributar, como adverte Baleeiro⁵⁷⁶.

O poder de tributar, portanto, está intimamente ligado à concepção de Estado, que, nos atuais tempos, pressupõe obediência à ordem jurídica vigente (Estado de Direito). E a ordem jurídica estabelecida (constitucional e infraconstitucional) imporá ao Estado limitações ao poder de tributar, demarcando “*o campo, o modo, a forma e a intensidade*

⁵⁷³ Coêlho, 2012, p. 34.

⁵⁷⁴ Torres (2004, p. 196-197) discorre que “outra questão é a de saber se existe uma reserva absoluta de tributação em favor do Estado. Os positivistas do início do século, na Europa, e os contemporâneos à elaboração do CTN, no Brasil, advogavam a existência de uma tal reserva de tributação, pois o Estado se limitava a si próprio no ato de se constituir e não encontrava barreiras em direitos preexistentes. Hoje, com a superação dos positivismos e a mudança das regras para o dos princípios, abandonou-se na Alemanha a noção de uma incondicionada reserva constitucional de poder tributário (*Steuervorbehalt*), até porque a própria estabilidade passou a ser vista como mero pressuposto para garantia dos direitos humanos e a doutrina edificou sólida construção em torno da limitação do poder tributário pelos direitos da liberdade preexistentes; no Brasil, com o forte ranço de positivismo ainda presente, algumas vozes já começam a defender a limitação do poder impositivo pelos direitos fundamentais, na doutrina e na jurisprudência.”

⁵⁷⁵ Voltar-se-á a este tema no item 4.1.4.

⁵⁷⁶ Baleeiro, 1977, p. 2.

de atuação do poder de tributar (ou seja, o poder, que emana da Constituição, de os entes políticos criarem tributos)⁵⁷⁷.

Assim, o Estado e o poder de tributar são facetas do mesmo fenômeno social; estão interligados e evoluíram conjuntamente ao longo dos séculos. Isto é, a ampliação da participação da sociedade na definição e no exercício do poder estatal (gradativa efetivação dos postulados democráticos) acarretou no aperfeiçoamento do poder de tributar, de modo a impor restrições e limites ao Estado para instituir e cobrar tributos, exatamente pelo respeito aos direitos e às garantias individuais gradativamente reconhecidos pela legislação interna e por instrumentos normativos internacionais⁵⁷⁸. Na lição de Nogueira, “no Estado de direito democrático é um pressuposto da justiça fiscal a legalidade da tributação e por isso mesmo esta deve ser realizada de **conformidade com a lei**.”⁵⁷⁹

Em suma, o poder de tributar evoluiu com o Estado⁵⁸⁰ e, atualmente, está adstrito ao respeito de valores e princípios assegurados pela legislação de cada Estado (geralmente a própria Constituição), tal como ocorre com a Constituição de 1988, que resguarda direitos e garantias individuais frente à competência do Estado em exigir tributos. Daí a existência de princípios gerais inerentes à limitação do poder de tributar, consubstanciados pela própria Constituição no Brasil.

4.1.1 O Poder de Tributar e a subsistência do Estado

Como acima ressaltado, a história do tributo praticamente se confunde com a história do Estado. Abordando a origem do tributo, Catarino aponta em diferentes povos antigos (ao menos desde o início da

⁵⁷⁷ Amaro, 2005, p. 107.

⁵⁷⁸ É a visão de Catarino (2009, p. 394), para quem “o tributo tem no estado moderno, democrático, um papel essencial. Trata-se de uma visão aceite sem discussões. Não é sem razão que Duverger haja dito que ‘a história da democracia é a história do imposto’ salientando nisso que poder político e tributo perpassaram os tempos de mãos dadas num entendimento tão perfeito que hoje, diríamos também que qualquer sistema tributário reflete a imagem do poder. Foi assim na Roma, na Idade Média, no renascimento, com os reis-sol, e é assim também no Estado moderno que tem hoje uma imagem jurídica, racionalista e voluntarista e se desdobra num conjunto vasto de órgãos pelos quais prossegue as suas atribuições.”

⁵⁷⁹ Nogueira, 1975, p. 12 (grifos no original).

⁵⁸⁰ Na linha de Baleeiro (1977, p. 1): “no curso do tempo, o imposto, atributo do Estado, que dele não pode prescindir sequer nos regimes comunistas de nosso tempo, aperfeiçoa-se do ponto de vista moral, adapta-se às cambiantes formas políticas, reflete-se sobre a Economia ou sofre os reflexos desta, filtra-se em princípios ou regras jurídicas e utiliza diferentes técnicas para execução prática.”

civilização mesopotâmica) a prática de cobrança de tributos por parte do Estado, para fins de subsidiá-lo diante das despesas com guerras e o próprio aparato estatal⁵⁸¹. Como atesta Baleeiro, “O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação”⁵⁸².

Portanto, o tributo surge da necessidade primária do Estado auferir receitas para sua subsistência, para o cumprimento dos seus objetivos ao seu tempo (no início, fortemente voltado a custear as guerras para manutenção e ampliação dos territórios; atualmente, com viés marcante para a consecução dos direitos fundamentais da sociedade e manutenção da soberania e segurança nacionais). Não fosse com base na imposição de tributos, o Estado não poderia realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. Daí conclui Coêlho que “o tributo é inegavelmente a grande e talvez a única arma contra a estatização da economia.”⁵⁸³.

Dito isso, a essência do tributo possui forte ligação com a própria subsistência do Estado, que carece de recursos para custear seu próprio funcionamento. Ataliba é enfático ao discorrer sobre a natureza jurídica do tributo afirmando que, em síntese, “o objeto da relação tributária é o comportamento consistente em levar dinheiro aos cofres públicos.”⁵⁸⁴. Isso porque o Estado é carente de receitas originárias, advindas diretamente dos meios de produção de bens ou do desenvolvimento de

⁵⁸¹ Catarino, 2009, p. 29-42. Cita-se, ainda, passagem do autor (2009, p. 33), que elucida a dificuldade de definir-se qual a origem da cobrança de tributos: “estes fatos e muitos outros de similar teor chegados ao nosso conhecimento não permitem, contudo, esclarecer convenientemente perguntas tais como: Quando foram reconhecidas as vantagens do imposto? Quando surgiram os primeiros sistemas fiscais? Assim sucede porque são raros os textos antigos chegados aos dias de hoje e os que existem só incidentalmente referem a existência e o grau de generalização do tributo ou as suas modalidades de aplicação. Sabe-se, contudo, que no antigo império Egípcio, nos tempos da II Dinastia, isto é, mais de 3000 anos antes da nossa era, foi tratada a questão do ‘censo do ouro e dos campos’. Alguns historiadores admitem que esta tarefa possa ter servido de base a imposto fundiário. Na mesma época, existia no Egito uma monarquia centralizada, dotada de uma verdadeira administração, cujos funcionários eram pagos pelo próprio Estado.”

⁵⁸² Baleeiro, 1977, p. 1.

⁵⁸³ Coêlho, 2012, p. 360.

⁵⁸⁴ Ataliba, 1992, p. 22. O autor (1992, p. 29) declara que “as normas tributárias, portanto, atribuem dinheiro ao estado e ordenam comportamentos – dos agentes públicos, de contribuintes e de terceiros – tendentes a levar (em tempo oportuno, pela forma correta, segundo os critérios previamente estabelecidos e em quantia legalmente fixada) dinheiro dos particulares para os cofres públicos.”

atividades econômicas, o que faz da receita tributária (renda derivada) a principal fonte de arrecadação do poder público. Daí falar-se, como bem pontua Nogueira, em Estado Tributário, diante da forte característica de renda derivada para a subsistência do Estado, que necessita auferir renda através de tributos impostos à sociedade com o intuito de subsistir frente às despesas oriundas das obrigações de manutenção e funcionamento do Estado⁵⁸⁵.

E a evolução da concepção de Estado no tempo impôs limites a esse poder estatal em impor tributos, a exemplo da necessidade de observância da capacidade tributária dos governados, da proibição ao confisco e à bitributação, entre outros princípios que evoluíram ao longo do processo civilizatório, objetivando tolher o Estado de práticas autoritárias, consistentes em impor tributos em desacordo com os valores assegurados pela sociedade e além das necessidades do Poder Público ou da própria capacidade ao pagamento de exações tributárias.

Murphy e Nagel defendem que o sistema tributário, tal qual concebido nas economias capitalistas, não pode ser visto tão somente instrumento de arrecadação de recursos para manutenção do Estado, na medida em que “são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva.”⁵⁸⁶. Traçam os autores um corte entre a justiça tributária e a justiça social, questionando os critérios em torno daquilo que possa ser considerado uma política tributária justa e exequível⁵⁸⁷.

No Brasil, desde o início do processo de colonização sempre fora marcante a desproporção entre os tributos impostos à sociedade e as necessárias receitas para fazer frente às atividades intrinsecamente

⁵⁸⁵ Nogueira, 1975, p. 11. Conclui o autor: “(...) é certo que as receitas públicas podem se compor de rendas não tributárias, também chamadas de rendas **originárias**, decorrentes de atividades econômico-privadas do Estado, de empréstimos, etc., mas as rendas públicas, no Estado atual, são substancialmente as rendas **derivadas** do patrimônio dos contribuintes, chamadas **rendas tributárias**. Por isso mesmo é que, atualmente, se fala até em **Estado Tributário**, porque na atividade financeira do Estado predomina o fenômeno da tributação.” (grifos no original)

⁵⁸⁶ Murphy; Nagel, 2005, p. 5.

⁵⁸⁷ É o pensamento dos autores: “No decorrer deste livro, quisemos passar sobretudo a mensagem de que o valor que orienta a política fiscal não pode ser a justiça tributária, mas sim a justiça social, e de que os direitos de propriedade são convencionais: em grande medida, são o produto de políticas tributárias que têm de ser avaliadas por critérios de justiça social; por isso mesmo, não podem ser usados para determinar quais impostos são justos e quais não são.” (Murphy; Nagel, 2005, p. 238)

correlatas ao Estado. Tradicionalmente, arrecada-se muito e gasta-se mal, sem que Estado oferte com qualidade e eficiência os serviços essenciais, custeados pela arrecadação tributária. Dito com outras palavras, o volume de receitas advindas da arrecadação tributária no país sempre fora incompatível com a atuação do Poder Público (em todos os seus níveis e Poderes) em prol do cidadão, cenário infelizmente presente no seio do Estado brasileiro desde seu descobrimento.

Deveras, o Estado brasileiro, se comparado com outros Estados desenvolvidos, atualmente apresenta carga tributária levemente inferior à praticadas nestes países. Comparativamente aos países da América Latina e do Caribe, o Brasil possui elevada carga tributária⁵⁸⁸. Ocorre que a carga tributária brasileira, apesar de mostrar-se próxima àquela dos países desenvolvidos, não é circundada pela oferta de serviços públicos compatíveis com o volume das receitas auferidas pelo Estado, isto é, a arrecadação tributária no Brasil não é compatível com a amplitude e qualidade dos serviços públicos prestados pelo Poder Público aos seus cidadãos, de modo que o sistema tributário brasileiro é injusto, pela existência de desproporcionalidade entre as receitas tributárias auferidas e os serviços ofertados à sociedade. Por essa razão, oportuna a advertência de Machado no sentido de que a qualidade dos serviços públicos é um dos critérios de avaliação para determinar se o sistema tributário é justo⁵⁸⁹.

Além do mais, a ineficiência na oferta de serviços públicos é um dos motivos da resistência de algumas sociedades ao pagamento de tributos, como é o caso brasileiro, na medida em que não se identifica contraprestação estatal equivalente ao dever de pagar tributos. Como bem acentuam Balthazar e Alves, “percebe-se que não existe uma efetiva contraprestação dos tributos pagos, sem retorno social.”⁵⁹⁰. Em suma, a

⁵⁸⁸ Conforme dados da OCDE referentes ao exercício de 2014, a carga tributária no Brasil alcançou 33,4% do PIB, quando a média dos países da OCDE foi de 34,4% e dos países da América Latina e do Caribe foi de apenas 21,7%. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/america-latina-e-o-caribe-a-receita-tributaria-tem-ligeiro-crescimento-mas-permanece-bem-abaixo-dos-niveis-da-ocde.htm>>. Acessado em 3/2/2018.

⁵⁸⁹ Machado, 2012, p. 47.

⁵⁹⁰ Os autores (2004, p. 182-183) asseveram: “A partir da análise da história dos tributos no Brasil, podemos constatar que, o que antes era destinado a cobrir os gastos excessivos destinados a sustentar a Coroa, hoje o são para alimentar uma máquina pública inchada, não transparente, alimentadora de uma burocracia ultrapassada e não profissional, de regra ainda chefiada por uma classe política despreocupada com o contexto social e indiferente aos anseios da população. De certa forma, voltamos aos mesmos argumentos que fundamentaram a reforma de 1965 e a de 1988. Percebe-se que não existe uma efetiva contraprestação dos tributos pagos, sem retorno social. O

injustiça tributária agrava o problema da sonegação fiscal e da informalidade, na medida em que a cobrança do tributo não é acompanhada da eficiente atuação do Estado. Graves deficiências na oferta de saúde, educação e segurança pública (áreas de interesse primário da sociedade) acabam por desestimular o pagamento das exações tributárias, pela sensação de que seu adimplemento não corresponde à uma adequada contraprestação estatal.

De outra banda, o sistema tributário, além de justo, há de ser simples e seguro. Também é fator de resistência ao pagamento de tributos a complexidade e excessiva burocracia na apuração e recolhimento da exação tributária, o que impacta na arrecadação de tributos e enseja, por vezes, a elevação da carga tributária, num círculo vicioso. Por esse motivo, a relevância no Brasil da implementação de medidas como o Simples Nacional⁵⁹¹ e o Simples Doméstico⁵⁹², que unificam tributos e facilitam sua apuração e recolhimento.

A eficácia do sistema tributário não depende tão somente da qualidade normativa e da sua simplificação (otimização), haja vista estar atrelado também ao “trabalho lento de conscientização das pessoas, capaz de fazê-las acreditar que obedecer às leis é o melhor caminho para a harmonia social”⁵⁹³. Assim, a sonegação fiscal e qualquer outra burla ao dever de pagar tributos, em síntese, impõem grave prejuízo a toda a sociedade, a merecer a adoção de políticas públicas para sua mitigação.

Assim, a adequação do sistema tributário está atrelado para além da correta distribuição da carga tributária na sociedade, posto dependente do seu efetivo funcionamento, isto é, do efetivo adimplemento das exações tributárias (obrigação principal e acessória), da percepção da sua relevância pela sociedade através da eficiente prestação de serviços públicos pelo Estado e da racionalidade das questões burocráticas inerentes às exações tributárias.

Apesar da subsistência do Estado ser o ponto de partida do surgimento da exação tributária (portanto, com natureza fiscal), outros objetivos podem estar inseridos como fundamento à instituição de

aparente descaso público com a boa aplicação dos recursos continua presente, herança do período colonial, empírico, pesado e amador. Destarte, os cidadãos igualmente persistem com o antigo sentimento de que pagar tributos é atitude vã e ineficaz.”

⁵⁹¹ Art. 12 e seguintes da Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

⁵⁹² Art. 31 e seguintes da Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.

⁵⁹³ Machado 2012, p. 46.

determinado tributo. Em função disso, a relevância da classificação dos tributos quanto a sua natureza fiscal ou extrafiscal⁵⁹⁴.

Os tributos com natureza *fiscal* seriam aqueles que objetivam arrecadar dinheiro para a manutenção do Estado e cumprimento das suas obrigações, isto é, a finalidade da lei é a arrecadação aos cofres públicos. Por sua vez, o tributo de natureza *extrafiscal* tem por fim incentivar ou desestimular determinadas atividades ou comportamentos, por razões de ordem econômica, social, de saúde pública ou qualquer outra atrelada à alocação de políticas públicas (intervenção do Estado no meio social e na economia⁵⁹⁵). É o caso, no contexto brasileiro, do imposto de importação, que tem como maior intenção estabelecer mecanismos de controle da entrada de mercadorias estrangeiras no país, conforme os interesses da sociedade (preservação da indústria nacional, carência de insumos no mercado interno, retaliação de mercados concorrentes etc.). Muitos dos tributos acumulam viés fiscal e extrafiscal, a exemplo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, que além de manter evidente intuito arrecadatório, muito comumente é utilizado como instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica (por exemplo, para inibir consumo de cigarros e bebidas alcólicas).

Becker aduz que o finalismo extrafiscal do tributo tende a estar cada vez mais presente, a afastar aquela concepção antiga de mera fiscalidade dos tributos instituídos pelo Estado. Trata-se, nas palavras de Becker, da “metamorfose jurídica dos tributos”, de modo que “nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal”, posto que ambos coexistirão na instituição dos tributos, com a prevalência de uma ou outra finalidade, a depender das necessidades para manutenção do “*equilíbrio econômico-social do orçamento cíclico*”⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Não raramente tal classificação mostra-se com nomenclatura diversa na doutrina nacional, como é o caso de Amaro (2005, p. 89), que classifica os tributos por sua finalidade arrecadatória (ou fiscal) ou finalidade regulatória (ou extrafiscal).

⁵⁹⁵ Na mesma linha, Becker (2002, p. 587-588) reitera que “a principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedades sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada. Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo”.

⁵⁹⁶ Becker, 2002, p. 597.

Por fim, a criação de tributos pode dar-se para fins de subsidiar a manutenção de entidades que não pertencem ao poder público, mas que desempenham funções delegadas ou de grande relevância para o Estado, a exemplo das entidades sindicais e de controle e fiscalização profissional⁵⁹⁷. Nesses casos, a doutrina classifica o tributo como de natureza *parafiscal*, pois destinado a subsidiar entidades que não compõem o Estado (administração pública direta e indireta). Interessante notar que nesses casos a cobrança se dá diretamente por tais entidades beneficiadas pelas contribuições especiais, apesar de não pertencerem ao poder público. Trata-se de situação *sui generis* e lastreada na Constituição Federal (art. 149 da CF), disciplinada pelo art. 7º do Código Tributário Nacional⁵⁹⁸.

4.1.2 O Sistema Constitucional Tributário

O que define um sistema é a existência de um conjunto de elementos relacionados entre si e unidos em torno de uma referência determinada. Como leciona Carvalho, um determinado sistema pode ser compreendido “como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum”⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou por diversas oportunidades sobre a natureza tributária das referidas contribuições parafiscais, conforme os seguintes precedentes: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 907.065 AgR/DF, relator Ministro Edson Fachin, Julgamento em 10/11/2015; Agravo em Recurso Extraordinário nº 649.175/PR, relator Ministro Luiz Fux, Julgamento em 31/8/2012; Recurso Extraordinário nº 496.456 AgR/RS, relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 30/6/2009.

⁵⁹⁸ Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

⁵⁹⁹ Carvalho, 2004, p. 43. Valendo-se das lições de Marcelo Caetano e Hans Kelsen, conclui o autor, em relação ao sistema jurídico (2004, p. 49): “Como sistema nomoempírico teórico que é, a Ciência do Direito tem de ter uma hipótese-limite, sobre a qual possa construir suas estruturas. Do mesmo modo que as outras ciências, vê-se o estudioso do direito na contingência de fixar um axioma que sirva de último

Não se olvida que o ordenamento jurídico é um sistema, centrado nos pilares da unidade, coerência e completude⁶⁰⁰. Assim, cada Estado é dotado de um sistema jurídico, que tem na Constituição o ápice da base normativa posta (positivada), pressuposta pela norma fundamental que dá validade e guarida ao sistema jurídico⁶⁰¹.

No caso, pode-se falar na existência de um sistema constitucional tributário, caracterizado como um microsistema jurídico, voltado a disciplinar o poder de tributar do Estado ante os demais princípios e regras dispostas na Constituição.

É o que ocorre no país com a Constituição Federal, que reservou Capítulo próprio para disciplinar o poder de tributar (Capítulo I – *Do Sistema Tributário Nacional*, inserido no Título VI – *Da Tributação e do Orçamento*). Aqui, vê-se claramente a relevância dada ao tema pelo constituinte originário, ao impor um conjunto de princípios e regras que deverão nortear todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, desde já estabelecendo as relações de competência tributária entre os entes da Federação e a respectiva repartição da sua arrecadação, os tributos passíveis de criação pelo legislador, as limitações ao poder de tributar, as imunidades tributárias, entre outras matérias que balizam toda a relação tributária.

O sistema constitucional tributário previsto na Constituição Federal, portanto, iluminará todo o regime tributário nacional, impondo

ponto de apoio para o desenvolvimento do seu discurso descritivo, evitando, assim, o *regressus ad infinitum*. A descoberta da norma fundamental, por Hans Kelsen, é o postulado capaz de dar sustentação à Ciência do Direito, demarcando-lhe o campo especulativo e atribuindo unidade ao objeto de investigação. A norma hipotética fundamental, entretanto, não se prova nem se explica. É uma proposição axiomática, que se toma sem discussão de sua origem genética, para que seja possível edificar o conhecimento científico de determinado direito positivo. Ela dá legitimidade à Constituição, não cabendo cogitações de fatos que a antecedam. Com ela se inicia o processo derivativo e nela se esgota o procedimento de fundamentação. É fruto de um artifício do pensamento humano, e a Filosofia do Direito a tem como pressuposto gnosiológico do conhecimento jurídico-científico”.

⁶⁰⁰ Bobbio (1999, p. 71-114) tinha nesses três elementos (unidade, coerência e completude) a sustentação do ordenamento jurídico como sistema.

⁶⁰¹ É a visão de Kelsen (1999, p. 21-22) ao desenvolver sua teoria do Direito como sistema de normas: “Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma norma é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem”.

que a criação, cobrança e arrecadação dos tributos (e de todos os seus atos afins) esteja em manifesta harmonia com as normas gerais ali previstas, sob pena de nulidade do ato ou lei que a contrarie.

4.1.3 A competência tributária na Constituição Federal

A Constituição Federal estabelece o regime de competências dos entes da Federação na instituição de tributos. Além de impor limites ao poder de tributar, o sistema constitucional tributário deixou clara a competência da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na criação e cobrança de tributos, sempre mediante lei, proporcionando segurança jurídica e clareza na definição das atribuições no âmbito da Federação⁶⁰². Nas palavras de Carrazza, a Constituição pode ser compreendida no campo tributário como uma *Carta das Competências*⁶⁰³.

A previsão constitucional de instituição de tributos em favor dos entes da Federação não os obriga a assim proceder, isto é, criar e exigir todas as exações tributárias elencadas pela Constituição. Trata-se de *faculdade* de cada ente da Federação, em consonância com sua autonomia e autogovernabilidade⁶⁰⁴. É o caso, por exemplo, do imposto sobre

⁶⁰² E a Constituição Federal é clara na competência tributária de cada ente da Federação. À União, compete instituir os impostos discriminados nos arts. 153 e 154 da Constituição, quais sejam: (i) importação de produtos estrangeiros; (ii) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; (iii) renda e proventos de qualquer natureza; (iv) produtos industrializados; (v) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (vi) propriedade territorial rural e grandes fortunas; (vii) extraordinário de guerra; e (viii) outros não previstos na Constituição, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios de outros impostos. Aos Estados são devidos os impostos sobre (i) herança e doações; (ii) operações relativas à circulação de mercadorias e (iii) a propriedade de veículos automotores (art. 155 da CF). Já os Municípios têm competência constitucional para instituir impostos sobre (i) propriedade predial e territorial urbana, (ii) transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição e (iii) serviços de qualquer natureza. Por sua vez, o Distrito Federal acumula as competências estadual e municipal para instituição de impostos. Com relação à taxa e às contribuições (de melhoria e as especiais), cada ente da Federação possui competência para sua instituição, desde que correlata à sua esfera de atuação. É o caso, por exemplo, da taxa pela emissão de passaporte, que somente poderá ser instituída pela União por competir a esta referida atividade administrativa.

⁶⁰³ Carrazza, 2008, p. 490.

⁶⁰⁴ Amaro, 2005, p. 99.

grandes fortunas, previsto no art. 153, VII da Constituição e, até hoje, não criado pela União.

O exercício da competência tributária não se perde, nem caduca no tempo. Também não pode um ente da Federação valer-se da competência de outro ente diante de eventual omissão no exercício da competência tributária deste. Isso porque a competência tributária é *privativa*, ou melhor, *exclusiva* de cada ente da Federação. Assim, mostra-se equivocada a menção à existência de tributos de competência *comum* como as taxas e contribuição de melhoria, visto que, mesmo nessas espécies tributárias, a competência não se compartilha ou confunde, dado que jamais os entes da Federação criarão as *mesmas* taxas ou contribuições, pois o fato gerador estará sempre ligado a alguma atividade (no caso das taxas) ou obra pública (no caso da contribuição de melhoria). Em outras palavras, a competência tributária é correlacionada à *competência administrativa* de cada ente da Federação, adstrito ao âmbito do seu território, inexistindo sobreposição ou compartilhamento da competência tributária.

Nesse sentido, não há que se falar em tributos de competência comum, o que por certo levaria à bitributação (incidência múltipla de tributo decorrente de um só fato gerador). A simples alusão à possibilidade da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios instituírem taxas e contribuições de melhoria não é critério apto a tal diferenciação, posto que todos eles também detêm competência para a criação de impostos. Tanto lá (taxas e contribuições), quanto cá (impostos), nenhum tributo é idêntico em seus elementos de composição, ao menos no que tange ao sujeito ativo da exação e à territorialidade do fato gerador. Portanto, preciso o entendimento de Carrazza quando refuta tal classificação (tributos de competência comum)⁶⁰⁵.

Da mesma forma, a competência tributária não é delegável ou renunciável. Tal situação não obsta que qualquer ente da Federação competente para a instituição de determinado tributo delegue parcela das suas atribuições, concernente à responsabilidade pela cobrança e arrecadação do tributo, como autorizado pelo art. 7º do Código Tributário Nacional.

Trata-se, no caso, da *capacidade tributária ativa* que determinadas pessoas jurídicas (públicas ou privadas) gozam para arrecadar e fiscalizar tributos, decorrente da transferência, por lei, de parcela de competência

⁶⁰⁵ Carrazza, 2008, p. 637-638. O autor (2008, p. 506) elenca as seguintes características da competência tributária: *privatividade, indelegabilidade, inaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade do exercício*.

tributária por parte de ente da Federação⁶⁰⁶. Assim, não se confunde *competência tributária* (limitada às pessoas políticas e consubstanciada na possibilidade de instituir tributo) com *capacidade tributária ativa* (atribuída por delegação legal e adstrita às funções de arrecadar e fiscalizar). Nesse caso, a competência para a instituição (criação e regulamentação) do tributo é sempre do ente para o qual a Constituição estabeleceu tal incumbência, nesse ponto indelegável.

Assim, vê-se que somente as *pessoas políticas* detêm competência tributária, mesmo nos casos dos tributos parafiscais, porque a legalidade tributária somente satisfaz-se mediante aprovação de lei pela Casa Legislativa, sendo certo, portanto, que a lei pode até delegar a responsabilidade pela cobrança e arrecadação a outra pessoa jurídica (de direito público ou privado). Mesmo nessa situação, a competência tributária restará inserida no âmbito de algum ente da Federação, nos termos da Constituição Federal.

O regime de competência tributária não se confunde com o regime de partilha das receitas tributárias (arts. 157 a 162 da CF), matérias de disciplina jurídica diversa. Enquanto a competência tributária diz respeito à atribuição (poder) de instituir tributos, a repartição das receitas tributárias é tema afeto ao Federalismo, como já abordado no Capítulo 2, e objetiva a adequada divisão das receitas tributárias entre os entes da Federação, na busca do equilíbrio federativo.

Desta forma, o ente da Federação detém autonomia para a criação dos tributos autorizados pela Constituição. Mas, uma vez criados, a partilha das receitas auferidas deverá seguir as regras estabelecidas pela Constituição Federal, de modo que inexistente, em relação a alguns tributos, autonomia do ente competente sobre a integralidade das receitas arrecadadas com a imposição fiscal, posto ser dever compartilhá-las nos termos da Constituição. Os municípios e o Distrito Federal são os únicos entes da Federação que não partilham suas receitas tributárias.

⁶⁰⁶ Precisas as considerações de Carrazza (2002, p. 569) sobre a matéria: “Conforme já afirmamos, os tributos quase sempre são arrecadados pela pessoa política que os instituiu. Como, porém, a *capacidade tributária ativa* é delegável por lei, nada obsta a que uma pessoa diversa daquela que criou a exação venha, afinal, a arrecadá-la; para tanto, basta fundamentalmente, que a pessoa beneficiada persiga finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por exigência do *princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação*”.

4.1.4 Capacidade tributária ativa como desmembramento da competência tributária

Como já ressaltado, a competência tributária é intransferível, indelegável, irrenunciável e facultativa, não se perdendo com o tempo caso não exercido, a exemplo do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, inciso VII, da CF), nunca instituído no Brasil. Trata ela da possibilidade de instituição e regulamentação de determinado tributo, previsto no texto constitucional. Nas palavras de Carvalho, “O estudo da competência tributária é um momento anterior à existência mesma do tributo, situando-se no plano constitucional”⁶⁰⁷.

A capacidade tributária ativa, por outro lado, consubstanciada no exercício das funções administrativas de arrecadação e fiscalização dos tributos (poder de exigi-lo efetivamente), é passível de delegação a outras pessoas jurídicas, diversas do ente político, o qual permanece com a competência tributária (poder de instituir e regulamentar determinado tributo)⁶⁰⁸. A capacidade diz respeito à relação jurídico-tributária instituída pela pessoa política competente, notadamente a oposição entre sujeito ativo (capacidade tributária ativa) e passivo (capacidade tributária passiva)⁶⁰⁹. Conforme a atual interpretação dada aos arts. 7º e 119 do Código Tributário Nacional, é plenamente possível a instituição de certo tributo com a previsão legal de que o sujeito ativo da prestação a ser cumprida pelo devedor seja a própria pessoa política ou outrem, não havendo obstáculo à delegação da capacidade tributária ativa. O sujeito ativo é, nesse contexto, identificado por meio do “(...) liame jurídico em que a obrigação [tributária] se traduz”⁶¹⁰; é o titular do polo credor, em oposição ao devedor⁶¹¹.

Importante destacar, entretanto, que a redação do art. 119 do Código Tributário Nacional, que afirma ser sujeito ativo da obrigação tributária a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento, é insuficiente e atécnica, inobstante a atual interpretação dada ao artigo se coadunar com os ditames constitucionais.

⁶⁰⁷ Carvalho, 2010, p. 268.

⁶⁰⁸ “I – Embora a competência tributária – aptidão para criar o tributo – seja indelegável, a capacidade tributária ativa – aptidão para arrecadar o tributo – é delegável por lei (lei, é claro, da própria pessoa política competente)”. (Carrazza, 2012, p. 259).

⁶⁰⁹ Coêlho, 2012, p. 595.

⁶¹⁰ Amaro, 2005, p. 293.

⁶¹¹ “Sujeito ativo é o credor da obrigação tributária. É a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo. Só a lei pode designar o sujeito ativo”. (Ataliba, 1993, p. 75).

Isso se deve, essencialmente, por dois motivos, como ensina Coêlho: i) o texto legal encerra a capacidade tributária ativa exclusivamente nas pessoas jurídicas de Direito Público; e ii) o legislador utilizou a expressão “competência” em vez de “capacidade tributária ativa”, confundindo os termos⁶¹².

Com relação à primeira errônea, tem-se sua inadequação ante as normas constitucionais, sobretudo por conta do fenômeno da parafiscalidade⁶¹³. Isso porque o titular da competência para exigir o cumprimento de uma obrigação tributária, o sujeito ativo (o credor), não necessariamente é a pessoa política que instituiu o tributo, podendo o ser, por exemplo, uma outra pessoa jurídica de Direito Público, como os conselhos de fiscalização profissional⁶¹⁴ (com exceção da Ordem dos Advogados do Brasil, que possui natureza *sui generis*⁶¹⁵) e as agências reguladoras.

Além disso, o Sistema Tributário Nacional também permite a delegação da capacidade ativa a pessoas jurídicas de direito privado, desde que constituídas com finalidade pública. Nesse sentido, interessante resgatar, inclusive, o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (referendado pelo Supremo Tribunal Federal, por

⁶¹² Coêlho, 2012, p. 596.

⁶¹³ “(...) é a delegação da capacidade tributária ativa (direito de cobrar o tributo) que a pessoa política, por meio de lei, faz a terceira pessoa (de direito público ou se de direito privado, perseguidora de finalidades públicas), a qual, por vontade desta mesma lei, passa a dispor do produto arrecadado”. (Carrazza, 2012, p. 260-261).

⁶¹⁴ Acerca da delegação da competência tributária da pessoa política aos conselhos de fiscalização profissional (com exceção da OAB), consubstanciada na fixação ou majoração do valor das contribuições, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, consolidado no Tema 540: “É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”.

⁶¹⁵ “(...) 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’ para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas ‘agências’. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária”. (STF, Plenário, ADI nº 3026/DF, rel. Ministro Eros Grau. DJE, 29/09/2006).

diversas vezes)⁶¹⁶⁻⁶¹⁷ acerca da possibilidade de pessoa jurídica de direito privado exigir o cumprimento de obrigação tributária, mais precisamente no tocante à capacidade tributária ativa da Confederação Nacional da Agricultura (notadamente pessoa jurídica de direito privado) em cobrar a contribuição sindical rural. Muito embora a recente reforma na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Lei nº 13.467/2017) tenha extinguido a compulsoriedade da contribuição, fato é que anteriormente à alteração legislativa a contribuição possuía natureza de tributo, exigido por pessoa jurídica de direito privado. Em igual norte, tem-se o dever de remuneração aos titulares dos Serviços de Registros Públicos e Notariais, meras pessoas naturais, por meio de taxas⁶¹⁸.

A mera análise do texto legal (art. 119 do CTN), portanto, além de se opor ao sistema constitucional, geraria situação de conflito com a realidade fática, na qual há efetivamente a delegação da capacidade ativa a outras pessoas jurídicas, não apenas de direito público. Como aduz Coêlho, “A realidade briga com a norma, em desfavor desta última”⁶¹⁹.

Quanto ao segundo argumento levantado, referente à atecnia do legislador ao utilizar a expressão “competência” em vez de “capacidade tributária ativa”, é clara a imprecisão. Isso porque, consoante já anotado, a competência tributária é exclusiva do ente político, indelegável, correspondente à atribuição constitucional para instituir determinado tributo, não se confundindo com a capacidade tributária ativa. Esta última diz respeito, como visto, ao sujeito ativo, sua capacidade de figurar no polo ativo da relação tributária, de exigir o cumprimento da obrigação. A adequação do dispositivo do Código Tributário Nacional, portanto, reside na interpretação de que o termo “competência” fora utilizado em seu

⁶¹⁶ Súmula nº 396 do Superior Tribunal de Justiça: “A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade ativa para a cobrança da contribuição sindical rural.”

⁶¹⁷ Conforme ementa de julgado do STF: “CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. DECRETO-LEI 1.166/197. NATUREZA TRIBUTÁRIA. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. PRECEDENTES. 1. Legitimidade da Contribuição Sindical Rural, instituída pelo Decreto-Lei 1.166/1971, porquanto recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. 2. Natureza tributária, dá a exigibilidade de todos os integrantes da categoria, independentemente de filiação à entidade sindical. 3. Agravo regimental improvido.” (STF, Segunda Turma, AgR-RE nº 565.365/SP. Relª. Ministra Ellen Gracie, DJe, 24/02/2011).

⁶¹⁸ “O sujeito ativo, que dissemos ser o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária, no direito tributário brasileiro pode ser uma pessoa jurídica pública ou privada, mas não visualizamos óbices que impeçam venha a ser pessoa física”. (Carvalho, 2010, p. 364).

⁶¹⁹ Coêlho, 2012, p. 596.

sentido amplo, abarcando o conceito de capacidade tributária ativa, expressão que deveria efetivamente constar no dispositivo legal.

Além da posição de Coêlho, o texto do art. 119 estaria, para Amaro, “perdido no tema”⁶²⁰. A alegação decorre do fato de que, segundo o autor, poder-se-ia entender, em decorrência de uma análise apressada, que a capacidade tributária ativa (tendo o legislador se utilizado da expressão “competência tributária”) estaria restrita às pessoas políticas, em contradição com a parte final do artigo e em total dissonância com a Constituição Federal. Assim, afirma o autor, com a finalidade de demonstrar a errônea do texto legal, que “(...) quem *exige o cumprimento da obrigação é o credor*, que nem sempre é o ente político que instituiu o tributo”⁶²¹.

No sentido de crítica à disposição do art. 119 do Código Tributário Nacional, Carvalho afirma que referido texto legal seria letra morta no sistema jurídico brasileiro, eis que, se levado a sério, todas as construções relativas à parafiscalidade estariam eivadas de nulidade⁶²².

Portanto, inobstante as considerações necessárias com relação ao art. 119 do Código Tributário Nacional, é consolidado na doutrina e jurisprudência a possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa a outras pessoas jurídicas que não aquela instituidora do tributo (pessoa política), mesmo em se tratando de entes com personalidade de direito privado, o que é corroborado pela realidade fática, de longa data consolidada no país.

Assim, destaca-se que a capacidade tributária ativa não se confunde com a competência tributária, muito embora seja desdobramento dela⁶²³. A competência é relativa e exclusiva apenas aos entes federados, pessoas políticas, enquanto a capacidade tributária ativa

⁶²⁰ Amaro, 2005, p. 294.

⁶²¹ Amaro, 2005, p. 294.

⁶²² Carvalho, 2010, p. 365.

⁶²³ Machado (2013, p. 218-219) afasta qualquer dúvida em relação à diferença entre competência tributária e capacidade tributária ativa: “Não se confunde com a capacidade tributária ativa. Uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de um gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade; outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico de sujeito ativo. O estudo da competência tributária é um momento anterior à existência mesma do tributo, situando-se no plano constitucional. Já a capacidade tributária ativa, que tem como contranota a capacidade tributária passiva, é tema a ser considerado no ensejo do desempenho das competências, quando o legislador elege as pessoas componentes do vínculo abstrato, que se instala no instante em que acontece, no mundo físico, o fato previsto na hipótese normativa.”

pode ser delegada a outrem, pessoa jurídica de direito público ou privado, desde que com finalidade pública.

4.1.5 A legalidade tributária como principal limitação do Poder de Tributar

A Constituição Federal de 1988 institui um plexo normativo que baliza todo o sistema tributário nacional. Dentre as matérias ali tratadas, ganhou especial destaque os limites ao poder de tributar do Estado, previstos nos arts. 150 a 152 da Constituição e que elencam princípios e regras que restringem a atuação dos entes da Federação quando da criação e cobrança de tributos de sua competência.

Dentre as variadas limitações ao poder de tributar, a legalidade tributária é o princípio de maior densidade para o Direito Tributário, pois é a partir dele que o sistema normativo do tributo é concebido e orientado, balizado pelo dever dos parlamentos aprovarem as matérias inerentes à exação tributária.

A concepção da legalidade tributária não é recente. Sua origem é comumente ligada à Magna Carta de 1215 do rei João-sem-Terra que, por pressão dos barões, aceitou a limitação de cobrança de tributos mediante prévia aprovação dos súditos (*no taxation without representation*)⁶²⁴. Passou-se, assim, a vincular o poder tributário não mais ao arbítrio do soberano, mas às determinações estabelecidas pela lei, como vontade coletiva, ainda que restrita, à época, a uma limitada parcela da sociedade⁶²⁵.

Xavier aduz que o princípio da legalidade “surgiu ligado à ideia de que os impostos só podem ser criados através das Assembleias representativas”, numa concepção de “sacrifício coletivo consentido” e

⁶²⁴ Nesse sentido, discorrem Amaro (2005, p. 111) e Machado (2012, p. 197). Para aprofundamento do assunto, remete-se o leitor para a obra de Uckmar (1976, p. 9-20).

⁶²⁵ Ribeiro (2015, p. 386) dá os contornos do surgimento do princípio da legalidade: “O conceito de lei, como limitação do poder do príncipe pelos representantes do povo, surge juntamente com o Estado de Direito, no bojo da luta da burguesia contra o Absolutismo. Se em Rousseau a legalidade se vinculava à autonomia do cidadão e à vontade geral, visão que preponderou no início da Revolução Francesa, é o individualismo de Locke, com a liberdade pessoal e da propriedade, que acaba por predominar na França, a exemplo do que ocorrera na Inglaterra, desde o Bill of Rights, de 1689, na afirmação do Parlamento diante do Rei. Como se pode perceber com clareza, o objetivo do parlamentarismo burguês não era o de cooperar com o rei, a fim de que o Estado conformasse a sua vontade com a da sociedade, mas proteger a liberdade individual e a propriedade do poder do monarca.”.

“autotribuição”⁶²⁶. Nesse sentido, também é o pensamento de Machado, ao conceber o princípio da legalidade sob dois sentidos. O primeiro, ligado ao consentimento daqueles que pagam o tributo; e o segundo, de que o tributo deve ser cobrado nos termos das normas objetivamente postas, impondo segurança jurídica ao Estado e ao contribuinte⁶²⁷.

Portanto, o princípio da legalidade tributária parte desse prisma jurídico, no sentido de atrelar a imposição e cobrança de tributos aos desígnios estabelecidos pela lei (de natureza formal e material⁶²⁸), como modo de controle do Estado pela sociedade e preservação da segurança jurídica. Além disso, a atividade de arrecadação de tributos igualmente é essencial para a manutenção do próprio Estado, de maneira que também sob a ótica arrecadatória do poder público a pacificação social (aceitabilidade pelos cidadãos dos tributos exigidos) e a segurança jurídica são relevantes e necessárias para a garantia das receitas tributárias.

No Brasil, a legalidade tributária é exigência constante de todas as Constituições, desde 1824⁶²⁹. A Constituição de 1937 foi a única que não enunciou de forma explícita o preceito, apesar de estar contemplado indiretamente na limitação imposta ao poder do Presidente da República expedir decretos-lei para tal finalidade⁶³⁰. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, resguarda de maneira expressa o princípio da legalidade tributária no art. 150, I, ao estabelecer ser vedado à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios *exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*. A referida norma é garantia que baliza todo o sistema tributário brasileiro, também presente no art. 97 do Código Tributário Nacional.

⁶²⁶ Xavier, 1978, p. 7.

⁶²⁷ Machado, 2012, p. 197.

⁶²⁸ Amaro (2005, p. 116) dá os contornos sobre o tema: “Quando se fala de reserva de lei para a disciplina do tributo, está-se a reclamar lei material e lei formal. A legalidade tributária não se contenta com a simples existência de comando abstrato, geral e impessoal (lei material), com base em que sejam valorizados os fatos concretos. A segurança jurídica requer lei formal, ou seja, exige-se que aquele comando, além de abstrato, geral e impessoal (reserva de lei material), seja formulado por órgão titular de função legislativa (reserva de lei formal)”. Trata-se de posição consolidada na doutrina.

⁶²⁹ Balthazar, 2015, p. 312. Exemplificando, dispunha a Constituição de 1824: Art. 171. Todas as contribuições directas, à excepção daquellas, que estiverem applicadas aos juros, e amortisação da Divida Publica, serão annualmente estabelecidas pela Assembléa Geral, mas continuarão, até que se publique a sua derogação, ou sejam substituidas por outras (texto original).

⁶³⁰ Machado, 2012, p. 203.

Assim, a instituição (criação) e majoração de tributo (em qualquer das suas espécies) são subordinadas à prévia existência de lei (*nullum tributum sine lege*), aprovada pelo parlamento do ente federativo com competência tributária para tal fim. Então, o tributo somente pode ser instituído e cobrado pelo ente da Federação que detenha legitimidade constitucional para tanto, mediante aprovação de lei na respectiva Casa Legislativa. E, como regra, a exigência é suprimida por lei *ordinária*. Somente para a instituição dos tributos previstos nos arts. 148, 153, VII, 154, I e 195, § 4º da Constituição Federal (empréstimo compulsório, impostos sobre grandes fortunas e impostos da competência residual da União) é exigida *lei complementar*.

Como consequência da legalidade tributária, a lei que cria determinado tributo deverá dispor dos seus elementos constitutivos, a exemplo da hipótese de incidência, base de cálculo, sujeitos ativo e passivo, alíquotas, enfim, *as matérias essenciais para a definição do fato gerador, dos responsáveis pela cobrança e pagamento e da valoração da obrigação tributária principal*⁶³¹. Dessa maneira, os regulamentos e demais atos normativos infralegais tão somente poderão estabelecer regras que decorram dos preceitos estabelecidos em lei, a exemplo do tempo e modo de pagamento do tributo, sempre, repita-se, adstrito ao previsto na legislação posta.

Tal ponto é de fundamental relevância para a exata compreensão da legalidade tributária. Não basta que a lei crie o tributo, de modo genérico e sem especificar os elementos centrais para sua incidência e valoração, muito menos pode a lei delegar para a administração pública tal responsabilidade. Trata-se de matéria que deve, obrigatoriamente, ser disciplinada pelo legislador, e não pelo Poder Executivo. Assim sendo, a “legalidade tributária não se conforma com a mera autorização de lei para a cobrança de tributos”, pois, como apresenta Amaro, é necessário que a própria lei defina “todos os aspectos pertinentes ao fato gerador,

⁶³¹ Machado (2012, p. 209) resume adequadamente a posição majoritária da doutrina nesse sentido: “O princípio da legalidade – repita-se – exige que todos os elementos necessários à determinação da relação jurídica tributária – ou, mais exatamente, todos os elementos da obrigação tributária principal – residam na lei. Neste mesmo sentido é a lição dos mais autorizados tributaristas brasileiros, entre os quais podem ser citados: Amílcar de Araújo Falcão Aliomar Baleeiro, Ruy Barbosa Nogueira, Geraldo Ataliba, Paulo de Carvalho, Ives Gandra da Silva Martins, Bernardo Ribeiro de Moraes, Fábio Fanucchi, Aires Fernandinho Barreto, Dejalma de Campos e Yone Dolácio de Oliveira”.

necessários à quantificação do tributo devido em cada situação concreta⁶³².

O tema, entretanto, não é simples e guarda incansáveis discussões, sendo reconhecido, por vezes, possível a flexibilização do princípio da legalidade estrita diante de situações especiais, a exemplo do que ocorre com as contribuições no interesse de categoriais profissionais e econômicas. Essa é a posição defendida por Torres, que vê a necessidade de superação da legalidade fechada e irrestrita no campo tributário, incompatível com a realidade do Estado contemporâneo, em especial no que toca às contribuições especiais, para as quais é necessária “uma faixa de indeterminação e de complementação administrativa dos seus elementos configuradores, dificilmente apreendidos pela legalidade fechada”⁶³³.

Deveras, ao longo do tempo percebeu-se que o primado da reserva legal, por si só, não é o suficiente para a proteção do cidadão, em especial porque o processo democrático acabou por legitimar também a figura do Chefe do Poder Executivo, como bem ressaltado por Casalta Nabais, para quem a lei não mais está acima de qualquer suspeita, posto que por vezes a mesma acaba por violar o direito e o interesse da sociedade, assim como a legitimidade democrática do Poder Executivo acaba por permitir que este Poder também detenha condições de assegurar a primazia do Direito justo⁶³⁴.

Nesse sentido, no atual Estado de Direito a lei não é mais a única fonte do Direito, como bem adverte Ribeiro, “pois a Administração passa a se vincular a um bloco de legalidade, na expressão de Hauriou, a englobar a Constituição, as leis, o regulamento, os princípios gerais e os costumes.”⁶³⁵. Daí a afirmação convicta do autor no sentido de que a lei deixou de ser o único fundamento do agir administrativo, posto existir um espaço de autonomia administrativa garantido pela Constituição Federal.

Da mesma forma, Torres defende que o *subprincípio da reserva da lei* (decorrente do princípio da legalidade tributária, na visão do autor) não é absoluto e tem guardado certa flexibilidade na Itália, Alemanha, Argentina e Uruguai. Para Torres, o uso de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados pelo Direito Tributário exige que não haja “na lei formal

⁶³² Amaro, 2005, p. 112.

⁶³³ Torres, 2012, p. 333-334.

⁶³⁴ Casalta Nabais, 2009, p. 339/340.

⁶³⁵ Lodi Ribeiro, 2015, p. 391.

o fechamento total dos seus conceitos e dos seus tipos e necessita da complementação pelo poder regulamentar da Administração⁶³⁶.

O Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar em caso com repercussão geral envolvendo a legalidade das contribuições especiais destinadas aos conselhos profissionais (o caso envolvia o Conselho Regional de Enfermagem do Paraná - Tema 540 do STF), se posicionou pela flexibilização do princípio da legalidade estrita e da tipicidade fechada, sendo elucidativa a seguinte passagem do voto prolatado pelo Ministro Dias Toffoli, acatado por unanimidade dos Ministros presentes:

Dessa perspectiva, é possível dizer que há respeito ao princípio da legalidade quando uma lei disciplina os elementos essenciais e determinantes para o reconhecimento de um tributo como tal e deixa um espaço de complementação para o regulamento. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade. Essas exigências devem ser verificadas à luz de cada caso concreto, de acordo com a natureza do tributo, uma vez que o princípio da legalidade não atinge de maneira uniforme todos os elementos da regra matriz de incidência tributária.⁶³⁷

Vê-se, assim, que o tema da legalidade tributária permeia todo o sistema constitucional tributário, com variações ao longo do tempo e, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, adstrito a “cada caso concreto, de acordo com a natureza do tributo”. Importa destacar que a decisão citada do Supremo Tribunal Federal não afasta o princípio da legalidade tributária, ao contrário, o prestigia, mas sob um olhar não mais demasiadamente *fechado* e *estrito*, permitindo que a lei que institua o

⁶³⁶ Torres, 2004, p. 200. Tal situação, de alargamento da concepção de legalidade tributária apta a permitir aos regulamentos a complementariedade da matéria tributária, é também presente na espécie tributária da taxa, como enaltece o autor (2004, p. 203): “As taxas passam a apresentar larga faixa de indeterminação. Principalmente as vinculadas ao exercício do poder de polícia, de difícil definição na sociedade contemporânea, carecem de complementação pelas definições administrativistas dos serviços em que se apoiam”.

⁶³⁷ STF, Recurso Extraordinário n. 704.292/PR (Tema 540 em repercussão geral), Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016.

tributo possa deslocar para os regulamentos a disciplina de matérias complementares à incidência do tributo, em atenção à natureza do tributo criado por lei. Daí falar-se em *subordinação, desenvolvimento e complementariedade dos regulamentos*, para melhor aplicação da lei tributária.

Pela forte vinculação à lei e aos regulamentos, a atividade administrativa de cobrar tributos é *vinculada*, em outras palavras, sem margem de discricionariedade por parte do agente público, que deverá impor a exação tributária de acordo com os termos e moldes definidos pela legislação, abstendo-se da interpretação extensiva e analógica para tal fim⁶³⁸. Daí falar-se em *tipicidade tributária*, como desdobramento do princípio da legalidade tributária, justamente diante da necessidade de a lei estabelecer todos os elementos centrais à exação tributária, vinculando a administração pública em sua plenitude, sem que haja margem de decisão em relação à obrigatoriedade, ao responsável pelo pagamento e à valoração do tributo. A atividade de tributar é absolutamente vinculada à lei, sem prejuízo, repita-se, que os regulamentos exerçam papel de complementariedade, mas sempre nos limites estabelecidos pela lei⁶³⁹.

A legalidade tributária não se limita à criação e cobrança de tributos. Prevê a Constituição Federal (art. 150, § 6º) que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderão ser concedidos mediante lei específica, observada a competência de cada ente da Federação. O princípio da legalidade tributária, portanto, não se limita à instituição ou majoração de tributo. Também se irradia para outros campos da incidência tributária, primando pela segurança jurídica e pela própria estabilidade das receitas do Estado, que não podem ficar ao alvedrio da autoridade do Poder Executivo.

A Constituição Federal elenca outras limitações ao poder de tributar, menos relevantes que o princípio da legalidade tributária, é bem verdade, mas certamente importantes para a contenção do Estado na

⁶³⁸ Amaro, 2005, p. 113.

⁶³⁹ Como exceção ao princípio da legalidade tributária, a Constituição Federal autoriza a alteração das alíquotas de certos tributos por ato do Chefe do Poder Executivo, dentro das condições e limites impostos pela lei que institui o referido tributo. As exceções estão inseridas no art. 153, § 1º c/c 177, § 4º, I da Constituição, relativas aos tributos de (i) importação de produtos estrangeiros, (ii) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; (iii) produtos industrializados; (iv) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; e (v) contribuição de intervenção no domínio econômico.

instituição e cobrança de tributos. É o caso dos princípios da irretroatividade⁶⁴⁰ e anterioridade⁶⁴¹ da lei tributária, da igualdade tributária⁶⁴², da capacidade contributiva⁶⁴³, da vedação de instituição de tributo confiscatório⁶⁴⁴, não discriminação em razão da procedência ou destino dos bens e serviços⁶⁴⁵, da liberdade de tráfego⁶⁴⁶, da competência tributária⁶⁴⁷ e das imunidades tributárias⁶⁴⁸. São princípios que, em conjunto com a legalidade tributária, dão norte ao sistema constitucional tributário, e que devem ser observados, como regra, pelo poder público quando da instituição e exigibilidade da exação tributária⁶⁴⁹.

⁶⁴⁰ Art. 150, III – cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

⁶⁴¹ Art. 150, III, cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; e c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

⁶⁴² Art. 150, II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Outros dispositivos também acabam por abordar tal matéria, como desdobramento do princípio da igualdade tributária, a exemplo do previsto no art. 151, I, que assim dispõe: É vedado à União - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País;

⁶⁴³ Art. 145, § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁶⁴⁴ Art. 150, IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

⁶⁴⁵ Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

⁶⁴⁶ Art. 150, V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

⁶⁴⁷ Disposta em inúmeros artigos da Constituição Federal, em especial nos arts. 153, 155 e 156, que estabelecem os tributos de competência de cada ente da Federação.

⁶⁴⁸ As imunidades estão dispostas ao longo da Constituição, com especial ênfase no art. 150, VI (imunidade na instituição de impostos sobre templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos; livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, entre outras).

⁶⁴⁹ O estudo pormenorizado dos princípios inerentes à limitação ao poder de tributar é incompatível com a presente pesquisa, na qual se optou pelo recorte da matéria e

Embora a Constituição Federal não estabeleça hierarquia ou qualquer outro tipo de sobreposição normativa, não restam dúvidas do papel da legalidade tributária em torno do sistema constitucional tributário, certamente o princípio mais impactante entre todas as limitações ao poder de tributar. Nenhum dos demais princípios relativos aos limites do poder de tributar possui tamanha relevância para a sociedade, na medida em que limita a atuação do Executivo pelo Legislativo, impedindo a criação de tributos que contrariem as garantias e o interesse da sociedade. Ao limitar a instituição de qualquer tributo à existência de prévia lei, elaborada no âmbito de cada ente da Federação responsável pela exação tributária, a Constituição Federal albergou preceito de longa data já vigente no constitucionalismo brasileiro, que resguarda o direito da sociedade à autotributação (na expressão usada por Xavier) e fortalece o Estado Democrático de Direito.

Como apontamento final, tais limitações ao poder de tributar, de natureza cogente e vinculante a todos os entes da Federação⁶⁵⁰, também alcançam os sujeitos ativos tributários que não compõem a administração pública direta e indireta, a exemplo do que ocorre com as corporações que cobram e arrecadam as contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (fenômeno da parafiscalidade).

4.2 O CONCEITO JURÍDICO DE TRIBUTO

O conceito jurídico de tributo é nitidamente de cunho positivista, variando no tempo e no espaço, atrelado ao ordenamento jurídico-positivo vigente em cada Estado⁶⁵¹. Assim, adverte Ataliba que o conceito jurídico

pela análise do princípio da legalidade tributária, ainda assim de maneira sucinta e limitada. Para isso, remete-se o leitor às obras de Baleeiro (1977), Machado (2012, p. 191-308), Carrazza (2008, p. 238-386) e Coêlho (2012, p. 134-244), que abordam com exaustão as limitações ao poder de tributar.

⁶⁵⁰ Novamente ressalta-se não ser objeto do presente estudo a análise de todos os temas correlatos ao Direito Tributário, mas somente aqueles atrelados diretamente ao tema de pesquisa. Por isso a maior dedicação ao estudo do princípio da legalidade tributária, diante de ser ponto central da pesquisa quanto à (in)constitucionalidade da instituição de taxa no âmbito dos consórcios públicos no país. Todos os demais princípios não estão envolvidos diretamente na pesquisa, apesar de, evidentemente, vincularem a atividade estatal na criação e cobrança dos tributos.

⁶⁵¹ É a visão compartilhada por Ataliba (1992, p. 37): “O conceito de tributo é nitidamente um conceito jurídico-positivo. Há de ser formulado, hoje, de modo diverso, relativamente ao passado. Sofreu evolução. Pode modificar-se e até desaparecer. Aquele, aqui vigente, pode não ser extensível a todos os sistemas atuais.

de tributo “não pode se confundir com o conceito financeiro, ou econômico de outro objeto, de outros setores científicos, como é o tributo ontologicamente considerado”⁶⁵². Para cada área do conhecimento, o tributo apresentará concepções diversas, assim como cada Estado disporá de um sistema jurídico tributário próprio. Para fins do presente trabalho, portanto, o interesse limita-se ao conceito jurídico de tributo, sem prejuízo da sua concepção em outras áreas do conhecimento, a exemplo da história, economia e sociologia. Da mesma forma, o estudo centra-se no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a concepção de tributos em outros países foge do escopo da presente pesquisa.

A definição inserida pelo legislador no art. 3º do Código Tributário Nacional⁶⁵³, apesar das críticas em torno do texto⁶⁵⁴, permite a identificação dos elementos centrais que caracterizam o tributo. Trata-se de *obrigação*, de *ordem pecuniária*, nascida da vontade da lei (*ex lege*), que *não se confunde com sanção decorrente do cometimento de ato ilegal*, no qual o *sujeito ativo é em regra é uma pessoa pública* e o *sujeito passivo é uma pessoa posta nessa situação pela vontade da lei*. Esses são os elementos em torno do conceito jurídico de tributo e que são encontrados, sem maiores variantes, nos conceitos entabulados pela doutrina nacional⁶⁵⁵.

Sua compreensão é maior ou menor aqui e alhures. Como todo conceito jurídico-positivo, é mutável, por reforma constitucional”.

⁶⁵² Ataliba, 1992, p. 23.

⁶⁵³ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

⁶⁵⁴ Remete-se o leitor para os apontamentos feitos por Amaro (2005, p. 18-25), que compila as inúmeras críticas feitas pela doutrina em relação ao texto posto no art. 3º do Código Tributário Nacional, tanto quanto à falta de clareza e precisão semântica do texto, quanto à abrangência do que seja tributo.

⁶⁵⁵ É o caso, por exemplo, dos conceitos ofertados por Coêlho (2012, p. 362): “a essência jurídica do tributo é ser *prestação pecuniária compulsória em favor do estado ou de pessoa por este indicada (parafiscalidade), que não constitua sanção de ato ilícito (não seja multa), instituída em lei (não decorrente de contrato).*”; por Ataliba (1992, p. 32): “juridicamente define-se tributo como obrigação jurídica pecuniária, *ex lege*, que se não constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é uma pessoa pública (ou delegado por lei desta), e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os desígnios constitucionais (explícitos ou implícitos).”; e por Amaro (2005, p. 25): “tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público.”.

4.3 AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

São espécies de tributos os impostos, as taxas, as contribuições (de melhoria, sociais, de intervenção no domínio econômico, de interesse das categorias profissionais ou econômicas, para o custeio da iluminação pública e previdenciárias) e os empréstimos compulsórios⁶⁵⁶, conforme previsto nos arts. 145, III; 148, 149, 149-A da Constituição Federal. Por sua vez, o Código Tributário Nacional apresenta classificação tripartida, nos termos do seu art. 5º (na redação dada ainda pelo legislador de 1966), reconhecendo as figuras dos impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Para Ataliba, mostra-se relevante a diferenciação dos tributos com base no aspecto material da hipótese de incidência prevista na norma jurídica. Compreende o autor que a hipótese de incidência pode consistir (i) “numa atividade do poder público (ou numa repercussão desta) ou (ii) “num fato ou acontecimento inteiramente indiferente a qualquer atividade estatal”⁶⁵⁷. Os primeiros seriam os tributos vinculados à atividade estatal. Os segundos seriam os tributos não vinculados a qualquer atividade estatal, restando perfectibilizados pela simples ocorrência de determinado fato ou negócio jurídico. Assim, Ataliba especifica que “tributos vinculados são as taxas e as contribuições (especiais) e tributos não vinculados são os impostos.”⁶⁵⁸.

Tal categorização de tributos (vinculados e não vinculados) mostra-se extremamente útil para o Direito Tributário, em especial quando do estudo das taxas, que tem na atividade estatal (exercício do poder de polícia ou a prestação, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível) a sua subsistência jurídica e fundamento de definição da sua base de cálculo (medição da atuação do Estado)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ Adotou-se a classificação das espécies tributárias apresentadas por Amaro (2005, p. 81). Não se desconhece das posições unitárias (v.g., Gomes de Sousa, 1971, p. 309), bipartidas (v.g., Becker, 2002, p. 380); tripartidas (v.g., Machado, 2012, p. 61 e Carrazza, 2008, p. 515), quadripartidas (como o faz Amaro) e até quinquipartidas (v.g., Martins, 1977, p. 25). Todavia, não é objetivo do presente trabalho percorrer tais diferenciações, visto que são dispensáveis para o objeto de pesquisa. O essencial, aqui, é a clareza em torno do que seja tributo e seu regramento jurídico comum.

⁶⁵⁷ Ataliba, 1992, p. 116.

⁶⁵⁸ Ataliba, 1992, p. 117.

⁶⁵⁹ Coêlho (2012, p. 379-380) aborda com precisão a questão de fundo: “Pois bem, é ao redor dos tributos vinculados às atuações do Estado em prol de pessoas, atuações específicas, pessoais, que divergem e divagam as escolas: para a dicotômica, pouco importa que a atuação do Estado seja serviço, obra, ato do poder de polícia ou de intervenção econômica. Para isso, o Estado cobra taxas. Os tricotomistas apenas acrescentam que os serviços do poder de polícia e de utilidade pública são

Dessa forma, o tributo deve ser identificado a partir do seu fato gerador previsto na norma jurídica que o institui (hipótese de incidência), ou seja, da prescrição normativa da respectiva obrigação descrita hipoteticamente na lei (art. 4º, do CTN⁶⁶⁰). Se a realidade fática se enquadrar (subsumir-se) à prescrição normativa constante da norma, nascerá a obrigação tributária a ser satisfeita em favor do Estado (fato gerador⁶⁶¹). A denominação a ser dada ao tributo ou a destinação das receitas arrecadadas não influem na natureza jurídica da exação tributária, que deverá limitar-se aos postulados constantes do sistema constitucional tributário.

Independentemente da classificação relacionada às espécies tributárias (unitária, bipartida etc.), todo tributo possui uma identidade jurídica comum, caracterizada como obrigação *ex lege*, isto é, advinda da própria lei que nasce independentemente da vontade das partes, de ordem pecuniária e que não se confunde com sanção decorrente do cometimento de ato ilegal, no qual o sujeito ativo é em regra uma pessoa pública e o

remunerados por taxas, e as obras públicas, por contribuições de melhoria. As contribuições parafiscais e os empréstimos compulsórios, dizem eles, são impostos ou são taxas. Para ambas, ainda, o valor a pagar (*quantum debeatur*), ostenta uma função veritativa, ou seja, confirmatória ou desconfirmatória da natureza jurídica específica do tributo. Assim, se uma taxa de licenciamento de veículos automotores, após a vistoria que os dá como aptos para trafegar (para não serem em risco, por si sós, a segurança das pessoas), tiver como base de cálculo o valor do veículo, não se trata de taxa, mas de imposto, pois leva em consideração a capacidade contributiva do dono (a propriedade de um Mercedes-Benz indica alguém de posses). Se taxa fosse, a base de cálculo teria que medir a atuação do Estado (número de funcionários envolvidos, tempo gasto na vistoria, etc.). No Brasil esta função tem dignidade constitucional – art. 145, § 2º, da CF, *verbis*: ‘As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos’”.

⁶⁶⁰ Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

⁶⁶¹ Machado (2012, p. 57-58) dá norte ao tema, distinguindo hipótese de incidência e fato gerador: “Estabelecida a distinção entre prescrição normativa e realidade fática, podemos dizer que a hipótese de incidência tributária está no plano das prescrições normativas. Hipótese de incidência tributária é a descrição, contida na norma de tributação, de uma situação de fato que, se e quando ocorre, faz nascer o dever jurídico de pagar o tributo. (...) Já, a expressão ‘fato gerador’ do tributo designa o fato, que ocorre no mundo fenomênico, descrito na hipótese de incidência do tributo. Fato do qual decorre o nascimento da obrigação tributária. Diz-se que é gerador do tributo exatamente porque gera o dever jurídico de pagar o tributo”. Sobre a matéria, imprescindível a leitura das obras de Ataliba (1992) e Carvalho (2004).

sujeito passivo é uma pessoa posta nessa situação pela vontade da lei. Esse é o ponto central que rege todas as espécies de tributos.

Entretanto, convém a análise, mesmo que sucinta, das espécies tributárias passíveis de serem impostas pelos entes políticos.

4.3.1 Impostos

A espécie tributária imposto consubstancia-se essencialmente por três características, que os distinguem das demais espécies tributárias. A primeira, pela sua incidência decorrente da previsão legal de fatos típicos na norma tributária, que, uma vez ocorridos, permitem o nascimento da obrigação tributária. A segunda, talvez a mais marcante, diz respeito à inexistência de atividade estatal específica e referível ao sujeito passivo. A terceira característica remonta ao fato que os impostos não são destinados a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, muito menos para subsidiar financeiramente entidades privadas com finalidade pública⁶⁶².

Assim, o fundamento da existência dos impostos está diretamente atrelado à competência tributária da pessoa política instituinte, sem que haja contraprestação por parte do Estado ou que seja destinado ao custeio de atividades ou pessoas jurídicas específicas. Daí falar-se que os impostos são *tributos sem causa*, como bem destaca Carrazza⁶⁶³.

Neste mesmo sentido, oferece sintético conceito de imposto o texto contido no art. 16 do Código Tributário Nacional, o qual destaca ser o

⁶⁶² Amaro, 2005, p. 81. É o pensamento do autor: “a) são instituídos mediante a previsão legal de fatos típicos (em geral – mas não necessariamente – nominados na norma definidora de competência), que, uma vez ocorridos, dão nascimento à obrigação tributária; b) não se relacionam a nenhuma atuação estatal divisível e referível ao sujeito passivo; c) não se afetam a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, nem a entidades privadas que persigam fins reputados de interesse público. Essas características são identificáveis no plano normativo, de, obviamente, correspondem ao reflexo das meditações feitas no âmbito da ciência das finanças, em que se verificou que alguns tributos – designados pelo ordenamento jurídico positivo como impostos – deveriam prestar-se ao financiamento das atividades gerais do Estado.”

⁶⁶³ “Deveras, o imposto encontra seu fundamento de validade, apenas, na competência tributária da pessoa política, não havendo necessidade, para que ele seja instituído e cobrado, de que o Poder Público desenvolva, em relação ao contribuinte, qualquer atividade específica. É nesse sentido que muitos juristas chamam o imposto de tributo sem causa. Sem causa não porque ele não tenha fato impositivo, mas porque não há necessidade de a entidade tributante oferecer contraprestação direta a quem o paga”. (Carrazza, 2012, p. 594-595).

imposto tributo que impõe obrigação independente de atividade estatal específica, relativa ao seu contribuinte⁶⁶⁴. Noutras palavras, não há causa específica de contraprestação estatal ou fato impondível específico para sua incidência e eficácia jurídica, o que dá contorno específico e claro a essa espécie de tributo, em contraposição às demais espécies tributárias⁶⁶⁵.

Na mesma linha de pensamento, Machado complementa, asseverando a unicidade do imposto como possuidor de fato gerador alheio ao agir do Estado, transcrevendo-o como *não vinculado* a qualquer atividade ou atuação efetiva do ente estatal⁶⁶⁶.

Ainda, há de se fazer a distinção entre impostos diretos e indiretos. Aqueles são caracterizados pela obrigação tributária recair, por força de lei, sobre o próprio contribuinte, enquanto, por sua vez, nesses (impostos indiretos) há transferência do ônus de seu pagamento a quem, também por determinação legislativa, deva cumprir com o pagamento de tal tributo⁶⁶⁷.

Para Ataliba, no entanto, a distinção supramencionada é irrelevante e inservível no âmbito jurídico (prático e acadêmico), vez que a

⁶⁶⁴ É o entendimento de Baleeiro (1986, p. 199), quando explica que “A definição do art. 16 encerra conceito puramente jurídico, mas que coincide com a noção teórica. Por esta, a nosso ver, imposto é a prestação de dinheiro que, para fins de interesse coletivo, uma pessoa jurídica de Direito Público, por lei, exige coativamente de quantos lhe estão sujeitos a têm capacidade contributiva, sem que lhes assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento.”

⁶⁶⁵ “Isso porque, falando de maneira jurídica, imposto é uma modalidade de tributo que tem por hipótese de incidência um fato qualquer, não consiste numa atuação estatal”. (Carrazza, 2012, p. 594).

⁶⁶⁶ “O que confere especificidade ao imposto é o seu fato gerador uma situação alheia ao agir do Estado. Uma situação que concerne ao contribuinte, um fato-signo presuntivo de capacidade contributiva deste.

O tributo pode ter como fato gerador uma situação que é ou se liga a uma atuação estatal específica relativa ao contribuinte. Ou, então, uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Por isto, a doutrina brasileira, inspirada em Giannini e liderada pelo professor Geraldo Ataliba, classifica os tributos em *vinculados* (taxa e contribuição de melhoria) e *não vinculados* (impostos).” (Machado, 2012, p. 63)

⁶⁶⁷ Nesse sentido é o pensamento de Machado (2012, p. 70-71): “Diretos são impostos cujo ônus é suportado pela própria pessoa a quem a lei atribuiu o dever de pagar. Os mais citados são os impostos sobre o patrimônio e a renda. Indiretos são impostos cujo ônus é em geral transferido, pela pessoa a quem a lei atribui o dever de pagar, a uma terceira pessoa com o qual mantém uma relação envolvendo o correspondente fato gerador. Os melhores exemplos de impostos indiretos em nosso sistema tributário são o imposto sobre produtos industrializados/IPI e o imposto relativo à circulação de mercadorias e prestação de serviços/ICMS”

transformação de imposto direto para indireto – e vice-versa – poderia ocorrer por faculdade de mera conjuntura econômica, e por isso, serviria tal classificação apenas para o ofício de questões econômicas e nos estudos financeiros, à exceção da hipótese de imunidade ou isenção tributária, na qual, no ordenamento jurídico vigente, leva-se em consideração características substanciais da pessoa, física ou jurídica, que suportará o ônus de pagar o referido imposto⁶⁶⁸.

Assim, como característica central, cuidam os impostos de realizar a manutenção estatal, sem possibilitar ao contribuinte postular contrapartida específica para utilização ou recebimento em razão de seu pagamento, o que se contrapõe diretamente às taxas. Da mesma forma, os impostos não objetivam o custeio de determinados órgãos ou estruturas do poder público, muito menos são criados para subsidiar financeiramente entidades privadas que desempenham atividade de relevância pública, o que se contrapõe a determinadas contribuições. Muito menos se equiparam os impostos com os empréstimos compulsórios, posto que esses são excepcionais, limitados aos casos especificados pela Constituição Federal e de instituição exclusiva da União, cujas receitas acabam por não integralizar o patrimônio público do Estado, posto que restituíveis ao contribuinte.

Neste viés, como explanado, construiu-se o ideário que circunda o imposto como um *tributo sem causa*, que se destina apenas a manter o ente político tributante, sem possuir destinação específica e referível ao sujeito passivo ou deter destinação específica, o que o torna singular frente às demais espécies tributárias.

⁶⁶⁸ “57.1 É classificação que nada tem de jurídica; seu critério é puramente econômico. Foi elaborada pela ciência das finanças, a partir da observação do fenômeno econômico da translação ou repercussão de tributos. É critério sem relevância jurídica em certos sistemas estrangeiros. No Brasil, não tem aplicação (Cleber Giardino). 57.2 Pode inclusive acontecer de um imposto qualificável como direto, numa dada conjuntura econômica, se transformar em indireto e vice-versa, sem que nada se altere a lei e sem que se modifique o sistema jurídico. 57.3 Esta classificação tem alguma importância nos sistemas quais há referência a essas características econômicas, e delas se faz decorrerem consequências jurídicas. A literatura do direito comparado deve ser recebida com cautela. 58.4 No Brasil, para os juristas, essa classificação é irrelevante, salvo para interpretar certas normas de imunidade ou isenção, pela consideração substancial sobre a carta tributária, em relação à pessoa que a suportará” (Ataliba, 1992, p. 126)

4.3.2 Taxas

As taxas serão objeto de estudo específico no item subsequente, o que afasta a necessidade de aqui expor maiores considerações sobre essa espécie tributária. Entretanto, importa alinhar, rapidamente, o núcleo central das taxas, para sua contraposição aos impostos, às contribuições e ao empréstimo compulsório.

As taxas estão previstas no art. 145, II, da Constituição Federal⁶⁶⁹, na qual, após conferir à União, estados, Distrito Federal e municípios a competência tributária para sua instituição, destaca o texto magno que somente poderão ser instituídas 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. No mesmo sentido é a disposição constante do art. 77 do Código Tributário Nacional⁶⁷⁰.

Primordialmente, ao contrário do imposto, que não se encontra vinculado à contraprestação direta de serviço ou atuação estatal, mas à simples e geral manutenção do ente político instituinte, a taxa é diametralmente o seu oposto, porquanto somente acarreta validade quando presente atividade estatal específica destinada (diretamente referível) ao contribuinte, vez que este é requisito de sua existência e característica maior.

Em idêntico norte ao acima mencionado, preceitua Baleeiro que “a atividade específica, atual ou potencial, solicitada ou provocada pelo contribuinte, dá a tônica da taxa.”⁶⁷¹. Não é diferente o pensamento de Carrazza, ao abordar as características centrais dos diferentes tributos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para o autor, a taxa é uma “obrigação *ex lege* que nasce da realização de uma atividade estatal relacionada, de modo específico, ao contribuinte, embora muitas vezes por ele não requerida ou, até mesmo, sendo para ele desvantajosa.”⁶⁷².

⁶⁶⁹ Art. 145. 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;

⁶⁷⁰ Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

⁶⁷¹ Baleeiro, 1986, p. 120.

⁶⁷² Carrazza, 2012, p. 600-601.

Deveras, as taxas são marcadas pela contraprestação do Estado mediante a prestação de determinado serviço público (oferta de comodidades materiais) ou pelo exercício de atividade de interesse coletivo e limitador de direitos e liberdades (polícia administrativa), muito vezes contrária ao interesse direto do indivíduo. Dessa forma, como bem pontua Carvalho, as “taxas são tributos que se caracterizam por apresentar, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte.”⁶⁷³.

Sem prejuízo das considerações adiante abordadas em relação à natureza jurídica das taxas, importa nesse momento cristalizar a ideia central em torno dessa espécie de tributo, que se contrapõe às demais justamente diante da natureza sinalagmática, de contraprestação estatal diretamente referível ao contribuinte, mesmo que objetado pelo sujeito passivo. Desta feita, e com supedâneo no art. 145, II da Constituição Federal e no art. 77 do Código Tributário Nacional, entende-se a taxa como tributo destinado ao custeio (daí o caráter de contraprestação) do exercício de poder de polícia ou da prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos divisíveis e específicos por parte do Estado. Essas são as duas hipóteses de incidência aptas a fundamentar a instituição de qualquer taxa pelos entes políticos.

4.3.3 Contribuições

As contribuições, diferentemente do que ocorre com os impostos e as taxas, não são destinadas ao custeio das funções gerais e indivisíveis do Estado, muito menos servem de contrapartida à atuação específica e diretamente referível ao contribuinte, mediante a oferta de serviços públicos ou o exercício de atividades de polícia administrativa.

O contorno jurídico das contribuições no sistema constitucional tributário está, segundo Amaro, “na destinação a determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público.”⁶⁷⁴. No conceito apresentado pelo autor incluem-se contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico e as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas (previstas no art. 149, CF⁶⁷⁵), assim como a

⁶⁷³ Carvalho, 2010, p. 70-71.

⁶⁷⁴ Amaro, 2005, p. 84 (grifos no original).

⁶⁷⁵ Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou

contribuição para o financiamento da iluminação pública (art. 149-A, da CF⁶⁷⁶).

Nota-se que nesse grupo de contribuições inexistente referibilidade direta ao indivíduo, isto é, apesar das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, de interesse de categorias profissionais ou econômicas e de custeio da iluminação pública possuírem destinação especial (atuação específica do Estado, o que as distancia dos impostos), ainda assim não possuem, necessariamente, referibilidade direta ao contribuinte, diferentemente do que ocorre no âmbito das taxas.

Ataliba compreende que a hipótese de incidência das contribuições “é uma atuação estatal indireta e mediata referida ao obrigado”. Esclarece o autor que a contribuição ou “é uma consequência ou efeito da ação estatal que toca o obrigado, estabelecendo o nexo que o vincula a ela (ação estatal)”, ou é “uma decorrência da situação, status, ou atividade do obrigado (sujeito passivo da contribuição) que exige ou provoca a ação estatal que estabelece o nexo entre esta (ação) e aquele (o obrigado).”⁶⁷⁷. Portanto, Ataliba acaba por traçar importante aspecto de distinção entre as taxas e contribuições: a referibilidade direta (imediate) da atuação do

econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

⁶⁷⁶ Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

⁶⁷⁷ Ataliba, 1992, p. 161.

Estado perante o obrigado, no caso das taxas; e a referibilidade indireta (mediata) da atuação do Estado perante o obrigado, no caso das contribuições⁶⁷⁸.

As contribuições de melhoria, por sua vez, denominam-se desta maneira em razão de sua peculiaridade voltada às benfeitorias percebidas por contribuintes em decorrência de obras públicas⁶⁷⁹. Baseia-se, como o próprio nome sugere, em contribuir para adquirir uma melhoria efetiva em determinado bem, via de regra, em imóvel particular do contribuinte que alcançará melhor valor mercadológico⁶⁸⁰.

Portanto, a contribuição de melhoria tem por finalidade, muito mais que arrecadar recursos ao erário, a realização da justiça, impedindo que o proprietário do imóvel valorizado com uma obra pública tenha proveito maior do que aquele que resulta para as pessoas em geral⁶⁸¹.

O Código Tributário Nacional (art. 81) traça as linhas gerais dessa espécie tributária, ao dispor que a contribuição de melhoria é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. Vê-se, aqui, o intuito do legislador em provocar a justiça social⁶⁸² através da instituição de tributo destinado a evitar o enriquecimento sem causa de determinados indivíduos pela atuação do Estado na execução de obras públicas⁶⁸³.

⁶⁷⁸ Ataliba, 1992, p. 129-130.

⁶⁷⁹ “Permite a Constituição Federal que as pessoas políticas de direito constitucional interno – União, Estados, Distrito Federal, e Municípios – além dos impostos que lhes foram outorgados e das taxas previstas no art. 145, II, instituem *contribuições de melhoria*, arrecadadas dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas”. (Carvalho, 2010, p. 73)

⁶⁸⁰ Amaro (2005, p. 83-84) insere as contribuições de melhoria no grupo das taxas, por vislumbrar referibilidade direta da atuação do Estado perante o obrigado.

⁶⁸¹ Machado, 2012, p. 88.

⁶⁸² Sobre o sistema tributário como mecanismo de promoção de justiça social, remete-se o leitor para a obra *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*, de Liam Murphy e Thomas Nagel.

⁶⁸³ Nesse sentido é o pensamento de Baleeiro (1986, p. 359): “(...) ela não é a contraprestação de um serviço público incorpóreo, mas a recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio. Daí a justificação do tributo pelo princípio do enriquecimento sem causa, peculiar do Direito Privado. Se o Poder Público, embora agindo no interesse da coletividade, emprega vultuosos fundos destas obras restritas a certo local, melhorando-o tanto que se observa elevação do valor dos imóveis aí situados, com exclusão de outras causas decorrentes da diligência do proprietário,

4.3.4 Empréstimos compulsórios

Por fim, há que se analisar os empréstimos compulsórios. Modalidade pouco usual, o empréstimo compulsório é espécie de tributo cuja previsão constitucional está arrimada no art. 148, I e II da Constituição Federal⁶⁸⁴, de competência exclusiva da União.

Precipuaente, sobre a espécie debruçada, há certo consenso doutrinário em classificá-lo como um tipo de *imposto restituível*, pois trata-se de empréstimo, esporádico e causal, cuja ocorrência só se faz possível em situações de calamidade, guerra, urgência ou interesse nacional e afins^{685 686}.

Entretanto, apesar de posição majoritária na doutrina, o reconhecimento dos empréstimos compulsórios como espécie de tributo não é assunto alheio a fortes críticas, a exemplo do pensamento de Machado, que vislumbra regime jurídico próprio para os empréstimos

impõe-se que este, por elementar princípio de justiça e de moralidade, restitua parte do benefício originado pelo dinheiro alheio.”

⁶⁸⁴ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

⁶⁸⁵ Para Carrazza (2005, p. 635), “Empréstimo compulsório é tributo e deve obedecer ao regime jurídico tributário.” Com um artigo que tenha este título, João Mangabeira, nos idos de 1963, demonstrou, de modo irresponsável, que apesar de sua denominação, o empréstimo compulsório não passa de um *tributo restituível*. Um tributo restituível, mas sempre um tributo, como tal devendo ser tratado. Estas teses foram acolhidas dentre outros, por Amílcar de Araújo Falcão, Alfredo Augusto Becker, Aliomar Baleeiro e Geraldo Ataliba.”

⁶⁸⁶ “Quanto aos empréstimos compulsórios, previstos no art. 148, da CF/88, não existem dificuldades de monta. Para logo, são tributos restituíveis. São também finalísticos, vedada a tredestinação. Neles, porém, o fim não é *permanente e presente* como nas contribuições, cujas finalidades são constantes. Talvez fosse melhor falar em *tributo causal*, porque as suas causas podem ocorrer ou não: guerra externa ou sua iminência, calamidade pública, exangue o tesouro, investimentos relevantes, urgentes, de interesse nacional. Podem ter fato gerador de taxas, mas sempre se apresentam como fato gerador de imposto. Veja-se a nossa experiência recente: consumo de energia elétrica, aquisição de veículos, compra de combustíveis, obtenção de divisas para viagens ao exterior, compra de passagens aéreas internacionais etc.” (Coelho, 2012, p. 411).

compulsórios, distinto do regime tributário⁶⁸⁷. As principais divergências apontadas pelo autor dizem respeito (i) à existência ordinária do tributo, em contraposição à existência excepcional do empréstimo compulsório; (ii) à vinculação das receitas dos empréstimos compulsórios à despesa que o fundamentou, o que não ocorreria com os tributos, em especial com os impostos; (iii) à aplicação das normas e princípios do direito tributário aos tributos, que somente ocorreriam mediante previsão expressa, nos termos do art. 15 do Código Tributário Nacional; e (iv) ao ingresso definitivo das receitas tributárias no patrimônio público, o que não ocorreria no caso dos empréstimos compulsórios. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela natureza não tributária do empréstimo compulsório, conforme Súmula nº 418⁶⁸⁸, aprovada em 1º de junho de 1964, portanto, anteriormente à Constituição de 1988. Por certo, a matéria não é alheia a controvérsias.

Deveras, os empréstimos compulsórios possuem natureza toda própria, com destinação específica e limitada pela Constituição Federal a situações extravagantes. Sua arrecadação não configura receita propriamente dita, posto seu ingresso não ser definitivo para os cofres públicos, justamente pela sua restituição futura por parte do Estado⁶⁸⁹. Entretanto, inquestionável sua natureza tributária, como bem pontua Carrazza, “na medida em que os empréstimos compulsórios devem obedecer ao regime jurídico tributário”, o que, conclui o autor, “segue-se inquestionavelmente que são tributos”⁶⁹⁰.

Assim, as considerações acima lançadas por Machado não afastam o caráter de tributo inerente ao empréstimo compulsório, mas tão somente mostram tratar-se de tributo com características próprias, o que leva a colocá-lo em espécie apartada dos impostos, taxas e contribuições. Ademais, a Constituição Federal é taxativa em elencar o empréstimo compulsório como tributo (art. 148), o que parece por fim às discussões de fundo em relação à natureza tributária ou não desse instituto jurídico.

Em síntese, os empréstimos compulsórios são marcados pela restituibilidade, causalidade e não habitualidade, somente podendo ser instituído nas hipóteses urgentes e de relevância nacional, constitucionalmente previstas em favor unicamente da União.

⁶⁸⁷ Machado, 2012, p. 153-170.

⁶⁸⁸ Súmula nº 418, do Supremo Tribunal Federal: O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária.

⁶⁸⁹ Amaro, 2005, p. 86-87.

⁶⁹⁰ Carrazza, 2005, p. 638.

4.4 O REGIME JURÍDICO DAS TAXAS

A taxa é modalidade de tributo tradicionalmente reconhecida nas Cartas Constitucionais do Brasil e que ganhou, na esfera do Código Tributário Nacional de 1966 (art. 77 e ss.), disciplina específica em relação à sua hipótese de incidência. A Constituição de 1988, no art. 145, II, manteve o mesmo tratamento jurídico conferido pelo Código Tributário Nacional, o que consolidou a concepção das taxas como espécie tributária.

No Brasil, inúmeras são as taxas instituídas pelos entes da Federação. São conhecidas da sociedade e do Direito, cobradas de longa data pelo Poder Público, a exemplo das taxas: pela emissão de passaporte, de vistoria dos bombeiros, para emissão de carteira nacional de habilitação e para licenciamento ambiental. Todos são exemplos de taxas pelo exercício de atividades de polícia administrativa e não têm gerado maiores discussões doutrinárias e judiciais.

O conflito-mor encontra-se em torno das taxas pela prestação de serviços públicos, em especial pela dicotomia frente às tarifas públicas, preferencialmente adotada pelo poder público na remuneração dos serviços públicos ofertados à sociedade, como adiante se abordará.

4.4.1 Natureza jurídica

As taxas são espécie de tributos e, portanto, caracterizam-se como prestação pecuniária compulsória, diversa das sanções pelo cometimento de ato ilícito, instituída em lei. Para Baleeiro, taxa é a “contraprestação de serviço público, ou de benefício feito, posto à disposição, ou custeado pelo Estado em favor de quem a paga, ou por este provocado.”⁶⁹¹. Afirma o autor que o termo *taxas* já era encontrado em Adam Smith, mas que somente no século XIX a temática passou a estar presente nos compêndios de finanças⁶⁹².

Carvalho aduz que as taxas, como modalidade de tributo, são caracterizadas “por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente

⁶⁹¹ Baleeiro, 1986, p. 325.

⁶⁹² É o pensamento de Baleeiro (1986, p. 327): “Forma-se, assim, a noção clássica da taxa como processo de repartição duma despesa pública, para fim especial, exclusivamente entre aqueles que se beneficiarem dela ou deram motivo a que ela se fizesse. É o que se lê invariavelmente nos autores, não só os clássicos, mas também os contemporâneos, que não divergem sobre esse ponto fundamental, embora se separem acerca de outros pontos, que adiante examinaremos de passagem.”

dirigida ao contribuinte.”⁶⁹³ No mesmo sentido é a posição de Carrazza, para quem a taxa é uma obrigação imposta pela lei “que nasce da realização de uma atividade estatal relacionada, de modo específico, ao contribuinte, embora muitas vezes por ele não requerida ou, até mesmo, sendo para ele desvantajosa”.⁶⁹⁴ Assim sendo, a obrigação tributária da taxa não nasce com a vontade das partes (obrigações voluntárias), mas de um “fato produzido pelo Estado (serviço público ou um ato de polícia) em prol do administrado”⁶⁹⁵.

Coêlho relata que “na teoria das taxas duas aporias surgem: (a) a sua diferenciação dos preços públicos e (b) o seu caráter sinalagmático, em que pese a compulsoriedade de sua exigência.”. O autor complementa que “o fato jurígeno das taxas é uma atuação do Estado relativa à pessoa do obrigado, que a frui, por isso mesmo, em caráter pessoal, aí residindo o sinalagma”⁶⁹⁶.

Portanto, a natureza tributária das taxas está adstrita à hipótese de incidência: *a atuação direta do Estado em prol do cidadão*. A referibilidade imediata é marca indistinta da taxa, desde sua concepção, o que a torna um *tributo vinculado* a uma atuação direta e imediata⁶⁹⁷. Para Ataliba, a taxa é tributo vinculado justamente porque “a hipótese de incidência (da taxa) é uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado (pessoa que vai ser posta como sujeito passivo da relação obrigacional que tem a taxa por objeto)”⁶⁹⁸.

A taxa, como espécie de tributo, diferencia-se dos impostos e das contribuições. Como visto, as taxas têm fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, contrapondo-se aos impostos, justamente por estes não serem vinculados à nenhuma atividade estatal específica. Por sua vez, a diferenciação entre taxas e contribuições, na visão de Ataliba, reside em que nessas a hipótese de incidência “é uma atuação estatal indiretamente (mediatamente) referida ao obrigado”, ou seja, nas contribuições não basta a atuação estatal, visto que somente há contribuição “quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece referibilidade entre a própria atuação e o obrigado”. Desse modo, observa Ataliba: “daí o distinguir-se

⁶⁹³ Carvalho, 2005, p. 38-39.

⁶⁹⁴ Carrazza, 2008, p. 523.

⁶⁹⁵ Carneiro, 2009, p. 180.

⁶⁹⁶ Coêlho, 2012, p. 536.

⁶⁹⁷ Daí a conhecida lição de A. D. Giannini (1948, p. 39), ao mencionar que a taxa é um tributo vinculado.

⁶⁹⁸ Ataliba, 1992, p. 129-130.

a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado⁶⁹⁹.

Dessa maneira, as taxas não se confundem com as demais espécies tributárias. Cada qual possui um núcleo jurídico que as distingue, em especial pela sua hipótese de incidência, sendo marca característica das taxas seu caráter vinculativo à atuação estatal diretamente referida ao obrigado.

4.4.2 Características essenciais

Disciplina o art. 77 do Código Tributário Nacional que as taxas cobradas pela União e demais entes federativos dá-se pelo “exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”. É o mesmo núcleo jurídico encontrado no art. 145, II da Constituição Federal.

Desta forma, a instituição de taxa, por qualquer dos entes da Federação, somente pode ter como hipótese de incidência⁷⁰⁰ uma das duas situações previstas no Código Tributário Nacional (art. 77) e na Constituição Federal (art. 145, II). A *primeira*, pelo exercício de atividade típica de polícia administrativa, caracterizada pelo art. 78 do Código Tributário Nacional como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao

⁶⁹⁹ Ataliba, 1992, p. 129-130.

⁷⁰⁰ Importa deixar clara a distinção entre hipótese de incidência e fato gerador (ou fato imponible). Sobre o tema, Ataliba (1992, p. 53), em sua obra *Hipótese de Incidência Tributária*, aduz que “a hipótese de incidência é a descrição hipotética e abstrata de um fato. É a parte da norma tributária”, enquanto que “fato imponible é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. legal – dá nascimento à obrigação tributária” (1992, p. 61). Vê-se que Ataliba não se vale da expressão *fato gerador*, mas *fato imponible*. Machado (2012, p. 25-26) também esclarece a distinção: “A expressão *hipótese de incidência* designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão *fato gerador* diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A *hipótese* é simples descrição, abstrata, enquanto o *fato* é a concretização da hipótese”.

respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. A *segunda* hipótese de incidência reside na prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis. Nessa segunda hipótese, permitiu o legislador brasileiro a instituição de taxa pela prestação de serviço público fruído e fruível, de modo que a simples disponibilidade do serviço público dá ensejo à instituição e cobrança da respectiva taxa (arts. 77 e 79 do CTN).

Nessa segunda hipótese, para a instituição de taxa devem os serviços públicos ser *específicos* (podendo ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas) e *divisíveis* (quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários). É o que consta do art. 79 do Código Tributário Nacional, em perfeita harmonia com o art. 145, II da Constituição Federal.

Por isso a necessidade da divisibilidade na ação estatal, para identificação do sinalagma inerente à natureza jurídica das taxas (contraprestação pecuniária devida ao Estado pelo exercício de poder de polícia ou prestação, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível).

A especificidade e divisibilidade, assim, são elementos que devem estar presentes, necessariamente, na atividade estatal ofertada ao contribuinte, seja na prestação de serviço público, seja no exercício de poder de polícia administrativo. Somente poderá o ente da Federação instituir taxa quando dispor de competência para o exercício da referida atividade, isto é, quando estiver autorizado a desempenhar o referido poder de polícia ou prestar determinado serviço público.

Logo, para a instituição de taxa faz-se necessária competência tributária, bem como lei específica para tal finalidade (princípio da legalidade). O princípio da legalidade ou da reserva de lei constitui, na visão de Silva, “um elemento que confere legitimidade à tributação”⁷⁰¹. No Brasil, a criação e majoração das taxas está subordinada ao princípio da reserva legal, diferentemente do que ocorre, por exemplo, em Portugal⁷⁰².

⁷⁰¹ Silva, 2008, p. 8.

⁷⁰² Catarino (2009, p. 444) sintetiza o regime de taxas em Portugal e a crítica em torno do regime jurídico estabelecido naquele país: “As taxas enquanto tributos, vêm evidenciando os problemas de que já demos conta: não estão sujeitas ao princípio da legalidade tributária a não ser quanto ao seu regime geral que demorou 27 anos a ser criado e cuja aplicação prática ainda não é plena, podendo ser criadas por mero acto regulamentar, o que significa, em termos alegóricos, que estamos deixando entrar pela janela dos fundos o que recusamos entrar pela porta. Muitas taxas têm vindo a ser

As taxas estão sujeitas aos princípios fundamentais de contenção ao poder de tributar: legalidade estrita, anterioridade, irretroatividade, não confisco e capacidade contributiva. Aliás, nesse ponto divergem frontalmente dos preços públicos (da qual a tarifa pública é espécie), conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal no corpo da Súmula 545⁷⁰³.

Outra característica intrínseca às taxas, por vezes esquecida pela doutrina, diz respeito ao seu montante imposto ao contribuinte, que deve estar limitado ao custeio da atividade de polícia administrativa ou à prestação de serviços públicos ofertados ou postos à disposição do contribuinte. Essa questão é da maior relevância no campo das taxas, frequentemente ignorada pelo legislador e pelos órgãos de controle.

O valor a ser cobrado a título de taxa deve ser aquele apto à subsistência do exercício da atividade estatal, não podendo deter natureza arrecadatória geral, tal como os impostos. Dito de forma direta, o montante a ser pago pelo contribuinte deve ser o mais próximo possível do custo efetivo para que o Estado exerça a atividade de polícia administrativa ou oferte o serviço público descrito na hipótese de incidência. Como corolário, a base de cálculo da taxa deve ter correlação direta com a atuação estatal. Valendo-se das lições de Coêlho, “entre a base de cálculo e o fato gerador dos tributos existe uma relação de inerência quase carnal (*inhaeret et ossa*), uma relação de pertinência, de harmonia.”⁷⁰⁴.

Daí a necessidade de constar do projeto de lei de instituição de qualquer taxa as projeções de custeio e arrecadação, a comprovar a *equivalência* (proporcionalidade) entre a expectativa de receita e despesa⁷⁰⁵. Portanto, mostra-se central a observância, no âmbito das taxas, do *princípio da equivalência*, caracterizado como a existência de

cobradas em desrespeito aos princípios da equivalência e do benefício. Isto nem sempre tem sido claro na relação com o cidadão”.

⁷⁰³ Súmula nº 545, do Supremo Tribunal Federal: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

⁷⁰⁴ Coêlho, 2012, p. 76.

⁷⁰⁵ É evidente que tal afirmação não impõe às taxas o mesmo rigor em relação às tarifas públicas instituídas no âmbito das concessões públicas, na qual é exigido minucioso acompanhamento da composição das tarifas públicas, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso a expressão equivalência, apta a impor certa proporcionalidade entre o custo da atividade e as receitas auferidas com as taxas pelo Estado.

proporcionalidade entre o montante necessário para o custeio da atividade estatal e as receitas a serem auferidas com sua cobrança.

Dá-se como exemplo os serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos nos municípios⁷⁰⁶. A taxa a ser instituída e valorada deve corresponder às receitas necessárias para que o Estado promova referida atividade estatal de maneira contínua, segura e adequada. Não poderá o Estado cobrar taxas para prover receitas adicionais, aptas a custearem outras atividades públicas, além daquelas afetas diretamente ao fato gerador da taxa. Sem que isso ocorra, abre-se o caminho para que sejam instituídas taxas que não reflitam sua real destinação constitucional, possibilitando, inclusive, que sejam utilizadas para remunerar outros serviços ou atividades alheias àquelas descritas na hipótese de incidência, num viés arrecadatório.

Em Portugal, as taxas observam também tal proporcionalidade, lá conhecida como *princípio da equivalência jurídica*⁷⁰⁷, tal como consta do art. 4º da Lei nº 53-E, de 29 de dezembro de 2006. O dispositivo estabelece o regime geral das taxas das autarquias locais⁷⁰⁸. Mais recentemente, a Lei nº 73, de 3 de setembro de 2013, que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e entidades intermunicipais, também referendou o princípio da equivalência no âmbito das taxas em Portugal⁷⁰⁹.

Analisando o princípio da equivalência jurídica, Silva afirma que, se tratando de um tributo contraprestacional, “o pagamento deve corresponder ao valor desse benefício e não pode excedê-lo”,

⁷⁰⁶ Sobre o tema, oportuna as considerações de Silva (2008, p. 26-28) em relação às divergências da individualização e da compulsoriedade dos serviços de coleta de resíduos sólidos em Portugal, Itália, Espanha e Alemanha.

⁷⁰⁷ Em Portugal, antes da publicação da Lei nº 53-E, de 29 de dezembro de 2006, parcela da doutrina afastava a equivalência econômica entre o custo da atividade e o montante cobrado a título de taxa, a exemplo da posição de Carvalho e Oliveira (2005, p. 58), ao concluírem que “ao conceito de sinalagma importa uma equivalência jurídica e não necessariamente econômica”.

⁷⁰⁸ Artigo 4.º Princípio da equivalência jurídica. 1 - O valor das taxas das autarquias locais é fixado de acordo com o princípio da proporcionalidade e não deve ultrapassar o custo da actividade pública local ou o benefício auferido pelo particular.

⁷⁰⁹ Artigo 20. Taxas dos municípios. 1 - Os municípios podem criar taxas nos termos do regime geral das taxas das autarquias locais. 2 - A criação de taxas pelos municípios está subordinada aos princípios da equivalência jurídica, da justa repartição dos encargos públicos e da publicidade, incidindo sobre utilidades prestadas aos particulares, geradas pela atividade dos municípios ou resultantes da realização de investimentos municipais.

aproximando, nesse aspecto, os sistemas português e alemão⁷¹⁰. De outro lado, continua a autora, além do limite ao benefício auferido pelo particular, o montante da taxa não pode ultrapassar o “custo real ou previsível do serviço”, o que daria origem a um “modelo de financiamento orientado para os custos”⁷¹¹.

É a mesma posição adotada por Vasques, para quem o princípio da equivalência, aplicável às taxas, se concretiza por qualquer uma das duas vertentes, a do *custo* ou a do *benefício*. Seja qual for a opção do legislador, “indispensável é que essa escolha se mostre consequente na conformação do tributo em jogo e que a partir dela se obtenha uma figura materialmente coerente e isenta de contradição.”⁷¹².

Mais recentemente, Catarino analisou com acuidade o tema do princípio da equivalência no regime das taxas em Portugal. Relata o autor que “a taxa enquanto figura tributária subiu assim de relevo”, especialmente “em virtude do esgotamento (saturação) da figura (e dos níveis) do imposto e das necessidades financeiras sempre crescentes dos serviços públicos.”⁷¹³. Discorre Catarino que o princípio da equivalência está para as taxas assim como o princípio da capacidade contributiva está para os impostos, de modo que tal princípio, nas suas vertentes *custo* e *benefício*, impõe limites na criação e aplicação das taxas. Conclui o autor que são ilegais as taxas que não sejam estabelecidas “em termos tais que a equivalência resulta de forma clara do modo, termos e fundamentos como tal taxa pública é exigida”⁷¹⁴.

Assim, o princípio da equivalência das taxas, em Portugal, resta devidamente positivado e abrigado pela doutrina especializada⁷¹⁵, a

⁷¹⁰ Silva, 2008, p. 55-56.

⁷¹¹ Silva, 2008, p. 64-65.

⁷¹² Vasques, 2006, p. 23.

⁷¹³ Catarino, 2016, p. 448-449. Em estudo sobre as taxas de infra-estruturas urbanísticas em Lisboa, Duarte e Riberio (2013) destacam o papel preponderante que as taxas desempenham no contexto das receitas tributárias auferidas pelos municípios em Portugal, sendo crescente sua imposição e variadas as discussões em relação aos problemas de equivalência em sua quantificação.

⁷¹⁴ Catarino, 2016, p. 450.

⁷¹⁵ Outros juristas de escol aderem à observância do princípio da equivalência das taxas em Portugal. É o caso de J.J. Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 1094): “O imposto distingue-se designadamente da taxa, que é igualmente uma receita pública unilateralmente estabelecida pelo poder público, mas que, ao contrário do imposto, consiste na contrapartida de um serviço específico prestado pelo Estado (ou por outra pessoa colectiva pública, ou dotada de poderes públicos) ou da vantagem decorrente da utilização individual de um bem ou do prejuízo causado a um bem colectivo, devendo haver uma correlação material entre o custo ou o valor da prestação

limitar o poder de tributar do Estado frente à necessidade de se estabelecerem condicionantes em relação ao montante a ser cobrado a título de taxa.

É evidente o cuidado da aplicação no ordenamento jurídico brasileiro de conceitos e estruturas jurídicas adotadas em outros países, especialmente no âmbito dos tributos, diante das especificidades de cada legislação⁷¹⁶.

Entretanto, diante da natureza contraprestacional das taxas no ordenamento jurídico pátrio, *compreende-se adequada a aplicação do princípio da equivalência às taxas*, tal como concebida em Portugal (existência de dois limites: o *custo* da atividade pública local ou o *benefício* auferido pelo particular), obrigando que o Estado observe a proporcionalidade entre as receitas a serem auferidas e o custo da atividade estatal, além de que tal montante seja compatível com o benefício auferido pelo particular. Trata-se do desdobramento do princípio da proibição de confisco na exação tributária.

Atualmente, no Brasil, é notória a ausência de qualquer critério ou fiscalização em torno dessa equivalência no âmbito da criação e majoração das taxas, nos diferentes níveis da Federação. E mesmo que não previsto expressamente na Constituição Federal, o *princípio da equivalência* é intrínseco à relação sinalagmática existente na própria natureza da taxa. Como bem pontuado por Catarino, “a equivalência não

individualmente recebida (ou benefício individualmente conferido ou do prejuízo individualmente causado) e o montante da taxa devida, não podendo este exceder substancialmente aquele (mas podendo corresponder apenas uma parte do valor ou do custo).” Em sentido próximo, Teixeira (2015, p. 50) compreende que a taxa em Portugal possui carácter sinalagmático, cujo valor funda-se em dois critérios fundamentais: da cobertura dos custos e da equivalência ou do ganho privado. Conclui a autora que a aplicação destes dois critérios pautar-se-á pelo princípio da proporcionalidade, tal como estabelecido no art. 4º da Lei n. 53/2006 (Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais).

⁷¹⁶ Por exemplo, em Portugal são três as hipóteses de incidência das taxas cobradas pelas autarquias locais, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 53, de 29 de dezembro de 2006: “As taxas das autarquias locais são tributos que assentam na *prestação concreta de um serviço público local*, na *utilização privada de bens do domínio público e privado das autarquias locais* ou na *remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares*, quando tal seja atribuição das autarquias locais, nos termos da lei”. Vê-se que inexistente completa identidade entre as hipóteses de incidência da taxa em Portugal e no Brasil, sendo mais ampla a base de incidência da taxa naquele país europeu.

pode deixar de ser vista como uma realidade estruturante de que depende a legalidade da cobrança da taxa.”⁷¹⁷.

Ataliba, sem defender expressamente a aplicação do princípio da equivalência às taxas, discorre ser necessário a adequada repartição do custo dos serviços, observando-se o princípio da isonomia, posto que a base de cálculo da taxa é o custo do serviço⁷¹⁸. É clara a preocupação de Ataliba em associar o montante a ser adimplido de taxa ao seu efetivo custo de disponibilização pelo Estado. Por sua vez, Baleeiro afirma que “a taxa é sempre uma técnica fiscal de repartição da despesa com um serviço público especial e mensurável”, por isso mesmo, continua o autor, “juristas que negam a possibilidade de utilização do conceito de ‘causa’ no direito fiscal, abrem exceção para os ‘preços’ e, ainda, para os tributos estatuídos sob o ‘princípio da equivalência’, como a taxa e a contribuição de melhoria”⁷¹⁹. Torres vai além, defendendo de maneira enfática o dever das taxas observarem o princípio do custo/benefício, que expressa “a adequação entre o custo do bem ou serviço público e o benefício auferido pelo cidadão.”⁷²⁰. Também é o pensamento de Bandeira de Mello, ao defender a aplicação do princípio da modicidade às taxas⁷²¹.

Diferentemente é a posição adotada por Machado, ao defender inexistir, no ordenamento brasileiro, “uma correlação entre o valor da taxa cobrada e o valor do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte ou, ainda, a vantagem que o Estado lhe proporcione”.⁷²² Em função disso, o autor afirma ser adequado “afastar a ideia de contraprestacionalidade, substituindo-a pela ideia de referibilidade ou de vinculação jurídica”⁷²³.

⁷¹⁷ Catarino, 2016, p. 450.

⁷¹⁸ Ataliba, 1992, p. 135.

⁷¹⁹ Baleeiro, 1986, p. 329.

⁷²⁰ Torres, 2004, p. 96. A seguinte passagem ilustra a pensamento do autor: “As taxas são cobradas de acordo com o princípio do custo/benefício porque à prestação de serviços públicos deve corresponder a remuneração equivalente, isto é, cada cidadão dependerá a título de pagamento de serviços específicos e divisíveis uma soma de dinheiro equivalente ao seu custo para a Administração e ao benefício público que receber. Mas não há a necessidade de exata e aritmética equivalência entre o custo e o benefício.”

⁷²¹ É o pensamento do autor (2013, p. 694): “Assim, tal modicidade, à qual se refere expressamente o art. 6º, § 1º, da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8.987, de 13.2.1995), em rigor é de ser predicável não apenas das tarifas às quais ele é expressamente referido, mas também às taxas, se esta for a modalidade de contraprestação do serviços.”

⁷²² Machado, 2012, p. 78-79.

⁷²³ Machado, 2012, p. 80.

Discorda-se do tributarista, visto que, caso inexistas limites ao poder de tributar no Brasil, a taxa, diante do potencial de crescimento e do grande espectro de hipóteses de incidência passíveis de serem formulados pelos diferentes entes da Federação, poderá ser utilizada para gerar excedentes financeiros aptos a remunerar outras atividades, até então custeadas pelos impostos (já saturados). E, nesse caso, configurada estará a burla ao sistema constitucional tributário. Ademais, como já dito, a taxa tem em sua natureza uma relação de sinalagma, isto é, decorre de uma atividade específica do Poder Público, em prol do cidadão ou no interesse da coletividade.

Sem prejuízo, a ideia de limitação das taxas ao custo dos serviços, somado ao critério de que o montante deva ser correlato ao benefício auferido pelo contribuinte, impõe o dever do poder público primar pelo princípio da economicidade, na medida em que o simples rateio das despesas relativas à taxa poderia acarretar em indução à ineficiência, o que por evidência contraria o interesse da sociedade.

É bem verdade que a comprovação da equivalência dos custos e do benefício é medida muitas vezes de difícil comprovação, mas não impossível. Ademais, a ideia por trás do princípio da equivalência não redunde em exatidão aritmética, tal como ocorre no âmbito do controle e fiscalização das tarifas públicas cobradas pelos concessionários de serviços públicos. No campo tributário, a equivalência busca afastar os excessos e o desvio de finalidade na instituição de valores de taxas que podem acabar detendo finalidade meramente arrecadatória, em completo desvirtuamento da natureza da taxa.

Diante do exposto, mostra-se relevante a efetiva aplicação do *princípio da equivalência* (ou do *custo/benefício*, nas palavras de Torres) ao regime jurídico das taxas no Brasil, de modo que a arrecadação de determinada taxa seja proporcional ao custo do exercício da atividade de polícia administrativa ou da prestação, efetiva ou potencial, de serviço público, assim como seu montante seja coerente com o benefício ofertado ao contribuinte. Trata-se de princípio implícito na própria concepção da taxa, pela referibilidade e atuação estatal vinculada, como bem adverte Ataliba. E tal mister deve ser demonstrado já no projeto de lei de instituição da taxa, para pleno controle de legalidade por parte do Poder Legislativo e, *ex postis*, do Poder Judiciário, devendo ser mantido ao longo da vigência da tributação.

4.4.3 Competência para a instituição de taxa

Como já visto anteriormente, a competência tributária é inerente ao ente político, nos termos e nas condições estabelecidas pela Constituição Federal.

No que toca as taxas, a Carta Política de 1988 é clara ao dispor que compete à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir 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. Assim, todos os entes da Federação dispõem de competência, em tese, para instituir taxas como instrumento de financiamento das atividades e serviços previstos na hipótese de incidência da lei tributária, desde que adstritos ao comando do art. 145, II, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a competência tributária para a instituição das taxas está vinculada à própria competência do ente político no desempenho de determinada atividade de polícia administrativa ou da prestação de determinado serviço público. Ora, insubsistente a criação de taxa por parte de determinado município para fins de custear o exercício da regulação dos serviços locais de gás canalizado, de competência (material) dos Estados-membros, nos moldes do art. 25, § 2º da Constituição Federal⁷²⁴.

Em suma, a competência tributária está amarrada à competência material no que se refere à instituição das taxas, somente sendo permitida sua criação por parte do ente político quando dispuser de competência para o exercício do poder de polícia administrativa ou a prestação, efetiva ou potencial, dos serviços públicos específicos e divisíveis, fundamento legal da incidência tributária das taxas.

4.4.4 Taxa ou tarifa pública?

Como visto, tanto as taxas quanto as tarifas públicas são aptas a remunerar a prestação de serviços públicos divisíveis e específicos ofertados pelo Estado. Todavia, as taxas, diferentemente do que ocorre com as tarifas públicas, podem remunerar o exercício de atividades de

⁷²⁴ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

polícia administrativa, nos termos do art. 145, II da Constituição Federal e do art. 77 do Código Tributário Nacional.

Nesse cenário, divergências existem em relação à discricionariedade do Estado em valer-se de um ou outro modelo apto para tal finalidade, isto é, de instituir taxa ou tarifa pública como forma de remuneração dos serviços públicos ofertados aos cidadãos⁷²⁵.

Machado, em análise ao tema, discorre existir muita confusão em relação à instituição de taxa e de preço público para a remuneração de serviços públicos. Para o autor, as autoridades, “quando querem fugir aos princípios constitucionais limitadores do poder de tributar, sustentam que se trata de preço público.”⁷²⁶ Em sua visão, a diferença entre taxa e preço público reside no critério da *compulsoriedade*, visto o preço público decorrer da oferta de serviço público facultativo⁷²⁷. Machado compreende existir faculdade política na instituição, mediante lei, de taxa ou preço público como modo de remuneração de cada serviço público, desde que estes não sejam de natureza compulsória. Assim, os serviços públicos de uso compulsório devem ser sempre custeados por meio de tributos e, se

⁷²⁵ E as divergências não se restringem ao Brasil. Como ressalta Teixeira (2015, p. 51-52), ao analisar a realidade portuguesa, “a distinção preços ‘públicos’ vs. taxas continua a ser uma das mais difíceis distinções da disciplina de Finanças Públicas.”. Relata a autora que com a consolidação da jurisprudência europeia a matéria ganhou melhor distinção. Sob a atual dinâmica da legislação de Portugal, são remunerados por *preço*, nos termos do art. 21 da Lei n. 73/2013, que estabelece regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais, os seguintes serviços: a) abastecimento público de água; b) saneamento de águas residuais; c) gestão de resíduos sólidos; d) transportes coletivos de pessoas e mercadorias; e e) distribuição de energia elétrica em baixa tensão.

⁷²⁶ Machado, 2015, p. 773.

⁷²⁷ É o pensamento de Machado (2015, p. 737-738): “Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição. Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço. À liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela ordem jurídica no pertinente aos critérios para fixação do valor a ser cobrado, que será um tributo.”

específicos e divisíveis, cabível a instituição da taxa. Caso contrário, deverão ser custeados por impostos.

Amaro, no mesmo embalo, compreende que deve o Estado valer-se das taxas “se o serviço (que ele executa) *deve ser realizado* por imperativo de ordem pública”⁷²⁸, de maneira que é permitido ao poder público *optar* pela instituição de taxa ou preço público nos casos em que há faculdade na utilização do serviço. Amaro, então, dispõe que “em suma, nem só de taxas vivem os serviços públicos.”⁷²⁹.

Posição diversa é capitaneada por Coêlho, que vislumbra a coexistência das duas modalidades de remuneração de serviços públicos, tudo a depender da opção feita pelo legislador. Para o autor, quando o Estado diretamente presta serviço público *stricto sensu*, o caso é de taxa. Diversamente, quando o Estado delega a terceiros a prestação de serviços, sob o regime de direito privado, é admitida a adoção do regime de preço (tarifa pública)⁷³⁰. Ressalta-se que o autor somente vislumbra a existência de tarifa pública quando a prestação de serviços públicos tiver sido delegada à iniciativa privada (art. 175 da CF).

Outro é o pensamento de Carrazza, que defende a impossibilidade de o poder público remunerar-se através de preços públicos quando presta serviços públicos, diante da obrigatoriedade da adoção do regime jurídico-tributário, previsto na Constituição para tal finalidade⁷³¹. No mesmo sentido são as lições de Baleeiro⁷³², Ataliba⁷³³, Helena Costa⁷³⁴, Dias de Souza e Greco⁷³⁵. Para esses autores, a remuneração pela prestação de serviços públicos limita-se à instituição de taxa,

⁷²⁸ Amaro, 2005, p. 45.

⁷²⁹ Amaro, 2005, p. 43.

⁷³⁰ Coêlho, 2012, p. 402.

⁷³¹ Discorre Carrazza (2008, p. 638-639): “Se, no entanto, o Estado pretender remunerar-se pelos serviços públicos que presta ou pelos atos de polícia que realizar (tudo vai depender de sua decisão política, expressa em lei), deverá, obrigatoriamente, fazê-lo por meio de taxas (obedecido, pois, o regime jurídico tributário). Nunca por meio de preços públicos (também chamados tarifas ou, simplesmente, preços).

Apenas para tangenciarmos o assunto, os preços possuem regime jurídico diverso das taxas, não sendo dado ao legislador transformar estas naqueles, e vice-versa. De feito, enquanto os preços (tarifas) são regidos pelo direito privado, as taxas obedecem ao regime jurídico público. Nelas não há relação contratual, mas relação jurídica de conteúdo manifestamente publicístico.”

⁷³² Baleeiro, 2006, p. 508-509.

⁷³³ Ataliba, 1992, p. 142-143.

⁷³⁴ Costa, 2017, p. 149-150.

⁷³⁵ Caderno de Pesquisa Tributárias, n. 10, p. 114-115.

independentemente de tratar-se de serviços públicos compulsórios ou não.

Diferente é o entendimento de Gasparini, para quem somente os serviços públicos *compulsórios* são objeto de taxa, haja vista os serviços públicos *facultativos* serem remunerados por meio de tarifa pública. De acordo com o autor: “de sorte que não pode a entidade estatal, titular do serviço, escolher para sua remuneração a taxa ou tarifa. Aquela está adstrita aos serviços compulsórios; esta, aos facultativos”⁷³⁶. No mesmo sentido é o pensamento de Carvalho Filho⁷³⁷. Aqui, aparentemente, os autores não vislumbram qualquer possibilidade de opção pelo Estado na forma de remuneração dos serviços públicos. Se compulsórios, incide o regime da taxa. Se facultativos, vigora o regime do preço público.

A posição de Justen Filho também merece ser destacada, em especial pela relevância do doutrinador no estudo das concessões públicas no país. O autor caminha na mesma trilha de Amaro e Machado com relação à possibilidade de o Estado optar entre o regime tarifário e o regime das taxas, desde que não haja compulsoriedade no uso do referido serviço público. Justen Filho defende que serviços públicos de natureza compulsória, decorrentes da alta relevância à coletividade (demasiada essencialidade), devem ser remunerados por meio das taxas. Por fim, o autor compreende que os serviços públicos com *mutabilidade provável e previsível* não comportam o regime jurídico-tributário, permitindo-se a adoção do regime de tarifa pública, justamente para se modelar frente às necessárias e constantes adequações para sua oferta à sociedade⁷³⁸.

⁷³⁶ Gasparini, 2007, p. 301-302.

⁷³⁷ Carvalho Filho, 2016, p. 355.

⁷³⁸ Cita-se relevante passagem que enaltece a posição do Autor sobre o tema: “A fruição individual dos serviços públicos será compulsória quando for apta a gerar benefícios coletivos. (...) Por isso, o Estado tem o dever de instaurar a prestação do serviço tanto quanto pode impor a compulsoriedade de seu consumo por parte dos indivíduos, inclusive configurando como ilícita a recusa individual a tanto. Enfim, aplica-se um regime de consumo compulsório porque a decisão de fruir do serviço envolve interesse que não é meramente individual do fruidor do serviço. A tarifa não pode ser utilizada numa hipótese dessa ordem, na medida exata em que seu regime jurídico se reconduz aos mecanismos de mercado. A não submissão aos princípios da legalidade e da anterioridade reflete o afastamento de certas garantias aos indivíduos, garantias essas que são contrapartida da severidade e gravidade das restrições inerentes aos serviços públicos de consumo compulsório. Em segundo lugar, a aplicação do regime tributário pressupõe situações em que a mutabilidade das condições da prestação do serviço público seja improvável e imprevisível. Sempre que o fornecimento do serviço público envolver perspectiva de variações de custo ou de inovações derivadas de circunstâncias inerentes à natureza da atividade necessária

Há, do mesmo modo, aqueles que compreendem existir uma faculdade em torno da opção entre a remuneração dos serviços públicos por meio de taxa ou tarifa pública, inclusive nos casos dos serviços compulsórios, que também poderiam ser remunerados por tarifa pública. É o pensamento de Guimarães⁷³⁹, Pereira⁷⁴⁰ e Di Pietro⁷⁴¹. Para estes autores, a compulsoriedade reside não no pagamento das tarifas públicas, mas, sim, no uso dos serviços ou da infraestrutura, por critérios alinhados à saúde pública ou segurança.

Portanto, a matéria guarda complexidade ímpar, refletida nas diferentes posições doutrinárias em relação à forma de remuneração do Estado pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis.

Das posições acima citadas, pode-se identificar cinco linhas díspares de pensamento.

A primeira, no sentido de que somente as taxas podem remunerar serviços públicos, por força constitucional.

A segunda corrente parte do pressuposto de que os serviços públicos devem ser remunerados por meio de taxa sempre que prestados diretamente pelo Estado (art. 145, II da CF). As tarifas públicas somente seriam adequadas a remunerar os serviços públicos quando objeto de delegação a terceiros, mediante concessão ou permissão (art. 175 da CF).

Uma terceira posição caminha no sentido de existir discricionariedade do legislador em optar pelo regime jurídico de remuneração, de modo a ser perfeitamente apta a escolha entre a taxa ou tarifa pública como forma de remunerar os serviços públicos, inclusive quando prestados diretamente pelo Estado. Quando prestados por terceiros, mediante concessão e permissão, restaria obrigatória a remuneração através de tarifas públicas, por imposição do art. 175 da Constituição Federal. Já os serviços públicos compulsórios somente poderiam ser objeto de taxa.

à satisfação da necessidade coletiva, o regime tributário poderá ser afastado. A natureza da prestação e a impossibilidade de sua submissão ao regime tributário conduzirão à necessidade de adoção da via da tarifa. No entanto, deve destacar-se uma peculiaridade final. A taxa pode ser substituída pela tarifa, nos casos em que for cabível. Mas a recíproca não é verdadeira. É possível optar pela taxa em situações em que a tarifa for cabível – desde que não se pretenda impor compulsoriamente o consumo de serviços públicos pertinentes exclusivamente à satisfação do interesse individual” (Justen Filho, 2003, p. 348-349).

⁷³⁹ Guimarães, 2012, p. 117-118.

⁷⁴⁰ Pereira, 2006, p. 362.

⁷⁴¹ Di Pietro, 2005, p. 389.

Uma quarta linha de pensamento defende que somente os serviços públicos compulsórios seriam objeto de taxa, devendo os demais serviços públicos (de uso facultativo) ser remunerados através de tarifas públicas.

Por fim, um quinto entendimento caminha pela existência de faculdade por parte do legislador em estabelecer qual seria o regime jurídico de remuneração dos serviços públicos. Nesse caso, competiria ao legislador instituir taxa ou tarifa pública, mesmo nos serviços públicos compulsórios.

Vê-se quão controvertida é a matéria aqui posta, coexistindo posições doutrinárias heterogêneas sobre o tema. O único consenso diz respeito à obrigatoriedade de o Estado remunerar-se por meio de taxa quando do exercício de atividade de polícia administrativa, por tratar-se de função tipicamente de Estado e indelegável a terceiros.

Há nítido (e antigo) impasse em torno da remuneração de serviços públicos através de taxa ou tarifa pública, de imensa valia para o Direito Tributário e Administrativo. O melhor caminho passa pela interpretação sistêmica da Constituição, a privilegiar e garantir, acima de tudo, a efetividade dos serviços públicos prestados pelo poder público em prol da coletividade, núcleo central da existência do próprio Estado e atinente à preservação da dignidade da pessoa humana.

A leitura conjugada dos arts. 145, II e 175 da Constituição Federal parecer revelar que a melhor interpretação é aquela que permite a conjugação de duas formas de remuneração quando o Estado presta serviços públicos específicos e divisíveis. A primeira, através do regime jurídico-tributário das taxas. A segunda, mediante o regime jurídico-administrativo do preço público (tarifas).

E isso porque não há lógica em exigir-se, como defende parcela da doutrina, a adoção de taxas como única forma de remuneração dos serviços públicos. A prevalecer esse entendimento, parte significativa do art. 175 da Constituição Federal acaba por ser esvaziada, na medida em que ali consta, expressamente, a possibilidade dos concessionários de serviços públicos remunerarem-se através de tarifa pública. Em outras palavras, restaria inócua a previsão trazida pelo Constituinte originário da adoção de política tarifária para a remuneração dos serviços públicos, prestados diretamente pelo Estado ou sob o regime das concessões e permissões. Na prática, haveria a derrogação do art. 175 pelo art. 145, II da Constituição Federal, o que se mostra absolutamente equivocado e inapropriado.

A prevalecer essa tese (taxa como única forma de remuneração dos serviços públicos), restaria prejudicada a delegação da prestação de

serviços públicos pelo Estado, a exemplo das concessões de serviços públicos em diversas áreas, como o abastecimento de água e esgotamento sanitário, o transporte coletivo de passageiros, a distribuição de energia elétrica, o manejo dos resíduos sólidos urbanos, remuneradas sob a forma de tarifa (preço público).

Da mesma forma, não há sentido jurídico na tese de que somente quando houver delegação dos serviços (concessão ou permissão) restaria permitida a adoção do regime tarifário, visto que ao Estado incumbe remunerar-se, quando prestador direto dos serviços, tão somente mediante taxa. Aqui, novamente restringe-se – indevidamente – o comando jurídico previsto no art. 175 da Constituição Federal, que em momento algum limitou a política tarifária às concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Ademais, tal tese mostra-se frágil. Estar-se-ia a defender que o Estado pode delegar a prestação de serviços públicos (medida de grande repercussão jurídica), mas jamais adotar para si uma remuneração através de tarifa pública (situação menos impactante que a própria delegação dos serviços). Em suma, o Estado pode o mais (delegar a terceiros o serviço público, mediante remuneração por tarifa pública), mas não pode o menos (instituir tarifa pública para remunerar serviços públicos prestados diretamente pelo Poder Público). Defender tal tese significa dizer que o Estado detém legitimidade e competência para controlar e fiscalizar a política tarifária imposta às concessionárias e permissionárias de serviços públicos, afastando o regime jurídico-tributário, mas não possui a prerrogativa de valer-se do mesmo regime tarifário previsto na Lei nº 8.987/1995, qualificando-se insustentável essa tese.

Ademais, é praxe no país, de longa data, as entidades da Administração indireta do Estado remuneram-se através de tarifas públicas quando prestam serviços públicos, como ocorre no âmbito municipal com os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário (v.g., as autarquias municipais de água e esgoto) e no âmbito da União com os serviços postais e de telegrama (v.g., Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos).

Sob a ótica do cidadão (usuário de serviço público), mostra-se indiferente o pagamento de taxa ou tarifa pública, como bem destacado por Verli⁷⁴². Deveras, aos olhos do cidadão, relevante é o montante a ser

⁷⁴² Disserta o Verli (2005, p. 265): “Com efeito, se um cidadão for indagado sobre se prefere que a sua passagem de ônibus seja cobrada mediante o regime de taxa ou sob a forma de preço público, não haverá resposta, mas uma pergunta – “qual a diferença? – ou um sonoro ‘tanto faz’”.

adimplido e a qualidade do serviço ofertado pelo Estado, e não a natureza jurídica da referida remuneração (taxa ou tarifa pública).

Oportuno, assim, que se encontre uma interpretação consentânea com ambos os textos constitucionais (art. 145, II e art. 175), sem privilegiar um em detrimento de outro, permitindo que o Estado possa, frente às peculiaridades de cada serviço público, definir qual o melhor regime jurídico: taxa ou preço público. E tal decisão somente pode dar-se mediante lei, isto é, com a participação direta do Poder Legislativo, a quem compete a definição do regime jurídico (tributário ou administrativo) a ser imposto para a prestação de cada serviço público.

Aliás, a adoção do regime tarifário (preço público) em nada macula o direito do usuário dos serviços públicos, posto que o regime jurídico em torno da prestação de serviços públicos possui núcleo central comum, isto é, independe da forma de remuneração (taxa ou tarifa pública). Sempre deverão restar assegurados os princípios (i) do dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, (ii) da supremacia do interesse público, (iii) da universalidade, (iv) da impessoalidade, (v) da transparência, (vi) da continuidade, (vii) da motivação, (viii) do controle e (ix) da modicidade das tarifas ou equivalência das taxas. Este é um ponto central e ignorado por parcela da doutrina.

Bem verdade que o regime jurídico-tributário atrai a observância dos princípios da legalidade, noventena e anterioridade, impondo restrições ao poder de tributar do Estado⁷⁴³. E aqui resta a grande diferença entre os institutos da taxa e do preço público, o que, em si, não dá margem ao Estado estabelecer preços públicos abusivos e desconectados com o custo dos próprios serviços. Pelo contrário! Atualmente, grande parte das tarifas públicas cobradas dos usuários de serviços públicos sofrem forte regulação pelo Estado, através de entidades com autonomia e independência decisórias e processos públicos de revisão tarifária.

Em suma, o princípio da modicidade das tarifas e da equivalência das taxas⁷⁴⁴ resguardaria o usuário/contribuinte da imposição de valores abusivos e não condizentes com a própria realidade social dos

⁷⁴³ Em relação aos princípios da irretroatividade e do não confisco, também devem ser observados no regime tarifário o que, portanto, não se mostra ponto divergente entre os regime jurídico-tributário da taxa e jurídico-administrativo da tarifa pública.

⁷⁴⁴ O princípio da modicidade, em que pese reconhecidamente estar atrelado à noção de tarifa, pode ser aplicado às taxas *cum grano salis*, partindo-se do pressuposto da necessidade das mesmas serem mensuradas em valores proporcionais ao custo dos serviços ofertados. Trata-se do reconhecimento da aplicação do princípio da equivalência.

destinatários dos serviços públicos, valores esses constitucionalmente protegidos no âmbito dos regimes jurídicos tributário e administrativo. E, de fato, os princípios da legalidade e anterioridade mostram-se incompatível com o regime jurídico de certos serviços públicos, pela alta complexidade envolta na sua prestação, como bem ressaltado por Justen Filho.

Dá-se como exemplo o serviço de abastecimento de água potável. Trata-se notoriamente de serviço público imprescindível (alto grau de essencialidade), complexo (várias etapas, como a captação, adução, tratamento e distribuição) e com grande mutabilidade ao longo do tempo (novas tecnologias, escassez hídrica, ampliação constante de rede), requerendo a adoção de regime remuneratório por meio de tarifa pública diante da necessidade de constantes ajustes, inclusive para preservação da continuidade dos serviços.

É o que se vivenciou em São Paulo na intensa crise hídrica de 2014/2015, com a adoção de política tarifária objetivando a contenção do consumo e a preservação dos mananciais de água do Sistema Integrado Metropolitano. Mesma realidade esteve presente no Distrito Federal nos anos de 2017/2018, com grave crise hídrica e o estabelecimento de política tarifária específica para assegurar a continuidade dos serviços públicos (ao menos em seu mínimo essencial). Nos dois casos, as mudanças na política tarifária foram deliberadas por ato administrativo das respectivas agências de regulação (ARSESP, em São Paulo; e ADASA, no Distrito Federal), sem lei específica autorizando a majoração tarifária e com eficácia para o mesmo exercício financeiro. Nesses exemplos, certamente o regime das taxas não comportaria a adoção eficaz e ágil de medidas públicas necessárias para a preservação da continuidade dos serviços públicos, dada a necessidade de uma atuação imediata e eficaz, incompatível com o regime jurídico tributário da taxa.

Em conclusão, *compete à legislação infraconstitucional definir se determinado serviço público será remunerado por meio de taxa ou preço público (tarifa pública)*, a exemplo do que ocorre no setor do saneamento básico (vide art. 29 da Lei federal nº 11.445/2007), no qual o legislador, ao disciplinar o regime jurídico em torno da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, optou pela cobrança preferencialmente através de tarifas públicas. Da mesma forma ocorre com os serviços de transporte coletivo de passageiros (Lei nº 12.587/2012) e energia elétrica (Lei nº 9.427/1996), nos quais o legislador impôs regime jurídico específico para esses distintos serviços públicos. Entretanto, em todos os exemplos citados (fornecimento de água, coleta e tratamento dos esgotos sanitários, transporte de passageiros e energia

elétrica), o legislador preservou, e não poderia ser diferente, o núcleo central principiológico envolvendo os serviços públicos, extraído da própria Constituição Federal (princípios da universalidade, continuidade, modicidade das tarifas, entre outros).

Assim, em tese todos os serviços públicos poderiam ser remunerados através de taxas ou tarifas públicas, diante da previsão constante nos arts. 145, II e 175 da Constituição. Compreende-se, dessa maneira, ser competência do legislador definir o regime jurídico remuneratório dos serviços públicos sob o prisma do interesse público, diante da complexidade e mutabilidade de cada serviço público, procurando adotar um sistema remuneratório mais consentâneo com a realidade daquele serviço a ser prestado pelo Estado.

Destaca-se que tal pensamento não atrai ao regime de preço público a aplicação do princípio da legalidade estrita, inerente ao regime jurídico das taxas. Desta maneira, compete ao legislador definir qual o regime de remuneração (taxa ou tarifa pública) deverá ser aplicado na prestação de determinado serviço público, sem a necessidade de que o montante tarifário esteja condicionado à reserva legal, mas, tão somente, as linhas gerais de implementação da política tarifária do referido serviço público⁷⁴⁵.

Neste ponto, chega-se a uma segunda conclusão. *O regime das taxas mostra-se incompatível com inúmeros serviços públicos sob responsabilidade do Estado, especialmente porque está atrelado a princípios que não permitem ofertar mecanismos ágeis e eficientes para a preservação do próprio interesse público (continuidade, universalidade e segurança do serviço público ofertado)*. Nos dois casos antes relatados (abastecimento de água em São Paulo e no Distrito Federal), por exemplo, jamais seria possível a modificação das taxas no mesmo ano da crise hídrica, muito menos de maneira ágil, em especial diante dos princípios da legalidade e anterioridade intrínsecos ao regime jurídico-tributário das taxas, o que importaria na impossibilidade da adoção de importantes mecanismos regulatórios (ação estatal) para limitar e racionalizar o consumo de água. Em síntese, perderia a sociedade, caso o Estado não

⁷⁴⁵ Em sentido contrário é o pensamento de Verli (2005, p. 278): “por isso a tentativa de deixar compreendido, a final, que as taxas e os preços públicos, independentemente das diversas naturezas jurídicas que apresentam, submetem-se ao princípio geral de legalidade e, conforme o caso, à regra da legalidade estrita, uma vez identificados como prestações coativas de direito público, categorização jurídica que, para além da forma do instituto, liga-se à incidência dos valores constitucionais relacionados à segurança jurídica, à legalidade, ao amplo acesso à satisfação das necessidades básicas, à indisponibilidade genérica dos bens e atividades públicas etc”.

pudesse adotar medidas eficazes para a preservação da continuidade dos serviços públicos.

Deveras, as taxas, cada vez mais, restarão limitadas à remuneração das atividades de polícia administrativa, visto ser nítido o movimento no Brasil pela adoção da política tarifária como mecanismo previsto em lei para a remuneração de diversos serviços públicos, prestados diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão. Tal cenário já resta consolidado no setor de energia elétrica, abastecimento de água, esgotamento sanitário e transporte coletivo de passageiros, nos quais a remuneração dos serviços públicos ofertados dá-se, em regra, por tarifa (preço público). Em contrapartida, alguns serviços públicos ainda são custeados basicamente através de taxa, a exemplo do manejo dos resíduos sólidos urbanos em inúmeros municípios brasileiros, sem que haja, aqui, efetivo controle da equivalência das taxas impostas pelas municipalidades, o que ratifica as conclusões acima lançadas.

Enfim, há de se interpretar a Carta Política no sentido de não inviabilizar quaisquer dos dois regimes jurídicos instituídos pelo Constituinte originário: a taxa, no art. 145, II; e a tarifa pública, no art. 175. É a linha adotada por Amaro, Machado, Justen Filho, Coêlho, Di Pietro, entre outros citados anteriormente⁷⁴⁶. Esse também foi o pensamento originariamente desenvolvido por Ataliba, posteriormente modificado pelo autor⁷⁴⁷, que passou a vislumbrar nas taxas o único meio para a remuneração dos serviços públicos

Ademais, a previsão inserta no art. 150, § 3º da Constituição Federal ratifica tal tese, no sentido da possibilidade dos serviços públicos serem remunerados através de tarifa pública ou taxa, modificando-se, conforme o caso, o regime de imunidade tributária a incidir na situação em específico.

Portanto, a melhor interpretação da Constituição Federal é aquela em que atribui ao Estado a competência de instituir (i) taxa pelo exercício de atividade de polícia administrativa, posto tratar-se de ato de soberania

⁷⁴⁶ Importante esclarecer que os autores não convergem quanto à remuneração dos serviços compulsórios, cujas posições individuais foram anteriormente ressaltadas no texto.

⁷⁴⁷ Cita-se passagem de Ataliba (1992, p. 143): “Todas essas considerações conduzem inexoravelmente a reconhecer que os serviços públicos prestados pela Administração direta ou indireta somente podem ser remunerados por taxa, dado que configuram nitidamente serviço público” Em outra passagem, conclui seu pensamento: “Se se tratar de atividade pública (art. 175) o respectivo será taxa (art. 145, II); se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173) a remuneração far-se-á por preço” (1992, p. 150).

estatal indelegável (atividade típica de Estado); e (ii) taxa ou tarifa pública nos casos de prestação dos demais serviços públicos específicos e divisíveis, conforme definição (opção) a ser realizada pelo legislador infraconstitucional.

Tais conclusões objetivam prestigiar ambos os institutos jurídicos previstos na Constituição Federal (art. 145, II, taxas; art. 175, tarifas públicas), sem que um afaste a aplicabilidade do outro como mecanismo legítimo de remuneração dos serviços públicos. Assim, poderá o legislador optar pelo regime remuneratório incidente em cada serviço público específico e divisível, com base em suas características técnicas e jurídicas, a exemplo da alta carga de mutabilidade e essencialidade, a exigir regime jurídico remuneratório mais flexível e apto a permitir que o Estado estabeleça política tarifária para disciplinar o consumo e resguardar a continuidade dos serviços públicos.

Com relação aos serviços públicos de uso compulsório, apesar de o posicionamento majoritário ser no sentido da obrigatoriedade da instituição de taxa como forma de remuneração, compreende-se inexistir óbice para que sejam remunerados mediante tarifa pública, desde que referida obrigatoriedade de uso decorra de imperativos de ordem pública, a exemplo da proteção à saúde pública (v.g., os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário⁷⁴⁸).

Ademais, o critério da facultatividade do uso de determinados serviços públicos é extremamente relativo. O exemplo muito utilizado pela doutrina, como o da energia elétrica, em que poderia o usuário valer-se de gerador próprio para suprir tal finalidade, mostra-se extremamente frágil⁷⁴⁹. A um, porque não se mostra prática tolerada em inúmeros

⁷⁴⁸ O art. 45 (*caput* e § 1º) da Lei federal nº 11.445/2007 exige a conexão das residências à rede pública de abastecimento de água e esgotamento sanitário, inclusive obrigando o pagamento de tarifa pública. Cita-se texto da lei: “Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços. § 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.” (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018).

⁷⁴⁹ Usa referido exemplo Machado (2012, p. 86), na seguinte passagem: “... se há norma jurídica proibindo a instalação de grupo de gerador ou unidade de captação de energia solar em residências ou estabelecimentos comerciais ou industriais, de sorte que o atendimento da necessidade de energia elétrica por qualquer outro meio que não seja o serviço público torna-se impossível *sem violação da ordem jurídica*, tem-se a

condomínios residenciais. A dois, porque não é o que se vivencia na sociedade, que, na prática, vê-se compelida a usufruir dos serviços públicos de energia elétrica disponibilizados pelas concessionárias detentoras de delegação pelo poder público.

Destarte, ressaltando-se a posição doutrinária majoritária no sentido de atrelar a remuneração dos serviços públicos compulsórios à instituição de taxa, é passada a hora de superar-se tal pseudo obstáculo jurídico frente à inexistência de impedimento constitucional de remuneração dos serviços compulsórios através de tarifa pública. Para tanto, faz-se fundamental a atuação forte do Estado para a preservação das garantias dos usuários (modicidade tarifária, universalidade, continuidade, atualidade, etc), em especial porque os serviços públicos compulsórios são de alta essencialidade e necessidade (por isso mesmo compulsórios), impondo o dever da adoção de políticas tarifárias que viabilizem o acesso e uso desses serviços por toda a população, em especial a população de baixa renda.

4.4.5 A posição do Supremo Tribunal Federal em relação à remuneração dos serviços públicos compulsórios

O tema envolvendo a instituição de taxa e preço público já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade.

Já em 1963, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, analisando o aumento, sem lei autorizativa, das “taxas de água e saneamento” do Departamento de Saneamento do Estado de Pernambuco, assim se posicionou, conforme ementa do Recurso Extraordinário nº 54.194, sob relatoria do Ministro Luiz Gallotti:

Taxa de água e esgoto. É uma taxa típica, como tal apontada pela generalidade dos Mestres de direito financeiro e direito tributário, assim, sua majoração depende de lei. Delegações legislativas admitem-se em matéria econômica (tabelamento de preços, etc.) não em matéria tributária. A possibilidade de delegações legislativas na órbita tributária está excluída não só pela regra contida no art. 36 § 2º da

utilização do serviço - e, por isso mesmo, o pagamento da remuneração correspondente - é compulsória. Nesse caso, essa remuneração correspondente é taxa”. O mesmo exemplo foi utilizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no Recurso Extraordinário nº 576189/RS, julgado em 22/04/2009.

Constituição, mas de modo especial e enfático pelo § 34 do art. 141, o qual, no tocante aos tributos (impostos, contribuições e taxas), dispõe que nenhum será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça e nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados apenas o imposto por motivo de guerra e a tarifa aduaneira. Nem houve, no caso, delegação ao Poder Executivo, pois o Dec. Lei estadual 1413 de 13.7.1946, invocado pelo recorrido, é anterior à Constituição de 1946 e da competência ao Chefe do Governo, mas isso a um tempo em que o Chefe do Governo acumulava as funções executivas e legislativas. Diferença entre taxas e preços contratuais de serviços públicos (tarifas). O problema não se modifica por se tratar de uma autarquia, porque, ao constituí-la, o Estado personificou esse órgão da administração local, houve uma descentralização, mas com isso não se alienou o caráter público do serviço, trata-se de órgão paraestatal, a quem o Estado cede uma parte do seu imperium. A destinação especial não descaracteriza os tributos. Tornam-se então tributos ligados, conforme a terminologia alemã. O fato de ser do legado o tributo a um serviço descentralizado, a uma autarquia, não lhe altera a natureza. Se a taxa não deixa de ser pelo fato de só se tornar devida quando voluntariamente utilizado o serviço, força é concordar que, quando imposta por motivos de interesse público (saúde, higiene, etc.) independentemente daquela utilização, o seu caráter tributário se torna indiscutível. Na taxa, há um benefício especial mensurável e um interesse público predominante. No preço público, o pagamento é feito por um serviço ou mercadoria do governo, em primeiro lugar para um benefício especial do indivíduo e secundariamente no interesse da comunidade. Não há como equiparar á taxa de água e esgoto as chamadas taxas correspondentes à utilização de aeroportos (Decreto Lei nº 9192 de 1946), que o Supremo Tribunal considerou preços públicos

(tarifas), conforme as denomina o próprio Dec. Lei em vários dos seus preceitos.⁷⁵⁰

Em seguida, o mesmo tema foi posto em discussão no âmbito da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 54.491), sob a relatoria do Ministro Hermes Lima:

Mandado de Segurança contra ato do Diretor do Departamento de Saneamento do Estado de Pernambuco. Conceitua uma questão federal a interpretação do que seja impôsto, taxa e preço público. Essa distinção é necessária para se conhecer onde se situam as rendas industriais do Estado. A exigência do convívio coletivo impõe ao Estado a organização de serviços gerais. Os problemas relativos a esses serviços nascem de necessidades comuns e se o Estado tem deles a iniciativa é pela natureza das funções sociais que exerce. Nada fazendo para ganhar dinheiro, o Estado colabora para a manutenção e financiamento dos mesmos serviços em benefício de todos. Dêses serviços, derivam as rendas industriais do Estado. Dêse modo, tudo quanto cair na rubrica das rendas industriais do Estado é preço público, escapando, portanto, as exigências do art. 141, § 34 da Constituição. As contraprestações cobradas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e de esgotos do Recife são preço público, pois, nem toda contribuição por serviços prestados é taxa, conforme está no art. 30 da Constituição que diz competir à União, ao Distrito Federal, aos Estados e Municípios cobrar contribuição de melhoria, taxas e quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços. A

⁷⁵⁰ Recurso Extraordinário nº 54.194, relator Ministro Luiz Gallotti, Primeira Turma, julgado em 14/10/1963.

contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde à utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica, fiscal e administrativa, se denomina preço público. Além disso, a cobrança determinada pelo Departamento de Saneamento do Estado estava autorizada pela Lei nº 3 821, de 21.12.60.⁷⁵¹

Portanto, a Primeira e Segunda Turma detinham pensamentos diametralmente opostos em face da matéria envolvendo a remuneração dos serviços públicos de abastecimento de água. Para a Primeira Turma, prevalecia o caráter tributário (remuneração por taxa). Para a Segunda Turma, a referida “taxa de água e saneamento” era, na verdade, preço público, afastando o regramento jurídico-tributário.

Apresentados Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 54.194, o tema fora levado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Hermes Lima, assim ementado:

Embargos. Taxa de água e de saneamento. Questão de inconstitucionalidade da taxa, pois alegava-se que não havia lei que a autorizasse, segundo o art. 141, § 34 da Constituição. O Tribunal recebeu os embargos, visto não se ter alcançado o quórum para declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado.⁷⁵²

As notas taquigráficas do presente julgamento são elucidativas em revelar a divisão de entendimentos sobre a matéria no Plenário do Supremo Tribunal Federal. De um lado, a posição do relator Ministro Hermes Lima, acompanhado pelos Ministros Victor Nunes, Hahnemann Guimarães e Ribeiro da Costa, pela possibilidade da cobrança de preço público. De outro, a posição dos Ministros Luiz Gallotti, Gonçalves de Oliveira, Vilas Boas e Cândido Motta, no sentido da obrigatoriedade de instituição de taxa para remunerar serviços públicos de utilização

⁷⁵¹ Recurso Extraordinário nº 54.491, relator Ministro Hermes Lima, Segunda Turma, julgado em 15/10/1963.

⁷⁵² Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 54.194, relator Ministro Hermes Lima, julgado em 25/3/1965.

compulsória. Citam-se excertos das notas taquigráficas que revelam a discussão posta em relação ao tema:

O SENHOR MINISTRO HERMES LIMA (RELATOR) - Mas, a obrigação de pagar decorre da obrigação de utilizar o serviço, porque é essencial ao convívio humano, sobretudo numa grande comunidade. Este é o cerne do problema. Portanto, trata-se de contribuição financeira pela utilização do serviço público, serviço gerido pelo Estado ou por concessionário. Como nas chamadas taxas aero-portuárias, a taxa de saneamento é preço público, porque se trata de renda industrial, porque o funcionamento desses serviços de caráter industrial exige renovação constante de material, exige vigilância, administração, gestão verdadeiramente industrial.

São serviços dinâmicos, que estão a requerer, a cada momento, inovações, melhoramentos.

(...)

O SENHOR MINISTRO GONÇALVES DE OLIVEIRA - Não há dúvida nenhuma. No Brasil, tradicionalmente, as taxas de água e esgoto são verdadeiramente taxa, porque a Câmara Municipal sempre sobre elas se manifestou. Qualquer estudioso perflustrar as legislações locais, verificará que sempre a Câmara de Vereadores considerou a taxa de águas e esgotos como taxas, aprovada nas Leis Municipais do orçamento.

O SENHOR MINISTRO HERMES LIMA (RELATOR) - Isto depende, também, da evolução dessa conceituação. Há que considerar o aumento da população, nas grandes cidades, a natureza desses serviços, a complexidade do serviço, o material de que se necessita dispor, etc.

É preciso considerar que o Poder Executivo pode ter necessitado de maior flexibilidade na gestão desses serviços. É o que está dito no decreto do Governador Carvalho Pinto.

(...)

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLOTTI - (...). Quero, agora, desfazer um equívoco do eminente mestre. S. Exa. supõe entender eu que a obrigatoriedade da cobrança é elemento essencial no conceito de taxa. Não! Há taxas sem tal

obrigatoriedade. Então é que pode caber, em cada caso, a discussão sobre se é taxa ou preço público. Mas, no caso em julgamento, há obrigatoriedade do pagamento, mesmo não sendo usado o serviço, e assim o caráter tributário se torna incontestável. Foi o que mostrei, dizendo (fls. 469):

O SENHOR MINISTRO VICTOR NUNES – (...)

No caso presente, é preciso distinguir se a obrigatoriedade resulta do serviço, que se remunera, ou se resulta de outras considerações, vindo a obrigatoriedade da remuneração do serviço por via de consequência. Esta última hipótese, ao meu ver, foi demonstrada, com muita lucidez, pelo eminente Ministro Hermes Lima.

A obrigatoriedade, no caso em exame, de pagar a "taxa" de água e esgoto não está vinculada ao uso, ou não uso do serviço. Resulta de uma imposição de ordem sanitária, segundo a qual quem quer que construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e de esgoto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLOTTI - E é por isso que todos os autores lhe reconhecem o caráter tributário. Nenhum diz o contrário.

O SENHOR MINSITRO VICTOR NUNES - O que é obrigatório, portanto, é dotar o imóvel dessa utilidade, em razão de considerações de sanidade pública. Se a cidade não tivesse serviço de água, se não tivesse rede de esgoto, e o particular fosse obrigado, pelas mesmas razões, a construir uma fossa, à sua custa, o que gastasse, nessa obra, não poderia, de modo nenhum, ser considerado tributo, apesar de ser uma despesa obrigatória. A obrigatoriedade da despesa resulta, repito, de uma imposição de ordem sanitária.

Em consequência dessa compulsão de natureza sanitária, é que se monta o serviço de água e esgotos. Esse serviço, mesmo quando não utilizado, acarreta despesas mínimas de administração, e só essas despesas mínimas de administração é que são remuneradas por aqueles que, tendo a obrigação de instalar o serviço, entretanto não o estejam usando efetivamente. Estão pagando o preço mínimo da manutenção do serviço, mas esse pagamento resulta, portanto, da obrigatoriedade de ter o serviço. A obrigatoriedade

do pagamento é indireta. Direta é a obrigatoriedade de equipar o imóvel urbano com esse serviço.

Ainda em 1965, o Pleno do Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre a matéria nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 54.491⁷⁵³, mantendo a orientação então traçada nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 54.194. Portanto, em 1965 o Supremo Tribunal Federal estava dividido em relação à matéria envolvendo a remuneração dos serviços de abastecimento de água.

A tese defendida mais enfaticamente pelos Ministros Hermes Lima e Victor Nunes (ED em RE nº 54.194) era no sentido de que a prestação dos serviços de abastecimento de água pelo Estado poderia dar-se através de preço público (e não taxa), de modo que a compulsoriedade no pagamento de preço público não decorria da prestação dos serviços, mas,

⁷⁵³ Segue ementa: *Tributos. Impostos, taxas e serviços públicos. O preço de serviço não se confunde com taxa, não é tributo e não está sujeito às regras do artigo 141, § 34, da Constituição. Fato gerador. Critério diferencial com base na tipificação. Embargos rejeitados.* (Embargos no RE nº 54.491, relator Ministro Pedro Chaves, julgado em 3/5/1965). Do voto vencedor, da lavra do Ministro Pedro Chaves, extraem-se as seguintes razões de decidir: *“Tomando-se a espécie sub judice como exemplo, a dificuldade está na escolha de um critério científico seguro e diferencial entre “taxa” e “preço”. E doutrina assenta que a taxa propriamente dita, se caracteriza pela natureza remuneratória de um serviço específico prestado ou posto à disposição do contribuinte, com caráter obrigatório e daí procurar-se na “obrigatoriedade” a diferença entre taxa e preço, para se concluir que sendo o preço obrigatório, confunde-se com a taxa, incidindo com ela na exigência da legalidade formal e da previsão orçamentária, na forma do art. 141, § 34, da Constituição. Esse critério, entretanto, não é absoluto e não oferece a resistência lógica de uma diferença específica, porque variável como o próprio critério da obrigatoriedade. Efetivamente, o conceito de obrigatoriedade além de não ser peculiar à taxa, não desnatura a configuração do preço público, também obrigatório para todos que se utilizam do serviço. Assim, na ausência de um elemento diferencial oriundo da técnica da imposição tributária, que eu me abalanço a insistir em que só a tipificação do fato jurídico perante a distinção procurada. A base de legalidade da contribuição está no art. 30, III, da Constituição, que permite à União, Estados e Municípios cobrar qualquer renda que possa provir do exercício de suas atribuições e “da utilização de seus bens e serviços”. Aí se encontra a qualificação legal do fato, a figura típica abstrata, em tese e para que haja a tipificação objetiva, incidente, é necessária a realização material do fato – a utilização do bem ou serviço, na espécie - a ligação do edifício às redes do serviço. Para a constituição da “taxa” basta que a utilidade seja posta à disposição do contribuinte; na compreensão do “preço do serviço” só aparece a incidência com a utilização. Diferem, portanto, uma e outra figura na sua tipificação. Daí resulta que o preço do serviço pode ser alterado fora da restrição do art. 141, § 34 da Constituição, referente apenas a tributo”.*

sim, da obrigatoriedade da conexão às redes públicas de abastecimento de água, por imperativo de saúde pública. Uma vez conectado ao sistema, por obrigação sanitária, o pagamento do preço público decorria da utilização dos serviços, sendo permitida a cobrança de valores mínimos pela manutenção do sistema ofertado aos cidadãos. Mesma tese foi adotada no voto vencedor do Ministro Pedro Chaves (ED em RE nº 54.491).

Já a tese defendida pelo Ministro Luiz Gallotti, balizada na doutrina majoritária à época, partia do pressuposto de que os serviços de água detinham compulsoriedade intrínseca, decorrente da sua obrigatoriedade de pagamento mesmo quando não utilizados os serviços. Nas palavras do Ministro, “há obrigatoriedade do pagamento, mesmo não sendo usado o serviço, e assim o caráter tributário se torna incontestável”.

Como mostram as notas taquigráficas lançadas no julgamento dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 54.194, que acabou empatado quanto ao mérito da matéria, a questão era polêmica e controvertida no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em 1968 o tema voltou a ser apreciado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 54.996, sob relatoria do Ministro Barros Monteiro:

Constituindo chamadas taxas d'água não propriamente taxas, mas preços públicos, não é inconstitucional a majoração impugnada, decorrente de atualização prevista em lei. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁷⁵⁴

Tais precedentes fundamentaram a expedição, em 1969, da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

No ano de 1977, novamente o Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 77.162, no âmbito da Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Leitão de Abreu, abordou a matéria envolvendo a

⁷⁵⁴ Recurso Extraordinário nº 54.996, relator Ministro Barros Monteiro, Primeira Turma, julgado em 27/5/1968.

dicotomia entre taxa e preço público na prestação dos serviços de abastecimento de água:

Preço público. Essa a natureza jurídica da tarifa cobrada pelo fornecimento de água. Não incidência, na hipótese, da Lei 4.591/64, artigo 11, porquanto aí se estabelece regra a observar para efeito tributário, não para efeito de preço público. Recurso extraordinário não conhecido.⁷⁵⁵

E assim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷⁵⁶ se manteve até a presente data em relação à remuneração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, compreendendo como lícita a instituição de preços públicos, mesmo diante da obrigatoriedade de conexão às redes públicas de água e esgoto, e por consequência, de utilização e pagamento dos respectivos serviços.

O Supremo Tribunal Federal também analisou a temática das taxas e preços públicos envolvendo os serviços de fornecimento de energia elétrica, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 576.189/RS, que assim restou ementado pelo relator Ministro Ricardo Lewandowski:

TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO.

⁷⁵⁵ Recurso Extraordinário nº 77.162, relator Leitão de Abreu, Segunda Turma, julgado em 24/5/1977.

⁷⁵⁶ Vide os seguintes julgados: ARE nº 910397 ED/SP, relator Ministro Edson Fachin, DJE de 24/11/2015; AI nº 753.964/RJ-AgR, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 30/10/13; AI nº 784.175/DF-AgR, Primeira Turma, relator Ministra Rosa Weber, DJe de 26/2/13; RE nº 581.085/MS-AgR-ED, Primeira Turma, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 15/10/12; RE nº 518.256/RS, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 15/12/2011.

I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos.

III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez.

IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental.

V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento.⁷⁵⁷

Assim, a compulsoriedade continuou servindo como critério central para a diferenciação entre taxas e preços públicos (tarifas), mesmo que tal atributo (compulsoriedade do uso do serviço público ofertado) não seja intrínseco a todas as taxas instituídas. No caso, o voto vencedor do Ministro Ricardo Lewandowski, seguido pelos demais integrantes do Tribunal Pleno, foi no sentido de que sempre que seja possível alguém optar por certo comportamento que afaste a obrigatoriedade da utilização do serviço público, estar-se-á diante da possibilidade de instituição de preço público (tarifa), pela natureza voluntária da obrigação.

Eis que em 1980 é posta em julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal a discussão em torno da tarifa da remoção de lixo domiciliar no Município do Rio de Janeiro (Recurso Extraordinário nº 89.876). O acórdão, da lavra do Ministro Moreira Alves, teve a seguinte ementa:

Tarifa Básica de Limpeza Urbana – Em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa não pode o Poder Público estabelecer, a seu arbítrio, que à prestação de

⁷⁵⁷ Recurso Extraordinário nº 576189/RS, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/04/2009.

serviço público específico e divisível corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público. - Sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo - o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública -, a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 295, de 12 de novembro de 1975, do poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa. - Inconstitucionalidade do referido decreto, uma vez que taxa está sujeita ao princípio constitucional da reserva legal. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁷⁵⁸

No caso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, com voto divergente do Ministro Cordeiro Guerra, manifestou-se pela inconstitucionalidade do preço público (tarifa) de remoção de lixo do Município do Rio de Janeiro, pelo seu caráter de compulsoriedade, o que atrai a incidência do regime jurídico-tributário das taxas. Extrai-se as razões de decidir do Ministro Moreira Alves:

O preço público decorre de relação contratual, ainda que esta nasça de um contrato de adesão. Mas, nem nos contratos de adesão se retira à parte contratante a faculdade de aderir, ou não, ao contrato, sem que sua não-adesão lhe torne necessária a comissão de um ilícito administrativo. Se alguém pagar a tarifa do ônibus, cujo serviço é autorizado pelo Poder Público, pode fazê-lo, sem sofrer qualquer sanção, e sem estar obrigado, para deslocar-se (o que poderá fazer por outro meio de transporte, ou, em último caso, a pé), a cometer infração administrativa. No caso da remoção de lixo, já que sua produção é necessária, não é possível ao particular sequer omitir-se, pois, ainda assim, estará infringindo norma de controle sanitário.

É, pois, o próprio Poder Público que se vê, indiretamente, obrigado a reconhecer – o que não pode deixar de ser reconhecido por defluir da natureza mesma das coisas – que a remoção de lixo

⁷⁵⁸ Recurso Extraordinário nº 89.876, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 04/09/1980.

é serviço público obrigatório para ele e para o particular, pois, sem ele, se atenta contra a saúde pública.⁷⁵⁹

E, no mesmo julgamento, o ministro Moreira Alves, em considerações complementares ao voto inicialmente trazido ao Plenário, em contraposição aos argumentos do Ministro Cordeiro Guerra, que via identidade no caso concreto ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal quanto aos serviços de abastecimento de água, assim discorreu:

Daí, em se tratando de água, e desde que o Estado não cobre dos indivíduos a água de que ele não usa, mas que foi colocada à disposição dele, admitir-se (como admite este Tribunal e admite também a doutrina) que a sua utilização efetiva seja paga por meio de preço público. Com efeito, só quem paga, querendo, se utiliza efetivamente do serviço (à semelhança da passagem de ônibus), ao passo que quem não quiser poderá deixar de usar dele, sem ter que pagar nada ao Estado, utilizando-se se outros meios normais para a obtenção de água: água da chuva, água de poço comum, água de poço artesiano, água fornecida por empresas particulares (em caminhões-pipa ou garrafões). Aliás, essa facultatividade é da essência mesma do preço público, que é a contraprestação de serviços indústrias e comerciais facultativamente utilizados pelo particular, que só os paga quando, porque quer (e não porque é compelido ao Estado a isso), efetivamente se vale deles.⁷⁶⁰

Ainda sobre os serviços de resíduos sólidos, o Supremo Tribunal Federal expediu em 2009 a Súmula Vinculante nº 19⁷⁶¹, atestando a constitucionalidade da remuneração através de taxa dos serviços de coleta, remoção e destinação dos resíduos sólidos urbanos.

⁷⁵⁹ Recurso Extraordinário nº 89.876, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 04/09/1980.

⁷⁶⁰ Recurso Extraordinário nº 89.876, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 04/09/1980.

⁷⁶¹ Dispõe a Súmula: *A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.*

Pelos precedentes colacionados, vê-se que a compulsoriedade ainda é fator determinante para a caracterização da forma de remuneração dos serviços públicos. Se inexistir facultatividade em relação à sua utilização (e pagamento), por parte de quem se utiliza dos serviços, visto não dispor de outros meios para se valer daquele mesmo fim, restará caracterizada a relação jurídico-tributária a ensejar a remuneração por meio de taxa. Caso contrário, existindo meios alternativos para a fruição desses serviços, afasta-se a incidência obrigatória do regime das taxas, de modo a ser possível ao Estado, nos termos da lei, optar também pela tarifa pública como forma de remunerar a prestação de serviços públicos de uso não compulsório.

E essa matéria será novamente objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 903 (repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 847.429⁷⁶²), sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, oportunidade na qual se deliberará sobre a constitucionalidade da delegação dos serviços de coleta e remoção de resíduos sólidos e sua remuneração através de tarifas, consolidando o emprego desse regime remuneratório inclusive na prestação de serviços públicos de natureza compulsória.

Portanto, vê-se que os precedentes do Supremo Tribunal Federal admitem como lícitas as duas modalidades de remuneração dos serviços: taxa e tarifa pública. A complexidade do tema é de partida, ou seja, reside em verificar no caso concreto a natureza compulsória ou não de cada serviço público instituído pelo Poder Público. Caso verificada a compulsoriedade, os precedentes caminham pela obrigatoriedade de instituição de taxa. Caso contrário, poderá o legislador estabelecer a remuneração dos serviços públicos fruídos ou fruíveis por meio de taxa ou tarifa pública.

⁷⁶² Ementa: Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares prestado mediante contrato de concessão. Natureza jurídica da contraprestação do serviço público (taxa ou tarifa). Possui repercussão geral a questão constitucional relativa à possibilidade de delegação, mediante contrato de concessão, do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares, bem como a natureza jurídica da remuneração de tais serviços, no que diz respeito à essencialidade e à compulsoriedade. (Tema 903, relator Ministro Dias Toffoli)

5 A INSTITUIÇÃO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA DA TAXA NO ÂMBITO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Chega-se ao ponto central da pesquisa: a instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos no Brasil. Aqui serão abordadas as questões centrais e diretamente relacionadas ao exercício da capacidade tributária ativa pelos consórcios públicos, bem como a possibilidade (ou não) dos mesmos serem remunerados pela arrecadação de taxas, e, caso possível, os contornos jurídicos que devem ser observados para o respeito do sistema constitucional tributário.

Antes, porém, importante repisar as conclusões tecidas ao longo dos capítulos antecedentes, essenciais para a construção lógica e racional da tese desenvolvida na presente pesquisa.

5.1 BALIZAMENTO DA TESE: AS CONCLUSÕES ATÉ ENTÃO JÁ LANÇADAS

A temática dos serviços públicos e as diferentes formas de sua oferta pelo Estado foi objeto de análise e ponderação ao longo do Capítulo 1. Ali foram abordados os aspectos mais relevantes em relação à atual concepção do que seja serviço público no ordenamento jurídico pátrio, a partir da sua concepção oriunda dos estudos promovidos especialmente por Duguit e Jèze durante o período da Escola de Bordeaux (também designada de Escola Francesa de Serviço Público), passando-se pelas crises na concepção do serviço público ao longo dos séc. XX e XXI, bem como pela sua dinâmica na União Europeia.

A partir desse cenário, definiu-se serviço público como sendo as atividades de cunho prestacional (comodidades materiais) definidas na legislação como de responsabilidade do Estado, fruível individualmente pelo cidadão ou genericamente pela coletividade, que pode prestá-las diretamente ou através de seus delegatários, mediante regime jurídico público e específico, para o fim de propiciar coesão e solidariedade social diante dos valores e objetivos assegurados pela Constituição. Trata-se de um conceito jurídico voltado para o ordenamento jurídico brasileiro, justamente porque fruto da interpretação da vigente Constituição Federal, nada obstando que tal conceito seja remodelado a partir da introdução de nova estrutura funcional do Estado, mediante, por exemplo, uma Emenda Constitucional.

A relevância do conceito posto reside justamente na necessidade de se limitar no campo do Direito os contornos dessa atividade ofertada

pelos entes da Federação, que não se confunde com outras funções sob o encargo do Estado.

Inicialmente, o conceito revela que os serviços públicos são concebidos como comodidades materiais de cunho prestacional, a revelar uma ação positiva do Poder Público em favor do cidadão, ofertando-lhe bens ou serviços que melhoram seu bem-estar e qualidade de vida. E compete à Constituição e à legislação infraconstitucional definir quais atividades de cunho prestacional são de responsabilidade do Estado, que não se confundem com as atividades econômicas regidas pela liberdade econômica e submetidas a regime jurídico diverso (destinado às atividades de livre iniciativa).

Ainda, no conceito de serviço público proposto inclui-se os serviços de cunho social que são prestados pelo Estado de forma não privativa, a exemplo da saúde, educação, assistência social e previdência social. Também restaram incluídos no conceito os serviços ofertados pelo Estado relacionados às comodidades materiais de natureza *uti universi* (iluminação pública, limpeza pública, entre outros), usufruídos de maneira coletiva e indiscriminada, situação que diverge do clássico conceito de serviço público ofertado por Bandeira de Mello⁷⁶³, como bem discorrido ao longo do Capítulo 1. Por sua vez, afastou-se do conceito proposto as funções públicas de cunho meramente administrativo, de fomento ou correlatos à soberania nacional, assim como as atividades de polícia administrativa e de natureza legislativa e judiciária.

Da mesma maneira, no Capítulo 1 delimitou-se os campos de atuação da Administração Pública quando da prestação de serviços públicos, isto é, as diversas maneiras que dispõe o Poder Público de ofertar serviços públicos à sociedade, seja através dos modelos mais tradicionais, como a prestação de serviços pelos órgãos da Administração Direta ou pelas entidades que compõe a Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, as fundações públicas e os consórcios públicos); seja mediante a delegação dos serviços públicos a terceiros, através dos institutos jurídicos da concessão, da permissão e das parcerias público-privadas.

A definição de serviço público e suas diferentes maneiras de prestação pelo Estado em prol dos cidadãos é determinante para a compreensão, no Capítulo 2, da gestão associada de serviços públicos, inserida no art. 241 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que também baliza constitucionalmente os consórcios públicos e convênios de cooperação no país.

⁷⁶³ Bandeira de Mello, 2017, p. 81.

Para tanto, inicialmente resgatou-se no Capítulo 2 os ideais em torno da concepção do Estado federal, sistema federativo que tem, na visão de Bonavides⁷⁶⁴, relação intrínseca e inflexível com a lei da participação e a lei da autonomia. Pela lei da participação, os Estados-membros efetivamente atuam do processo de elaboração da vontade política da organização federal, mediante representantes no processo legislativo nacional e de mudança da própria Constituição. Por sua vez, a lei da autonomia confere aos Estados-membros da Federação a possibilidade de estabelecer uma ordem constitucional própria e legislar sobre assuntos da sua competência, no âmbito dos seus limites geográficos e observados os parâmetros fixados pela Constituição.

Dáí Horta apontar como as características marcantes do sistema federativo (i) a composição plural dos entes estatais, (ii) a indissolubilidade do vínculo federativo, (iii) a repartição de competências, (iv) a autonomia do Estado-membro, (v) a intervenção federal, (vi) o sistema bicameral, (vii) a repartição tributária, (viii) a existência de uma Corte Constitucional, dotada de jurisdição conclusiva na interpretação e na aplicação da lei federal e da Constituição Federal⁷⁶⁵. Apesar de tais características estarem geralmente presentes nos Estados federativos, ressalta o autor que restaram aprimoradas ao longo dos séculos XIX e XX por diferentes Estados, inclusive para amoldarem-se aos novos dilemas oriundos do processo de globalização e da criação de blocos econômicos.

Por isso, o Estado federal é forma de organização política que sofreu profundos impactos especialmente ao final do séc. XX e início do séc. XXI, com nuances de Estado para Estado, de modo que inexistiu um modelo pré-definido e estanque de Estado Federal. Questões como a globalização, a internet, o terrorismo e os movimentos migratórios em massa afetaram – e continuam afetando - os modelos federativos de Estado, sendo perceptível, nas últimas décadas, a centralização de poder e competências em torno da União, principalmente para fins de manutenção da segurança nacional e soberania.

No que toca o Estado brasileiro, desde a Proclamação da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, em 15 de novembro 1889, o centralismo fiscal e de competências no âmbito da União fora característica marcante na prática federativa, apesar da autonomia e das competências reconhecidas formalmente aos Estados-membros. Dessa maneira, apesar da tradição brasileira com o federalismo já perdurar mais

⁷⁶⁴ Bonavides, 2010, p. 195.

⁷⁶⁵ Horta, 1981, p. 14.

de 100 anos (as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 adotaram o sistema federativo de Estado), o modelo de Federação adotado pelo Brasil ainda é objeto de acentuadas críticas. Isso porque ao longo do tempo o regime federativo não conseguiu materializar o processo de descentralização político-administrativa almejado com a proclamação da República, travestindo um federalismo puramente formal, limitando-se a buscar soluções e modelos externos para uma realidade distinta das peculiaridades brasileiras, agravando as desigualdades sociais e econômicas entre as diferentes regiões do país e permitindo a manutenção da centralização de poder e competências na pessoa do Chefe do Poder Executivo federal.

A Constituição de 1988 procurou superar tal dinâmica centralizadora e autoritária em torno da União e da autoridade do Presidente da República, mediante a criação de um complexo e moderno regime de competências privativas, comuns e concorrentes entre os entes da Federação (inclusive reconhecendo os municípios como entes componentes da Federação), bem como através da definição de tributos passíveis de instituição pelos entes da Federação e de um plexo de repartição de receitas tributárias da União aos Estados-membros e municípios, e dos Estados-membros aos municípios. Enfim, a Constituição de 1988, além de consolidar o processo de redemocratização do país, procurou atenuar o centralismo fiscal e de poderes em torno da União, dando maior equilíbrio à Federação brasileira, inclusive com a previsão de cooperação entre os entes federativos para o melhor equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nacional.

Apesar da cooperação entre os entes da Federação ser características do Estado federal, logo na primeira década de vigência da Constituição de 1988 fora promovida importante alteração do texto constitucional com o objetivo de fomentar os laços de intergovernabilidade federativa, ao lado de inúmeras outras medidas estruturantes de reforma do Estado brasileiro. Deveras, a inclusão da gestão associada de serviços públicos pela Emenda Constitucional nº 19/1998 procurou sanar o déficit de intergovernabilidade existente no país, e, através da constitucionalização dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, materializar o federalismo de cooperação timidamente previsto no sistema constitucional de 1988, inclusive para fins de autorizar a gestão associada de serviços públicos.

É sob esse cenário que os serviços públicos e as competências da União, dos Estados, dos municípios e do Distrito Federal devem ser concebidos, isto é, primando-se pela adoção de mecanismos de eficiência, economicidade e compartilhamento de estrutura, pessoal e expertise

quando da prestação de serviços públicos ou do exercício das competências de cada ente da Federação. E os consórcios públicos materializam a cooperação federativa, em perfeita harmonia com a autonomia dos entes que compõe o Estado federal.

Portanto, no Capítulo 2 apresenta-se a estrutura da cooperação federativa no regime da Constituição Federal, enaltecendo a relevância da Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu nova redação ao art. 241 da Constituição Federal e previu os consórcios públicos como instrumento de cooperação e intergovernabilidade. Concluiu-se que, diferentemente do que ocorre na criação (cogente aos municípios) das estruturas regionais e de “cooperação” pelo ente estadual (art. 25, § 3º, da CF), a cooperação federativa inserida pelo art. 241 da Constituição é marcada pela preservação da autonomia dos entes da Federação e pela solidariedade na consecução de objetivos comuns, em sintonia com o “federalismo cooperativo democrático”. Destarte, a gestão associada de serviços públicos, materializada por meio dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, apresenta-se consentânea com os pilares centrais da República e da Federação, valores assegurados e intrínsecos à Constituição de 1988.

A partir desses pressupostos, conceituou-se a gestão associada de serviços públicos como a atividade de cooperação federativa entre dois ou mais entes da Federação para o planejamento, a prestação, a regulação ou a fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, mediante a criação de consórcio público ou a celebração de convênio de cooperação, com ou sem a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal entre os entes pactuantes ou entre estes e o consórcio público.

E sob esses prismas, em especial sob a luz do princípio do federalismo, segura a conclusão no sentido de que os consórcios públicos podem ser manejados, por dois ou mais entes da Federação, como instrumento do federalismo de cooperação apto ao exercício de inúmeras atividades, inclusive aquelas relacionadas ao poder de polícia administrativa e à prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

Os convênios de cooperação, por sua vez, podem ser caracterizados como espécie do gênero convênios administrativos, destinados a instrumentalização de relações de intergovernabilidade, especialmente a gestão associada de serviços públicos. Nesse contexto, pode-se conceituar o convênio de cooperação como pactuação formal, bilateral e obrigacional, de natureza contratual e previamente autorizada por lei, celebrado entre dois ou mais entes da Federação, com o objetivo

de satisfazer interesses comuns, especialmente a gestão associada de serviços públicos, sem que haja a formação de nova pessoa jurídica. Vê-se que o principal elemento que distingue os consórcios públicos dos convênios de cooperação é a formação de nova pessoa jurídica nos consórcios públicos, situação inexistente tal situação no âmbito dos convênios de cooperação, apesar de idêntico o escopo de atuação entre ambos os instrumentos de cooperação federativa.

Ainda no Capítulo 2, estabeleceu-se que a atuação dos consórcios públicos não se restringe à gestão associada de serviços públicos. Esta é somente uma das possibilidades de atuação dos consórcios públicos, provavelmente a mais relevante no contexto constitucional, mas não a única. Por mais que o conceito de gestão associada de serviços públicos seja aberto, abrangendo atividades de planejamento, prestação, regulação e fiscalização de serviços públicos (*stricto sensu*), ainda assim inúmeras outras atividades podem ser objeto de consorciamento, como exemplificado pelo art. 3º do Decreto federal nº 6.017/2007 (trata-se de *numerus apertus*).

Em suma, concluiu-se que os consórcios públicos podem exercer quaisquer atividades de interesse comum, desde que (i) adstrito às competências constitucionais dos seus entes consorciados e (ii) não se trate de atividade indelegável pelo Estado, tal como ocorre com as atividades judiciária e legislativa e os atos de natureza eminentemente política.

O Capítulo 3 destina-se ao estudo dos consórcios públicos. Aqui são apresentados os elementos intrínsecos à constituição e ao funcionamento desse relevante instrumento de cooperação federativa, mediante análise crítica da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Lei federal nº 11.107/2005 e Decreto federal nº 6.017/2007). E importantes enunciados são definidos com o objetivo de traçar as características centrais dos consórcios públicos.

Os consórcios públicos são pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, criadas através de uma relação contratual, ou seja, nascem da celebração do contrato de consórcio público, após ratificação, por lei de cada ente da Federação, do Protocolo de Intenções. Rompe-se, assim, com a tradição até então existente da criação de consórcios públicos sem personalidade jurídica e com natureza meramente administrativa, amparada tão somente em simples convênio administrativo, sem a contratualização dos direitos e deveres entre os entes da Federação consorciados e entre estes e o próprio consórcio público. A Lei federal nº 11.107/2005 rompe com essa sistemática ao estabelecer personalidade jurídica própria aos consórcios públicos,

proporcionando segurança jurídica aos consórcios públicos, aos entes da Federação e aos terceiros interessados no que tange aos direitos e obrigações.

Portanto, dois ou mais entes da Federação podem estabelecer relações de intergovernabilidade, inclusive para a gestão associada de serviços públicos, através da celebração de convênio de cooperação ou da criação de consórcio público, que poderá ser constituído como pessoa jurídica de direito público ou de direito privado. O consórcio de direito público é classificado pelo Código Civil (art. 41, inc. IV) como associação pública, numa concepção de autarquia interfederativa, sujeita ao regime jurídico publicista e detendo regramento próprio previsto na Lei federal nº 11.107/2005. Por possuírem natureza autárquica, as associações públicas podem desempenhar inúmeras atividades de interesse comum dos entes da Federação, inclusive aquelas relacionadas ao poder de polícia administrativa. Ainda, os consórcios públicos de direito público gozam das imunidades típicas das autarquias, nos termos do art. 150, § 2º da Constituição Federal. Por sua vez, os consórcios públicos de direito privado são caracterizados como associações civis (art. 15, da Lei federal nº 11.107/2005), cuja essência é o exercício de atividades sem fins econômicos (lucrativos).

Sendo assim, no Capítulo 3 definiu-se que as atividades administrativas inerentes à limitação administrativa da liberdade e propriedade, incluindo a expedição de atos normativos e a aplicação das sanções daí decorrentes, que configuram o conceito de poder de polícia administrativa, podem ser desenvolvidos no âmbito dos consórcios públicos de direito público, justamente porque de natureza autárquica e regidas integralmente pelo regime publicista.

Por sua vez, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, dúvidas existem em relação à legitimidade de os consórcios públicos de direito privado executarem parcela das atribuições previstas no âmbito do art. 241 da Constituição Federal e da Lei federal nº 11.107/2005, no que diz respeito às atividades de polícia administrativa, pois não submetidos integralmente ao regime de direito público. Conforme tem prevalecido na doutrina majoritária, poderiam as pessoas jurídicas de direito privado, a exemplo dos consórcios públicos de direito privado, desempenhar tão somente funções acessórias ou conexas aos atos de polícia administrativa, desde que não inseridas na competência de normatizar, sancionar ou impor limites a liberdades e direitos perante terceiros

Essa dicotomia entre consórcios públicos de direito público (associações públicas) e de direito privado (associações privadas) é de

extrema valia para o desenvolvimento do tema da instituição, fiscalização e cobrança das taxas no âmbito dos consórcios públicos, seja pela natureza jurídica diversa entre tais modalidades de cooperação federativa, seja porque seu escopo de atuação é diverso, de modo que os consórcios de direito privado possuem reduzido prisma de atuação em relação aos consórcios de direito público, notadamente quanto à execução das atividades-fim de polícia administrativa. No Capítulo 5 esse tema voltará a ser debatido, pela sua relevância à pesquisa.

Por fim, no Capítulo 4 são abordadas as questões afetas à taxa no sistema constitucional tributário, com especial ênfase ao regime de competências tributárias, ao exercício da capacidade tributária ativa e ao princípio da legalidade tributária, pontos centrais para a elaboração da tese em torno da instituição, cobrança e fiscalização das taxas no âmbito dos consórcios públicos quando do exercício da gestão associada de serviços públicos.

Definiu-se que as taxas são espécie de tributos, caracterizadas como prestação pecuniária compulsória, diversa das sanções pelo cometimento de ato ilícito, instituída em lei, tendo como hipótese de incidência a atuação direta do Estado em prol do cidadão. A referibilidade imediata, assim, é marca indistinta da taxa, desde sua concepção, o que a torna um tributo vinculado a uma atuação direta e imediata do Poder Público em favor do administrado, não se confundindo com outras figuras do Direito destinadas a remunerar a prestação de serviços públicos, a exemplo das tarifas públicas (espécie do gênero preços públicos).

Desta forma, a instituição de taxa, por qualquer dos entes da Federação, somente pode ter como hipótese de incidência uma das duas situações previstas no Código Tributário Nacional (art. 77) e na Constituição Federal (art. 145, II). A primeira, pelo exercício de atividade típica de polícia administrativa, caracterizada pelo art. 78 do Código Tributário Nacional como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. A segunda hipótese de incidência reside na prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis. Nessa segunda hipótese, permitiu o legislador brasileiro a instituição de taxa pela prestação de serviço público fruído e fruível, de modo que a simples disponibilidade

do serviço público dá ensejo à instituição e cobrança da respectiva taxa (arts. 77 e 79 do CTN).

Como consequência da legalidade tributária, a lei que cria determinada taxa deverá dispor dos seus elementos constitutivos, a exemplo da hipótese de incidência, base de cálculo, sujeitos ativo e passivo, alíquotas, enfim, as matérias essenciais para a definição do fato gerador, dos responsáveis pela cobrança e pagamento e da valoração da obrigação tributária principal.

Da mesma forma, no Capítulo 4 concluiu-se no sentido de que é necessária a aplicação do princípio da equivalência (ou do custo/benefício) ao regime jurídico das taxas no Brasil, de modo que a arrecadação de determinada taxa seja proporcional ao custo do exercício da atividade de polícia administrativa ou da prestação, efetiva ou potencial, de serviço público, ou, no mínimo, que seu montante seja coerente com o benefício ofertado ao contribuinte, situação atualmente não observada com rigor no regime constitucional tributário brasileiro.

As conclusões acima lançadas, balizadas em teoria de base e argumentação exposta ao longo dos quatro capítulos antecedentes, permitem situar o leitor em relação aos conceitos jurídicos a seguir utilizados e intrinsecamente correlatos ao problema objeto da tese desenvolvida, evitando-se equívocos e sobressaltos quando da exposição das conclusões finais em relação à possibilidade de instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos quando do exercício da gestão associada de serviços públicos, frente o sistema constitucional tributário. Passa-se a enfrentar o problema posto.

5.2 A LEGALIDADE DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS EXERCEREM CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA

Como acima visto, ao longo desse estudo percorreram-se questões afetas (i) à delimitação dos conceitos de serviço público e de gestão associada de serviço público, (ii) à relevância do federalismo de cooperação como desdobramento do princípio federativo e respeito à autonomia dos entes da Federação, (iii) à dinâmica em torno da criação e funcionamento dos consórcios públicos disciplinados pela Lei federal nº 11.107/2005, (iv) ao sistema constitucional tributário e (v) à criação de taxas como mecanismo de financiamento de determinadas ações do Estado.

Portanto, relevantes premissas já foram postas à mesa e devidamente enaltecidas ao longo do presente trabalho. E uma das mais

importantes diz respeito à importância do princípio federativo no sistema constitucional brasileiro, cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF⁷⁶⁶) e que irradia todos os demais microsistemas constitucionais, a exemplo do sistema constitucional tributário. Como já abordado, a Federação, ao lado da República e Democracia, são pilares do Estado brasileiro, valores que norteiam os diversos comandos e institutos jurídicos alocados na Constituição⁷⁶⁷.

Carrazza é contundente em primar pela relevância do princípio federativo no regime tributário brasileiro. Aduz que no modelo constitucional brasileiro “não poderão ser expedidas leis ou normas infralegais (e.g., regulamentos) que, de alguma forma, anulem as exigências do princípio federativo”, assim como sua interpretação não poderá “reduzir as dimensões deste alicerce de nosso ordenamento jurídico⁷⁶⁸”. Na mesma direção segue Coêlho, inferindo que “sendo a federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas, e sendo a autonomia financeira o penhor da autonomia dos entes federados, tem-se que qualquer agressão, ainda que velada, a estes dogmas, constitui inconstitucionalidade⁷⁶⁹”.

Em síntese, o princípio federativo é pedra angular na interpretação do sistema constitucional e infraconstitucional; deve restar preservado quando da aplicação das leis e da própria Constituição, sob pena de violação ao núcleo central do Estado brasileiro, tal qual concebido pelo constituinte originário de 1988.

⁷⁶⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado;

⁷⁶⁷ Está-se a dizer que os valores da Federação, República e Democracia, além de estarem previstos de forma expressa no texto da Constituição de 1988, já estão incorporados como valores intrínsecos ao Estado brasileiro, que mesmo numa nova Assembleia Constituinte deverão ser automaticamente reconhecidos como valores inerentes à sociedade brasileira, ao lado de outros valores como da proteção da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade de pensamento. Reporta-se aqui ao pensamento de Maltez (1998, p. 77-78): “Nesse sentido, o direito, como ciência de princípios, implica o realismo de reconhecermos a existência de valores, entendidos, por um lado, como a força vital ou histórica, e por outro, como a base, ou o fundamento, de qualquer ordem estabelecida. Uma postura que não se confunde com o normativismo positivista nem com o formalismo conceitualista dos modelos sistematistas, aconselhando a que, em qualquer análise jurídica, se comece pelos alicerces, pelas fontes de inspiração, pelos fundamentos espirituais do próprio direito”.

⁷⁶⁸ Carrazza, 2008, p. 150.

⁷⁶⁹ Coêlho, 2012, p. 58.

E os consórcios públicos, como visto, são desdobramento do princípio do federalismo, fruto da cooperação e da autonomia dos entes da Federação, nos moldes do art. 241 da Constituição Federal. Assim, o consórcio público é instrumento de cooperação federativa de que dispõe o Estado para, a critério de cada ente federativo, dar consecução aos objetivos sob competência do Poder Público. E é sob este contexto que a legislação infraconstitucional, que rege os consórcios públicos, deve ser interpretada e aplicada, partindo da premissa de que os consórcios públicos são instrumentos de cooperação federativa aptos a dar resolutividade às questões afetas ao interesse dos entes federativos que os compõem.

Se de um lado resta evidente a competência dos consórcios exercerem poder de polícia administrativa e ofertarem serviços públicos específicos e divisíveis à sociedade, em nome dos entes consorciados; de outro a legislação infraconstitucional não regrou a respeito da possibilidade da instituição, cobrança e fiscalização de taxa pelos consórcios públicos, apta ao financiamento das ações de polícia administrativa ou da prestação de serviços públicos (art. 145, II da CF).

De fato, inexistente no ordenamento jurídico infraconstitucional previsão a respeito da possibilidade dos consórcios públicos arrecadarem taxas como mecanismo de obtenção de receita própria. A Lei dos Consórcios Públicos silencia nesse sentido, limitando-se a mencionar a competência de *arrecadação de tarifas e outros preços públicos*, conforme redação dada ao art. 2º, § 2º da Lei federal nº 11.107/2005⁷⁷⁰. O Decreto federal nº 6.017/2007 também não avança nesse ponto. Por sua vez, o art. 4º da Portaria nº 274, de 13 de maio de 2016⁷⁷¹, expedida pela

⁷⁷⁰ Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

⁷⁷¹ Art. 4º Constituem recursos dos consórcios públicos: I – recursos financeiros transferidos pelos entes da Federação consorciados, com base no contrato de rateio; II – bens móveis ou imóveis recebidos em doação; III – transferências de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos; IV - tarifas e outros preços públicos; V – auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo que não compõem o consórcio público; VI – receita de prestação de serviços; VII – outras receitas próprias. § 1º Os entes consorciados somente entregarão recursos financeiros ao consórcio público mediante contrato de rateio. § 2º Os bens recebidos em doação com ônus somente integrarão o

Secretaria do Tesouro Nacional e que estabelece as normas gerais de consolidação das contas dos consórcios públicos, da mesma maneira silencia em relação às receitas tributárias, limitando-se a prever a possibilidade dos consórcios públicos auferirem, além daquelas receitas reconhecidas pela Lei federal nº 11.107/2005, *outras receitas próprias*.

Apesar do silêncio da lei e dos regulamentos, compreende-se inexistir óbice de que os consórcios públicos exerçam capacidade tributária ativa, isto é, que exijam e arrecadem tributos, em especial taxas. Dito de forma direta, nada obsta que qualquer ente da Federação delegue capacidade tributária ativa a determinado consórcio público do qual pertença como ente consorciado. Trata-se do gozo da própria competência tributária de cada ente da Federação, de modo que a delegação de capacidade tributária ativa a terceiros manifesta-se como corolário dessa competência reconhecida pela Constituição Federal.

São três os argumentos em sede constitucional que balizam essa conclusão.

O primeiro deles diz respeito à necessidade de preservar-se a própria *autonomia dos entes da Federação* (art. 18 da CF), que deve ser assegurada na aplicação da legislação infraconstitucional. Não poderia a Lei dos Consórcios Públicos tolher os entes da Federação do exercício de competência assegurada pela Constituição Federal (instituir e arrecadar seus tributos). A proibição do ente da Federação delegar parcela de sua competência inerente à cobrança, arrecadação e fiscalização tributária revela-se arbitrária e em desconformidade com a autonomia dos entes federativos, além de fazer tábua rasa do federalismo de cooperação, concebido exatamente no seio da comunhão de esforços e recursos entre os entes da Federação (art. 241 da CF).

O segundo decorre da *competência tributária* concedida aos entes da Federação no âmbito do sistema constitucional tributário, inclusive com a possibilidade de instituição, por lei, de taxas para remunerar as atividades de polícia administrativa e a prestação, efetiva e potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis (art. 145, II da CF). Afronta a Constituição Federal privar os entes federativos de instituírem determinada taxa com a finalidade de remunerar as atividades ou serviços públicos desempenhados pelo consórcio público. Tal restrição limita a forma de atuação do Estado, na medida em que praticamente inviabiliza a atuação conjunta de entes da Federação nas áreas que envolvem atividades e serviços que poderiam ser financiados por taxas.

patrimônio após o cumprimento das condições estabelecidas pelo doador, devendo ser objeto de controle individualizado.

Daí porque um terceiro argumento reside na própria observância do princípio do *federalismo de cooperação*, intrínseco à estrutura do Estado federal brasileiro. À medida em que se veda os entes federativos criarem estrutura consorciada com receitas próprias (no caso, as taxas), está-se a ceifar, além de importante parcela da sua autonomia e competência tributária, o princípio da cooperação entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios. É certo que a impossibilidade da adoção de mecanismos eficazes de remuneração das atividades de cooperação federativa acarreta no próprio desestímulo da sua efetivação, ou seja, na busca de soluções individuais por cada ente da Federação para a consecução de suas responsabilidades, em prejuízo do uso de mecanismos de intergovernabilidade, a exemplo dos consórcios públicos.

Portanto, viola os princípios da *autonomia federativa* (art. 18, da CF), da *competência tributária* (art. 145, da CF) e do *federalismo de cooperação* (23, par. único e 241, da CF) privar os consórcios públicos do exercício de capacidade tributária ativa para arrecadarem taxas destinadas ao financiamento de atividades que possam caracterizar hipótese de incidência dessa espécie de tributo (art. 145, II, da CF).

E de fato é completamente dispensável a existência de regramento infraconstitucional disciplinando a matéria, justamente porque ela decorre do mero desdobramento dos preceitos devidamente reconhecidos pela Constituição Federal e de longa data assentados na doutrina especializada. Isto é, mostra-se desnecessário – para não se dizer inútil – que lei reconheça uma prerrogativa que a própria Constituição Federal já delega aos entes da Federação, de maneira clara e contundente. Para que os consórcios públicos possam valer-se da cobrança de taxas para o financiamento das suas atividades, basta, como se abordará no próximo item, que se respeitem os princípios e a regras estabelecidas pelo sistema constitucional tributário, a exemplo da legalidade tributária.

Como se não bastassem os argumentos com piso constitucional, a própria legislação infraconstitucional dá baliza à instituição de taxas em favor dos consórcios públicos pelos seus entes consorciados. Veja-se!

Inicialmente, reviva-se que a Lei federal nº 11.107/2005 está adstrita à competência da União em disciplinar *normas gerais* sobre contratos (art. 22, XXVII da CF). Isso posto, certamente a lei em referência não discorre sobre todos os elementos em torno dos consórcios públicos, justamente por ter sido empregada para fixar normas gerais, sem o predicativo de esgotar a matéria. Dito de maneira direta, por óbvio que uma lei de caráter geral, tal como a Lei dos Consórcios Públicos, não regrará todas as situações jurídicas passíveis de regulamentação, sendo

que o silêncio da lei não pode ser interpretado como proibição de atuação dos entes da Federação, desde que compatível com a ordem constitucional (como no caso o é).

Ademais, o próprio *caput* do art. 2º da Lei federal nº 11.107/2005 é claro em reconhecer a autonomia dos entes da Federação em delimitar os objetivos (e por consequência, as competências) dos consórcios públicos, observada a Constituição Federal. Ora, compete à União, estados, municípios e Distrito Federal dispor daquilo que será delegado e transferido para os consórcios públicos, dentro da sua autonomia e em consonância com as competências originárias estabelecidas pela Constituição.

Não é raro o poder público delegar capacidade tributária ativa a pessoas jurídicas que compõem a administração pública indireta, a exemplo das autarquias. Da mesma forma, a parafiscalidade é de muito reconhecida como compatível com o regime constitucional, o que não retira a natureza tributária dos valores cobrados pelas entidades beneficiárias⁷⁷², o que reforça o argumento da capacidade tributária dos consórcios públicos para o fim de arrecadarem taxas como contrapartida pela prestação de serviços públicos ou pelo exercício do poder de polícia administrativo (art. 145, II, da CF).

Por fim, a legislação infraconstitucional já reconheceu expressamente a possibilidade dos consórcios públicos cobrarem taxas, tanto para a prestação de serviços públicos quanto para o exercício do poder de polícia administrativa. É o que consta da Lei federal nº 11.445/2007 (art. 8º c/c 29⁷⁷³), que autorizou a prestação dos serviços

⁷⁷² Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 704.292/PR (Tema 540 em repercussão geral), relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016; e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.697/DF, relator Ministro Edison Fachin, Tribunal Pleno, Julgamento em 06/10/2016.

⁷⁷³ Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico 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.

.....

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, na forma estabelecida a seguir, e, quando necessário, por outras formas adicionais como subsídios ou subvenções: I - abastecimento de água e esgotamento sanitário - na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente; II - limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, exceto o serviço a que se refere o art. 7º, *caput*, inciso III - na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, conforme o regime de

públicos de saneamento básico por meio de consórcios públicos, o que acaba por reforçar a legalidade de os consórcios públicos valerem-se dessa modalidade de remuneração dos serviços ofertados à sociedade (desde que específicos e divisíveis). No mesmo diploma legal consta autorização para que a regulação dos serviços seja desempenhada através de consórcio público, presumindo-se que estes podem valer-se da cobrança de taxas como forma de remuneração e manutenção da autonomia financeira, elemento central da atividade regulatória no país⁷⁷⁴.

E, como já discorrido ao longo dos Capítulos 2 e 3, já existem consórcios públicos no pleno exercício da capacidade tributária ativa, arrecadando taxas instituídas pelos entes consorciados com a finalidade de financiamento das atividades prestadas. É o caso, por exemplo, da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico (ARIS), constituída por 180 municípios de Santa Catarina, da Agência Intermunicipal de Regulação do Médio Vale do Itajaí (AGIR), composta por 14 municípios catarinenses; e da Agência Reguladora ARES PCJ, composta por 55 municípios do estado de São Paulo. Essas três agências foram constituídas sob a forma de consórcio público de direito público

prestação do serviço ou das suas atividades; e III - drenagem e manejo de águas pluviais urbanas - na forma de tributos, inclusive taxas, conforme o regime de prestação do serviço ou das suas atividades. § 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes: I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública; II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços; III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço; IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos; V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência; VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços; VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços. § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços. (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

⁷⁷⁴ Vide, por exemplo, a previsão constante na própria Lei federal nº 11.445/2007, no seu art. 21, que assim dispõe: “O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios: I – independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; (...)”. Deveras, a autonomia financeira é princípio caro ao direito regulatório, justamente para que as agências regulatórias detenham condições de autofinanciamento, não ficando à mercê do repasse de recursos orçamentários, situação que evidentemente poderá levar a situações que embarçam as atividades regulatórias.

(associação pública) e são responsáveis pela regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico nos municípios abrangidos pelo consorciamento. Mensalmente cobram taxas dos prestadores de serviços decorrente do exercício do poder de polícia administrativo (poder regulatório), nos termos e condições da legislação de cada ente da Federação.

Em suma, não existem razões a afastar a competência dos consórcios públicos para cobrarem e arrecadarem taxas decorrentes das atividades elencada no artigo 145, II da Constituição Federal, *desde que estas sejam instituídas por lei de cada ente da Federação (respeito ao princípio da legalidade tributária) e haja previsão para tanto nos instrumentos de constituição do consórcio público (protocolo de intenções e contrato de consórcio público).*

O silêncio da Lei federal nº 11.107/2005 não pode significar proibição aos consórcios públicos gozarem de atribuição que decorre da própria Constituição Federal, consubstanciada na autonomia dos entes da Federação e na respectiva competência tributária para instituir e arrecadar tributos, nos limites estabelecidos pela Carta Constitucional de 1988.

Destarte, a Lei dos Consórcios Públicos deve ser interpretada de maneira sistêmica, a partir dos princípios constitucionais que lhe deram causa (em especial o federalismo de cooperação, a autonomia dos entes federativos e a competência para instituição de tributos). As disposições ali previstas pelo legislador devem ser analisadas nesse contexto normativo, isto é, do ordenamento jurídico como um todo, proporcionando coerência e harmonia ao sistema, e nunca de maneira isolada, em si mesma, cada regra como um ser descolado do conjunto normativo, como bem adverte Becker⁷⁷⁵. É o que Maximiliano já alertava no início do séc. XX, ao frisar que a correta hermenêutica da norma jurídica “resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida”⁷⁷⁶. Em síntese, compete ao intérprete o exame da norma jurídica mediante a análise do Direito em sua integralidade, tal como um sistema, e não em fatias, de maneira individualizada, que podem não revelar o real alcance da norma analisada.

⁷⁷⁵ “A lei considerada em si mesma, como um ser isolado, não existe como regra jurídica. Isolada em si mesma, a lei existe apenas como fórmula literal legislativa, sem conteúdo jurídico ou como simples fenômeno jurídico. (...). A regra jurídica contida na lei (fórmula literal legislativa) é a *resultante* lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial” (Becker, 2008, p. 115).

⁷⁷⁶ Maximiliano, 2011, p. 106.

Assim, reforça-se, a Lei dos Consórcios Públicos não pode ser interpretada a fim de delimitar a autonomia dos entes da Federação, muito menos para restringir sua competência tributária reconhecida pela Constituição Federal. Há que se interpretar a lei a partir das balizas constitucionais que lhe dão vida, no caso, os princípios do federalismo e da competência tributária que gozam os entes da Federação para financiar suas ações em prol da sociedade. E os consórcios públicos são ferramenta apta a tal desiderato. Carece de validade a interpretação que alija o federalismo de cooperação e tolhe a autonomia dos entes da Federação, posto contrária à ordem constitucional.

E a possibilidade de instituição de taxas não se limita aos consórcios de direito público. Nada obsta que os consórcios de direito privado recebam delegação dos entes consorciados das funções de arrecadar e fiscalizar as taxas instituídas por lei, nos termos do art. 7º do Código Tributário Nacional⁷⁷⁷.

Nesse diapasão, tantos os consórcios públicos de direito público (associações públicas) quanto os de direito privado (associações privadas) estão legitimados a auferirem poderes dos seus entes consorciados para a cobrança e fiscalização das taxas instituídas por cada ente da Federação, como mecanismo de remuneração dos serviços prestados ou dos poderes de polícia administrativa desempenhados.

E a eventual natureza de direito privado do consórcio público em nada afasta tal mister, justamente porque a legislação de regência não impede que entidades privadas exerçam tal parcela de competência tributária, desde que a entidade exerça atribuições de relevância pública, a exemplo do que ocorre com as entidades parafiscais (Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, entre outras entidades). Nesse aspecto, é indubitável que os consórcios públicos de natureza privada possuem relevância pública, até porque pertencem à administração indireta de cada ente federativo consorciado e executam atividades de interesse público, como discorrido no Capítulo 3.

⁷⁷⁷Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

Poder-se-ia, inclusive, aventar-se a ideia da constituição de consórcio público para o fim de criar-se estrutura administrativa comum para a cobrança, arrecadação e fiscalização de tributos (gestão tributária) de competência dos entes consorciados. O exemplo calha bem no âmbito municipal, onde não raramente as estruturas administrativas destinadas à gestão tributária estão aquém da relevância dessa função para a administração pública, o que importa em prejuízo à arrecadação tributária. Inexiste impedimento para a criação de consórcio público com a finalidade de promoção da gestão tributária dos municípios consorciados, contribuindo para a alocação de servidores bem capacitados e remunerados diante da complexidade e relevância dessas atribuições de natureza fiscal⁷⁷⁸.

Enfim, tanto os consórcios de direito público como os de direito privado podem exercer capacidade tributária ativa⁷⁷⁹, desde que preservado o sistema constitucional tributário.

Na literatura brasileira, em dois momentos referido tema fora abordado⁷⁸⁰. A primeira anotação, datada de 2006, é de Alves, em sua obra intitulada *Comentários à Lei dos Consórcios Públicos*, no sentido da possibilidade dos consórcios públicos deterem capacidade tributária ativa⁷⁸¹. Já em 2007, Ribeiro organizou, a pedido da Confederação Nacional dos Municípios, uma cartilha sobre os consórcios públicos, na qual consta posição favorável em relação à cobrança de taxas no âmbito dos consórcios públicos⁷⁸².

⁷⁷⁸ Importa destacar que se desconhece experiência concreta nesse sentido no Brasil.

⁷⁷⁹ Nesse ponto reformula-se concepção pessoal inicialmente exarada em artigo sobre o tema publicado em conjunto com Balthazar, no sentido da impossibilidade dos consórcios de direito privado cobrarem e arrecadarem taxa (Balthazar; Probst, 2018, p. 328).

⁷⁸⁰ É o que revelou nossa pesquisa ao longo do estudo de doutoramento, sempre passível de eventual engano. Mas é possível precisar que a temática é simplesmente ignorada pelos manuais e obras de Direito Tributário e Administrativo, provavelmente porque nova e ainda afeta quase que exclusivamente aos municípios.

⁷⁸¹ Discorre Alves (2006, p. 64-65): “A *parafiscalidade* na esfera dos consórcios públicos se verifica quando determinado ente da Federação (integrante ou não de determinado consórcio público (dotado de competência tributária, exercer a prerrogativa de instituir tributo e tornar-se sujeito ativo de obrigação tributária, lhes transfere parcela de sua capacidade tributária ativa (arrecadação) e a aplicação do produto arrecadado, sejam eles associações públicas ou associações civis, mediante lei específica e uniforme aprovada no âmbito de cada ente consorciado.”. Esta é a única passagem sobre a matéria na obra do autor.

⁷⁸² Afirma Ribeiro (2007, p. 29-30): “Deve se lembrar que alguns consórcios podem prestar serviços públicos remunerados por taxa ou tarifas públicas, pelo que serão

Aparentemente, são essas as duas únicas alusões existentes no campo doutrinário sobre a cobrança e arrecadação de tributos pelos consórcios públicos, o que se mostra muito aquém da relevância e complexidade da matéria, até porque referidos autores não se debruçaram sobre o tema específico, limitando-se a lançar a ideia da possibilidade dos consórcios arrecadarem receita tributária através de taxas, sem, contudo, discorrer sob que condições dar-se-ia tal atributo e seus desdobramentos no campo das relações tributárias. Mesmo assim, o entendimento de Alves e Ribeiro encontra eco nas conclusões lançadas aqui.

Em síntese, a interpretação que se apresenta mais coerente e harmônica é aquela que autoriza a instituição de taxa, por parte dos entes da Federação, em favor dos consórcios públicos, como mecanismo de financiamento das atividades por eles desenvolvidas (polícia administrativa ou oferta de serviços públicos específicos e divisíveis), desde que observados os princípios inerentes ao sistema constitucional tributário. Assim, podem os consórcios públicos, tanto de direito privado como de direito público, exercerem capacidade tributária ativa, desde que tal mister seja delegado pelo ente consorciado em favor do consórcio público, nos moldes do art. 7º do Código Tributário Nacional. Tal interpretação privilegia a Federação brasileira e assegura a autonomia e a competência tributária dos entes da Federação, em consonância com o próprio sistema constitucional tributário.

5.3 A INSTITUIÇÃO DE TAXA NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO PÚBLICO

Conforme abordado acima, tem-se como perfeitamente lícito o exercício de capacidade tributária ativa por parte dos consórcios públicos (de direito público e de direito privado), mediante delegação de tal competência pelos entes consorciados. Assim, nada obsta que o consórcio público desempenhe a atribuição de arrecadação e fiscalização de taxas criadas no âmbito de cada ente da Federação, de modo a ser constitucional a instituição de taxa por qualquer ente da Federação em favor de consórcio público, tendo como objetivo financiar as atividades desenvolvidas no âmbito da cooperação federativa.

Entretanto, é preciso analisar com maior atenção os critérios para a instituição de taxas no âmbito dos consórcios públicos, isto é, de que forma devem ser criadas (instituídas) referidas taxas em favor dos

mantidos também pelas receitas assim arrecadadas”. Esta é a única passagem sobre a matéria na obra do autor.

consórcios públicos, assim como seus reflexos de ordem prática, objetivando a preservação do sistema constitucional tributário.

5.3.1 A instituição de taxa pelos entes consorciados em favor do consórcio público

A instituição de tributos, tal qual ocorre com a taxa, decorre do exercício da competência tributária de cada ente da Federação. Assim, compete às pessoas políticas (e tão somente a estas) a criação de qualquer espécie tributária, mediante lei que estabeleça no mínimo os elementos centrais do tributo: hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquota, conforme abordado no Capítulo 4.

Nesse sentido, a criação de taxa no âmbito de qualquer consórcio público é competência privativa de cada ente da Federação consorciado, isto é, da pessoa política que detém a legitimidade constitucional de exercer tal competência no âmbito tributário. Jamais poderá haver criação de taxa (ou de qualquer outro tributo) pelo consórcio público, mesmo que eventualmente autorizado pela legislação do ente consorciado.

Melhor esclarecendo, é insuperável a necessidade da taxa ser criada (instituída) mediante lei (de natureza formal e material) de cada ente da Federação que participa do consórcio público, sendo incompatível com o sistema constitucional tributário a criação de qualquer tributos por meio de qualquer outro instrumento ou mecanismos que não aquele previsto pelo art. 150, I da Constituição (legalidade tributária)⁷⁸³. E não poderá ser delegada ao consórcio público a competência de instituição de tributos, através, por exemplo, da deliberação em assembleia geral do consórcio público ou de previsão no contrato de consórcio público. Trata-se de competência indelegável do ente federativo, que necessariamente deverá exercer o dever-poder de instituição dos tributos de sua competência, através do adequado processo legislativo.

Isso não afasta a possibilidade de os consórcios públicos deterem capacidade tributária ativa, nos termos do art. 7º do Código Tributário Nacional. Nada veda que cada ente federativo consorciado outorgue ao consórcio público, por lei, as atribuições de arrecadação e fiscalização do

⁷⁸³ Lembra-se aqui a advertência feita por Machado (2012, p. 206), para quem a expressão constante do art. 150, inciso I do texto constitucional (“exigir ou aumentar tributo”) talvez não seja a mais apropriada, posto que mais apropriada seria falar-se em “instituir ou majorar tributo” ou “instituir ou aumentar tributo”. Conclui o autor: “A vedação constitucional é pertinente à atividade normativa de instituição, ou criação, do tributo.”

tributo, reconhecendo por força de lei a capacidade tributária ativa do consórcio público. Oportuna a lição de Baleeiro, para quem compete ao ente federativo instituidor do tributo definir “(...) a época e forma do pagamento, a competência administrativa dos órgãos e repartições que o devem lançar, cobrar, fiscalizar etc.”⁷⁸⁴. Ataliba também é enfático nesse ponto: “Não se confunde a competência para legislar, com a capacidade de ser sujeito ativo de obrigações tributárias”⁷⁸⁵.

Em vista disso, a instituição do tributo sempre dar-se-á por lei de cada pessoa política (ente federativo consorciado) que compõe o consórcio público, observado o regime de competências fixado pelo sistema constitucional tributário, sem prejuízo de que cada ente consorciado outorgue capacidade tributária ativa ao consórcio público para arrecadação e fiscalização tributária (art. 7º do CTN).

Ademais, inexistente limitação constitucional ao poder de tributar no âmbito da gestão associada de serviços públicos (art. 150, da CF). Dessa maneira, compete a cada ente da Federação dispor de que forma dar-se-á o custeio dessas atividades prestadas sob o regime da cooperação federativa (mediante taxa, tarifa ou orçamento geral), como adiante se analisará mais detalhadamente. Trata-se, em suma, do respeito à autonomia federativa consagrada pela Constituição Federal.

Assim, é desarrazoado falar-se em instituição de taxa pelo consórcio público, posto que as taxas, assim como ocorre com qualquer outra espécie de tributo, somente podem ser instituídas mediante lei do ente da Federação com competência tributária para tanto. Correto, assim, é a menção à instituição de taxa pelo ente consorciado em favor do consórcio público, podendo este se valer da capacidade tributária a ele delegada para proceder aos atos de arrecadação e fiscalização tributária.

5.3.2 Previsão no Protocolo de Intenções

O Protocolo de Intenções, conforme discorrido no Capítulo 3, é o primeiro documento a ser subscrito pelos representantes dos entes da Federação interessados no consorciamento, dispondo das condições, dos objetivos e das regras mínimas em torno do interesse e compromisso dos Chefes do Poder Executivo na constituição de determinado consórcio público. Assim, o Protocolo de Intenções deverá disciplinar uma série de matérias inerentes à criação, à natureza jurídica, ao funcionamento, ao

⁷⁸⁴ Baleeiro, 1986. p. 68. No mesmo sentido, versam Amaro (2005. p. 99-100) e Ataliba (1992, p. 75-76).

⁷⁸⁵ Ataliba, 1992, p. 75.

custeio, às competências, ao quadro funcional, ao regime de pessoal e às responsabilidades do futuro consórcio público, entre outros assuntos arrolados no art. 4º da Lei federal nº 11.107/2005.

O protocolo de intenções, nesse sentido, não é convênio ou simples acordo plurilateral prévio, mas, sim, contrato preliminar, na definição dada pelo Decreto federal nº 6.017/2007 (art. 2º, III), que deve ser submetido à ratificação por lei na Casa Legislativa dos entes consorciados. Caracteriza-se em contrato preliminar justamente porque o protocolo de intenções não gera qualquer direito ou obrigação entre seus signatários ou terceiros, posto que tão somente exterioriza a vontade de determinados entes federativos em constituir nova pessoa jurídica para determinados fins comuns, nos exatos termos constantes do protocolo de intenções⁷⁸⁶. Não aprovado o projeto de lei de ratificação do Protocolo de Intenções pelos parlamentos dos entes consorciados, nenhuma obrigação ou penalidade haverá de ser satisfeita entre os signatários do Protocolo de Intenções.

Nesse cenário, mostra-se importante que, desde a concepção do consórcio público, haja a compreensão em torno de como se dará o custeio das atividades e dos serviços por ele desenvolvidos, quando da sua efetiva criação e funcionamento. Caso execute qualquer das atividades elencadas no art. 145, II da Constituição Federal (hipóteses de incidência da taxa) e haja o interesse dos entes subscritores do Protocolo de Intenções no sentido de que tais atividades sejam financiadas por meio de taxa, é fundamental que os documentos de constituição do consórcio público (em especial o Protocolo de Intenções) já disciplinem a respeito da capacidade tributária ativa, além de questões atinentes à arrecadação e fiscalização da taxa, que, como regra, deverá seguir a legislação tributária de cada ente da Federação consorciado.

Assim, poderá o Protocolo de Intenções estabelecer como obrigação de cada ente da Federação a instituição, por lei, de determinada taxa para custear os serviços públicos ou as atividades de polícia administrativa de atribuição do consórcio público. Poderá, também, o Protocolo de Intenções, desde já, disciplinar a competência tributária ativa do consórcio público, condicionada à efetiva outorga de tal mister por lei de cada ente da Federação. Em suma, é possível que o Protocolo de Intenções regre os limites e as condições do exercício da capacidade tributária ativa, caso haja lei autorizativa nesse sentido, bem como

⁷⁸⁶ No mesmo sentido, pela inexistência de qualquer direito ou obrigação entre as partes signatárias do protocolo de intenções: Harger, 2007, p. 156; Gasparini, 2007, p. 349; e Carvalho Filho, 2013, p. 72.

discorra a respeito da necessidade dos entes subscritores do Protocolo de Intenções em instituírem taxa para fins de financiamento das atividades e serviços ofertados no âmbito do consórcio público.

Por essa razão, a necessidade de adequado planejamento na fase de concepção dos consórcios públicos, a fim de que sejam estabelecidos os compromissos e as responsabilidades de maneira clara, organizada e factível à realidade política, jurídica, econômica e social de cada ente da Federação. Atropelos nessa fase geralmente redundam em atrasos e ilegalidades, que podem inviabilizar todo o projeto em torno da criação do consórcio público. Daí a relevância da adoção de *Estudo de Impacto Federativo*, mencionado no Capítulo 3 desta pesquisa, para que sejam descritos, de forma sistêmica e motivada, todos os impactos positivos e negativos e os riscos relacionados à criação de qualquer consórcio público.

É recomendado, portanto, que o Protocolo de Intenções estabeleça os ditames de funcionamento e custeio do consórcio público, inclusive com compromissos expressos entre os signatários, como o da instituição de determinada taxa em benefício do consórcio, caso assim concebido pelos seus signatários. Isso certamente contribui para o sucesso da implementação e manutenção do consórcio público, além de proporcionar segurança jurídica aos entes consorciados, pois desde a fase preliminar de consorciamento estão previstos os mecanismos de financiamento dos serviços ou atividades prestadas sob a forma da cooperação federativa.

Além disso, estabelecer tais compromissos no Protocolo de Intenções contribui para que o próprio Poder Legislativo de antemão tome ciência das condições necessárias para o funcionamento do consórcio público, inclusive as fontes de financiamento dos serviços ou atividades do consórcio público.

Dessa maneira, não é o Protocolo de Intenções quem cria (institui) tributo, muito menos o contrato de consórcio público. Por mais que o Protocolo de Intenções venha a ser ratificado por lei, compreende-se que o princípio da legalidade tributária somente restaria respeitado se os elementos centrais do tributo estivessem disciplinados no corpo da lei, e não no texto do Protocolo de Intenções. Isso porque a criação da taxa é matéria estranha ao Protocolo de Intenções (art. 4º da Lei federal nº 11.107/2005), assim como o tributo somente pode ser instituído por lei, como já visto, não sendo matéria a ser disciplinada pelo Protocolo de Intenções⁷⁸⁷.

⁷⁸⁷ Em sentido muito próximo posicionou-se o Ministério Público de Santa Catarina, em parecer da lavra do Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de

Em suma, o Protocolo de Intenções, como contrato preliminar, não criará e disciplinará a instituição de qualquer tributo, mesmo que seu conteúdo seja ratificado por lei dos ente federativos pertencentes ao consórcio público, visto que tal matéria é reservada à lei, ou seja, carece ser disposta no corpo da lei a ser aprovada por cada Casa Legislativa de cada ente da Federação subscritor do Protocolo de Intenções.

Dúvidas poderiam surgir diante, justamente, do conteúdo do Protocolo de Intenções ser ratificado por lei, o que, em tese, dá força de lei às matérias ali disciplinadas. Aqui, a lei que ratifica o Protocolo de Intenções não somente autoriza a constituição do consórcio público, mas chancela desde já todo seu conteúdo obrigacional e orgânico, de modo que o contrato de consórcio público será reflexo do próprio Protocolo de Intenções, à exceção daquilo que não fora recepcionado pela Casa Legislativa (ratificação parcial do Protocolo de Intenções). Mesmo se reconhecendo que a lei de ratificação incorpora à legislação do ente do conteúdo do Protocolo de Intenções, não há como olvidar que adequada é a instituição (criação) de tributo no próprio corpo da lei, permitindo sua disciplina de maneira clara e inconteste, em absoluta consonância com o princípio da legalidade tributária (art. 145, I, da CF), tão caro ao sistema constitucional tributário.

Essa parece ser a melhor interpretação do sistema constitucional tributário, de modo que haja em cada ente da Federação consorciado,

Constitucionalidade na Notícia de Fato n. 01.2014.00020806-2, Procurador de Justiça Basílio Elias de Caro, datado de 12 de novembro de 2014, no qual analisou a situação da instituição das taxas de regulação no âmbito da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), assim concluindo: “A ratificação legal do protocolo de intenções por cada ente político não tem o condão, por si só, de criar tributos, tampouco delegar sua competência tributária exclusiva à nova pessoa jurídica da qual participará, uma vez que esse ato normativo restringe-se a autorizar a criação do consórcio público nos termos do protocolo de intenções. Essas taxas, portanto, não foram criadas pelo poder legislativo de ente federado nos termos do artigo 145 da Constituição Federal. Diversa seria a hipótese, caso o contrato do consórcio impusesse a cada consorciado a obrigação contratual de criar as respectivas taxas de regulação e fiscalização, mediante lei municipal, delegando apenas as funções de fiscalização e arrecadação para o consórcio público, sob pena de sua exclusão. Preservar-se-ia, pois, a competência tributária exclusiva de cada ente político, sem comprometer a unidade de interesses comuns que justificam a sua contratação.”. Discorda-se parcialmente da referida posição adotada pelo Procurador de Justiça na medida em que a lei de ratificação do Protocolo de Intenções não somente *autoriza* a criação do consórcio público, mas vai além, posto que chancela as matérias ali disciplinadas e inerentes à criação, à natureza jurídica, ao funcionamento, ao custeio, às competências, ao quadro funcional, ao regime de pessoal e às responsabilidades do futuro consórcio público, entre outros assuntos arrolados no art. 4º da Lei federal nº 11.107/2005.

além da lei de ratificação do Protocolo de Intenções (que autoriza a constituição do consórcio público nos termos e condições previstos pelos seus subscritos), lei de instituição da taxa, com todos os elementos centrais à exação tributária.

Como consequência da legalidade tributária, a lei que cria determinado tributo deverá dispor dos seus elementos constitutivos, a exemplo da hipótese de incidência, base de cálculo, sujeitos ativo e passivo, alíquotas, enfim, as matérias essenciais para a definição do fato gerador, dos responsáveis pela cobrança e pagamento e da valoração da obrigação tributária principal. Nada obsta que ambas as matérias sejam tratadas na mesma lei ordinária (até porque o constituinte não exigiu lei especial para tais situações), desde que de maneira clara e discriminada, ou seja, que não se confunda a autorização para a constituição do consórcio público (nos termos do Protocolo de Intenções que segue anexo ao projeto de lei) com a própria criação da taxa (e seus elementos constitutivos). Essa parece ser a correta dinâmica em torno da matéria.

Pontua-se, contudo, que tal conclusão não afasta a possibilidade de o Protocolo de Intenções disciplinar o exercício da capacidade tributária ativa pelo consórcio público, ou seja, regram de que forma a entidade consorcial irá gozar dos poderes de sujeito ativo da taxa, inclusive no que toca às questões afetas à cobrança judicial dos créditos e consolidação da dívida ativa com cada ente consorciado. Aqui, não se está instituindo o tributo, mas tão somente dispondo acerca de matérias correlatas ao âmbito de aplicação do art. 7º do Código Tributário Nacional, a partir da delegação de tal competência por cada ente consorciado.

5.3.3 Respeito ao princípio da legalidade tributária

O princípio da legalidade tributária irradia todo o sistema constitucional tributário; exige que todo tributo seja instituído por lei, de natureza formal e material⁷⁸⁸. Ou seja, não basta a lei criar o tributo, de

⁷⁸⁸ Percebe-se que mesmo diante da releitura do princípio da reserva de lei, que atenua a rigidez da lei em estabelecer todos os elementos centrais de criação e aplicação do tributo, com já discorrido no Capítulo 4, ainda assim é intransponível a existência de lei para a criação e majoração do tributo, como bem adverte Riberio (2015, p. 394): “No entanto, se a densidade normativa exigida para a criação de direitos e obrigações aos particulares é submetida a uma *reserva de lei relativa*, nos termos expostos acima, o que se coaduna com a atribuição de grande poder decisório à autoridade administrativa, tal disciplina não encontra aplicação automática no Direito Tributário,

maneira genérica. A legalidade tributária exige que a lei estabeleça os elementos centrais de constituição da exação tributária, isto é, que descreva a hipótese de incidência, os sujeitos ativo e passivo do tributo, a base de cálculo e a alíquota incidente.

No caso de instituição de taxa no âmbito dos consórcios públicos, já fora afirmado que somente o ente da Federação tem a competência tributária para a instituição do tributo, jamais o consórcio público. Da mesma maneira, no item acima desenvolvido percorreu-se a matéria no sentido de que a taxa não pode ser criada mediante simples previsão no Protocolo de Intenções, mesmo que ali inseridos todos os seus elementos centrais de constituição e referido documento seja objeto de ratificação por lei de cada ente da Federação.

Sendo assim, apesar de os consórcios públicos poderem exercer capacidade tributária ativa mediante outorga das atribuições de arrecadação e fiscalização tributária (art. 7º, do CTN), compete à lei ordinária de cada ente da Federação a criação do tributo. Como a Constituição Federal não exigiu para a formação dos consórcios públicos e para a criação de taxa lei específica ou lei complementar, nada impede que a mesma lei autorize o consorciamento e discipline eventual criação de taxa, autorizando sua arrecadação e fiscalização por parte do consórcio público. O importante, reforça-se, é que as matérias não se confundam e que todos os elementos de constituição do tributo estejam discriminados no corpo da referida lei de cada ente político consorciado.

No caso do manejo de um único projeto de lei para a ratificação do Protocolo de Intenções e para a instituição de taxa no âmbito do consórcio público, importa observar que a partir da vigência da lei aprovada surgem efeitos distintos em relação às matérias ali constantes. Em relação à taxa, salvo disposição em contrário, sua vigência é imediata, tendo sua eficácia deslocada no tempo em respeito aos princípios da anterioridade e noventena (art. 150, III, “b” e “c” da CF). Por sua vez, o consorciamento é ato complexo, que somente se perfectibiliza com a publicação do contrato de consórcio público. Ocorre que este, a depender da previsão constante do Protocolo de Intenções, somente poderá ser celebrado após todos ou parcela dos entes interessados no consorciamento ratificarem por lei o Protocolo de Intenções, o que poderá acarretar descompasso entre a eficácia da exação tributária e a efetiva criação do consórcio público. Nada há de ilegal nesse ponto. Mas é preciso que haja atenção por parte da administração pública, para que a exação tributária somente seja

pelo menos no que se refere à criação e majoração de tributo, submetidas à reserva absoluta de lei pelo artigo 150, I, da Constituição Brasileira.”.

cobrada pelo consórcio público após cumpridos os requisitos de vigência, validade e eficácia, tanto da taxa, quanto da própria constituição do consórcio público.

Desta forma, o respeito à legalidade tributária – princípio central do sistema constitucional tributário⁷⁸⁹ – somente restará preservado se, e somente se, a *taxa e seus elementos centrais de constituição estejam instituídos por lei de cada ente da Federação*, não sendo apropriado (e satisfatório para fins da observância do princípio da legalidade tributária) que o tributo esteja previsto no corpo do Protocolo de Intenções.

Do mesmo modo, *deverá a lei outorgar as atribuições de arrecadação e fiscalização tributária ao consórcio público (capacidade tributária ativa)*, de maneira clara e direta, sem prejuízo de que o Protocolo de Intenções discipline elementos atinentes ao exercício dessa capacidade tributária, a exemplo da forma de consolidação das receitas tributárias com o ente consorciado, da inscrição em dívida ativa, do responsável pela execução judicial do crédito tributário, entre outras matérias que serão adiante abordadas.

Dito isso, reforça-se novamente a relevância do adequado planejamento quando da concepção dos consórcios públicos, desde a fase preparatória de construção do Protocolo de Intenções, definindo-se de antemão como se dará o financiamento do consórcio público frente às obrigações delegadas pelos entes políticos, melhor dizendo, se a nova pessoa jurídica consorcial auferirá receitas próprias (como a arrecadação de tributos instituídos pelos entes consorciado) ou derivadas (através de repasses de recursos orçamentários via contrato de rateio). É fundamental que tudo isso seja previamente definido e ponderado pelos gestores públicos responsáveis pela concepção do consórcio público, sendo aconselhável inclusive prévia articulação junto às Casas Legislativas, posto que compete a estas ratificar (ou não) o Protocolo de Intenções e, especialmente, aprovar a lei de instituição de taxa para fins de remunerar o consórcio público quando da prestação serviços públicos ou do exercício do poder de polícia, nas condições estabelecidas pela Constituição (art. 145, II) e pelo Código Tributário Nacional (art. 77).

5.3.4 A remuneração da gestão associada de serviços públicos

A gestão associada de serviços públicos, introduzida no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 19/19988 (art. 241, da CF), encontra disciplinamento na Lei federal nº 11.107/2005 e seu Decreto

⁷⁸⁹ Ávila, 1993, p. 121-122.

regulamentador nº 6.017/2007. Como já discorrido, a gestão associada de serviços públicos diz respeito à atividade de cooperação federativa entre dois ou mais entes políticos para o planejamento, a prestação, a regulação ou a fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, mediante a criação de consórcio público ou a celebração de convênio de cooperação, com ou sem a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal entre os entes pactuantes ou entre estes e o consórcio público. Trata-se, portanto, de conceito amplo pois abarca as atividades de planejamento, prestação, regulação e fiscalização de serviços públicos, estes, contudo, concebidos numa vertente *stricto sensu*.

Nesse contexto, a gestão associada de serviços públicos pode se consubstanciar na celebração de convênios de cooperação ou na formação de consórcios públicos, para inúmeros fins, entre eles o exercício de atividade de regulação e/ou fiscalização de serviços públicos (polícia administrativa) ou de prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos. Em síntese, os consórcios públicos são instrumentos jurídicos aptos a desempenharem, em tese, as hipóteses de incidência previstas para as taxas nos moldes previstos no art. 145, II da Constituição Federal.

5.3.4.1 A taxa pela prestação de serviço público

No caso de o consórcio público ter como objeto a oferta de serviços públicos específicos e divisíveis aos municípios dos entes políticos abrangidos pela cooperação federativa, é possível que as atividades sejam remuneradas mediante a cobrança de taxa, podendo esta ser exigida e arrecadada pelo próprio consórcio público, para fins de satisfazer o financiamento daquela comodidade fruível.

Para tanto, como já discorrido, imprescindível que haja lei de criação da taxa pelos entes da Federação consorciados e seja outorgada, por lei, a capacidade tributária ativa ao consórcio público, que passará a ser o sujeito ativo da obrigação tributária.

Inúmeras são as possibilidades de formação de consórcios públicos sob esse prisma, tanto de direito público quanto de direito privado. E ganha especial relevância a prestação de serviços públicos através de consórcios públicos no campo das competências materiais, justamente naqueles municípios limítrofes, que sozinhos não dispõem de condições financeiras e muitas vezes técnicas para a adequada prestação dos serviços públicos. É o que ocorre com os serviços de saneamento

básico⁷⁹⁰ e transporte coletivo de passageiros. E já existem experiências nesse sentido no país.

No campo do saneamento básico, destaca-se experiência do estado do Ceará na formação de consórcios públicos intermunicipais voltados para a destinação final dos resíduos sólidos urbanos. Dos 30 consórcios públicos inicialmente concebidos pelo planejamento capitaneado pelo Governo do Estado, foram efetivamente formalizados 26 consórcios para aterros sanitários, de modo que dos 184 municípios existentes no Estado, 168 encontram-se consorciados⁷⁹¹.

Com relação ao transporte coletivo de passageiros, ganha atenção o Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife (CTM), criado em 2008 e formado pelo estado de Pernambuco e pelos municípios de Recife e Olinda. Tal consórcio foi constituído com a natureza de direito privado e sob o regime de empresa pública, sendo responsável pela realização de licitação pública para a concessão dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros na área de abrangência do consórcio⁷⁹².

Os dois exemplos acima revelam o potencial dos consórcios públicos serem manejados como prestadores de serviços públicos, o que torna possível sejam remunerados através de taxa ou tarifa pública, no caso de tratar-se de serviços específicos e divisíveis. Apesar da prevalência do uso das tarifas públicas em desfavor das taxas, diante do regime jurídico mais inflexível das taxas (legalidade tributária, anualidade, noventena, etc) frente as tarifas públicas, como abordado no Capítulo 4, é fato que o modelo consorcial apresenta-se extremamente interessante para a prestação de serviços públicos por agrupamentos de municípios, inclusive em relação aos serviços públicos em que, tradicionalmente, a cobrança de valores dá-se por meio de taxa, como ocorre com os serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos, de competência municipal.

A legislação infraconstitucional vem induzindo os municípios a agruparem-se no âmbito de consórcio público para a prestação de serviços públicos de competência municipal, a exemplo do que ocorre com a Lei

⁷⁹⁰ Nas suas diferentes vertentes estabelecidas pela Lei federal nº 11.445/2007: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza pública e manejo dos resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

⁷⁹¹ Disponível em: <<http://www.cidades.ce.gov.br/consorcios-publicos-de-residuos/>>. Acesso em 10 maio 2018.

⁷⁹² Disponível em: <<http://www.granderecife.pe.gov.br/sitegrctm/institucional/quem-somos/>>. Acessado em 8/11/2018.

federal nº 12.305/2010⁷⁹³, que rege a Política Nacional de Resíduos Sólidos; a Lei federal nº 12.587/2012⁷⁹⁴, que define a Política Nacional de Mobilidade Urbana; e a Lei federal nº 11.445/2007⁷⁹⁵, que define as diretrizes nacionais dos serviços públicos de saneamento básico. Em todos esses normativos serão encontrados dispositivos que induzem os municípios à adoção dos consórcios públicos como instrumento de melhor execução das políticas públicas que dizem respeito à prestação de serviços públicos.

Dessa maneira, tem-se aqui um vasto campo de atuação dos consórcios públicos como prestadores de serviços públicos, que poderão ser remunerados tanto com base em tarifas públicas quanto em taxas, nos termos da legislação de cada ente consorciado e conforme política pública instituída por cada ente político.

Aqui importa destacar a viabilidade de concepção de diferentes arranjos jurídicos no financiamento das atividades ou dos serviços prestados pelos consórcios públicos. Está-se a se referir da possibilidade de um consórcio público possuir diferentes formas de custeio dos serviços públicos. Melhor explicando, um consórcio público formado por três entes da Federação poderá obter receitas através da arrecadação tributária (como ocorre no caso das taxas), mediante a celebração de contrato de rateio (repasses orçamentários do ente federativo ao consórcio) ou através da cobrança de preços públicos (como ocorre no caso das tarifas). Em suma, um consórcio público poderá ter distintas fontes de receitas, sendo possível, inclusive, que as receitas tributárias auferidas pelo exercício da capacidade tributária ativa sejam complementadas, em relação à cota-parte de financiamento dos serviços em relação ao mesmo ente

⁷⁹³ Art. 8º 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.

.....
Art. 45. 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.

⁷⁹⁴ Art. 8º A política tarifária do serviço de transporte público coletivo é orientada pelas seguintes diretrizes: VIII - articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos por meio de consórcios públicos;

⁷⁹⁵ Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico 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.

consorciado, mediante o repasse de recursos previstos em contrato de rateio⁷⁹⁶.

De fato, o consorciamento de entes da Federação para a prestação de serviços públicos ao cidadão permite a otimização dos custos e o ganho de escala necessários para sejam geradas as receitas suficientes para a regularidade, modicidade, segurança, eficiência e qualidade dos serviços públicos ofertados pelo Estado. Daí a importância da possibilidade dos consórcios públicos, de direito público e de direito privado, auferirem receita própria decorrente da cobrança de taxa diretamente dos usuários, nos casos da prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

5.3.4.2 A taxa pelo exercício do poder de polícia

Os consórcios públicos também podem ser modelados para desempenharem atividades de polícia administrativa de competência do ente consorciado.

Não restam dúvidas de que os consórcios públicos de direito público (associações públicas) comportam o exercício de tal atribuição, inclusive objetivando a expedição de atos administrativos de coerção ou que efetivamente limitam ou restrinjam direitos e liberdades. Dúvidas existem em relação à possibilidade de os consórcios públicos de direito privado executarem tais atividades, justamente porque não inseridos integralmente no regime de direito público (lembra-se que tais consórcios também estão subordinados às regras da Lei das Licitações Públicas e do concurso público, bem como são submetidos ao controle dos mesmos órgãos de fiscalização).

Isso porque é questão extremamente controvertida na doutrina e jurisprudência a possibilidade de delegação - total ou parcial - dos poderes de polícia administrativa a particulares. Apesar do tema merecer pesquisa própria diante da sua complexidade e desdobramentos próprios, incompatíveis com a presente pesquisa⁷⁹⁷, mostra-se relevante a exposição, mesmo que sucinta, da controvérsia.

⁷⁹⁶ Essa situação seria comum nos casos dos consórcios públicos responsáveis pelo manejo dos resíduos sólidos urbanos, tendo em vista que as taxas auferidas, muitas vezes, estão aquém do custo efetivo do serviço ofertado pelo Estado. Nesse caso, poderia haver a complementação de receita em favor do consórcio público através de repasses orçamentários, definidos anualmente em contrato de rateio.

⁷⁹⁷ Remete-se o leitor às seguintes obras, essenciais para a compreensão do tema: Tácito, 1952; Bandeira de Mello, 2010; Marrara, 2014; Unes, 2013; Ramos, 2013.

Em apertada síntese, tem prevalecido o pensamento de que os atos finalísticos de polícia administrativa (atos normativos e atos executórios de natureza jurídica) devem ser mantidos sob a proteção do Estado e submetidos ao regime de direito público, competindo a este desempenhá-los, pois de fato capazes de limitar e restringir direitos e liberdades. Tão somente as atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia poderiam ser delegados a particulares, mantendo-se, desse modo, com o poder público a competência para a expedição do ato administrativo de coerção (sanção) e limitação ou restrição de direitos e liberdades⁷⁹⁸.

Aliás, o tema aguarda definição no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 532 – aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista), no caso envolvendo a constitucionalidade da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS) exercer poder de polícia inerente à fiscalização e sanção de terceiros (aplicação de multas de trânsito)⁷⁹⁹. Referido Recurso Extraordinário ataca julgado do Superior Tribunal de Justiça que, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, considerou ilegal o exercício pela BHTRANS dos poderes de legislação e sancionamento, sendo permitido, tão somente, os atos de fiscalização e consentimento⁸⁰⁰. Como visto, o Superior Tribunal de Justiça promoveu

⁷⁹⁸ Nesse sentido: Bandeira de Mello, 2010, 296; Dallari, 2006, p. 12; Marrara, 2014, p. 578; Justen Filho, 2013, p. 603.

⁷⁹⁹ DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PODER DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. (STF, ARE nº 662.186 RG/MG, repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo, Rel. Ministro Luiz Fux, Julgamento: 22/03/2012)

⁸⁰⁰ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES INEXISTENTES. CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA. (ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. (...)) 16. Tanto no voto condutor, como no voto-vista do Min. Herman Benjamin, ficou claro que as atividades de consentimento e fiscalização podem ser delegadas, pois compatíveis com a personalidade privada das sociedades de economia mista. 17. Nada obstante, no recurso especial, o pedido do Ministério Público tinha como objetivo impossibilitar que a parte embargante exercesse atividades de policiamento e atuação de infrações, motivo pelo qual o provimento integral do especial poderia dar a entender que os atos fiscalizatórios não podiam ser desempenhados pela parte recorrida-embargante. 18. Mas, ao contrário, permanece o teor da fundamentação e, para sanar a contradição, é necessária a reforma do provimento final do recurso, para lhe dar parcial provimento, permitindo os atos de fiscalização (policiamento), mas não a imposição de sanções.

controvertido corte nos atos inerentes ao poder de polícia, ao segmentá-lo em atos de natureza legislativa, de consentimento, de fiscalização e de sanção⁸⁰¹.

O Supremo Tribunal Federal, ao menos em duas oportunidades, já lançou luz sobre o tema. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717⁸⁰², decidiu-se pela inconstitucionalidade do art. 58 da Lei federal n.º 9.649/1998, que permitia que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas fossem exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. Em outra oportunidade, decidiu monocraticamente o Ministro Marco Aurélio, em sede de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.310⁸⁰³, que

19. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, no sentido de que permanece a vedação à imposição de sanções pela parte embargada, facultado, no entanto, o exercício do poder de polícia no seu aspecto fiscalizatório. (STJ, EDcl no REsp n.º 817534/MG, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Data do Julgamento: 25/05/2010)

⁸⁰¹ Daí a acertada crítica de Ramos (2013, p. 571), ao manifestar-se sobre o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no caso envolvendo a BHTRANS: “(...) o poder de império, inerente à atividade de polícia, está presente em cada um dos segmentos apontados (...) a atividade de certificação do preenchimento dos requisitos legais para exercício do direito que culmina com a expedição de um alvará, nem como os atos necessários à fiscalização do comportamento dos administrados, também encerram, em maior ou menor grau, o exercício de atividade de império, em que o poder público exerce ato de soberania.”

⁸⁰² DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL N.º 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei n.º 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido 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. 3. Decisão unânime. (STF, ADI n.º 1717/DF, rel. Ministro Sydney Sanches, Julgamento: 07/11/2002)

⁸⁰³ DECISÃO – LIMINAR - AGÊNCIAS REGULADORAS - PESSOAL - ARREGIMENTAÇÃO - CLT - PESSOAL DA TELEBRÁS - APROVEITAMENTO - IMPROPRIEDADE - LIMINAR DEFERIDA - AD REFERENDUM DO PLENÁRIO. (...) Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos

questiona inúmeros dispositivos da Lei federal nº 9.986/2000, que o regime de empregos públicos, mesmo em autarquias federais, é incompatível com o exercício de funções tipicamente de polícia administrativa, caso é o caso da regulação de serviços públicos, de modo que a atividade regulatória deve ser desempenhada por agentes providos em cargos públicos e submetidos integralmente ao regime jurídico de direito administrativo (de direito público).

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal resolva a matéria no menor prazo possível, de maneira completa e esboçando a adequada linha de interpretação em torno dos limites da delegação, total ou parcial, dos atos de polícia administrativa a particulares (ou sua completa impossibilidade), inclusive em relação às pessoas jurídicas de direito privado que compõe a administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado e consórcios públicos de direito privado), justamente porque existem diferentes posições em relação à matéria nos Tribunais pátrios⁸⁰⁴, o que

serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecánógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles

que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras - fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc. (STF, Medida Cautelar na ADI nº 2.310/DF, rel. Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 19/12/2000)

⁸⁰⁴ Cita-se como exemplo a Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC), empresa pública pertencente ao estado de Santa Catarina, que exerce o poder de controle da sanidade animal e vegetal no âmbito estadual, com poder de polícia para autuação, apreensão de mercadorias e produtos e interdição de estabelecimentos. Referido exercício de poder de polícia por parte da CIDASC, mesmo que concebida com personalidade de direito privado, já fora referendada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Veja-se: CIDASC. INSPEÇÃO EM ABATEDOURO DE SUÍNOS, TAMBÉM FRIGORÍFICO DE DERIVADOS DE ORIGEM ANIMAL. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO. APLICAÇÃO DE MULTA, INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO E APREENSÃO E INUTILIZAÇÃO DE PRODUTOS VENCIDOS (OU COM OUTRAS

torna latente dar-se norte constitucional para balizar a atuação da administração pública frente ao tema.

Desta forma, poderá o consórcio público de direito público 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. Não existem dúvidas quanto à possibilidade de tais consórcios desempenharem todo e qualquer ato de polícia administrativa.

Já em relação aos consórcios públicos de direito privado, como acima aludido, sérias dúvidas existem com relação aos limites de sua atuação no que toca as atividades de polícia administrativa, em especial quanto à expedição de atos administrativos com natureza normativa e sancionatória, isto é, que efetivamente restrinjam ou limitam direitos e liberdades, o que torna temerária a instituição de taxa nesse sentido em favor dos consórcios públicos de direito privado⁸⁰⁵.

IRREGULARIDADES) E ABATE DE SUÍNOS COM PROLAPSO RETAL E ENTERITE PURULENTO. ALTO RISCO DE CONTÁGIO. SITUAÇÃO ALARMANTE. PODER FISCALIZATÓRIO E APLICAÇÃO DE PENAS QUE SÓ PODERIAM SER REALIZADOS APÓS DEFLAGRAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE OBSERVASSE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ALEGAÇÃO DESCABIDA. PRINCÍPIOS DILUÍDOS EM RAZÃO DA NATUREZA DOS PRODUTOS (PERECÍVEIS) E DO INTERESSE PÚBLICO, NOTADAMENTE EM RAZÃO DO IMINENTE RISCO DE DANO AOS CONSUMIDORES. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OUTROSSIM, QUE ASSUME O RISCO DE INDENIZAR ACASO OS PRODUTOS APREENDIDOS ESTIVESSEM REGULARES. Conquanto o Estado guarde o Poder de Polícia originário, é possível a delegação para que várias atividades administrativas e serviços públicos possam ser executados por pessoas administrativas vinculadas ao Estado, mesmo que elas sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Em ato de fiscalização e apreensão de produtos comercializáveis de origem animal, o interesse público, consubstanciado na exposição dos consumidores a produtos inadequados (questão de saúde pública), se sobrepõe ao direito ao contraditório e à ampla defesa no ato fiscalizatório em si, razão pela qual não há falar em ilegalidade, até porque, embora diluído o direito ao contraditório e à ampla defesa em situações excepcionais, a administração assumiria o risco de indenizar acaso constatado a regularidade da mercadoria. APELO DA IMPETRADA E REEXAME NECESSÁRIOS PROVIDOS. ORDEM DENEGADA. (Apelação Cível nº 0002046-64.2013.8.24.0065, relator Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 21/02/2017)

⁸⁰⁵ Tal posição parte do pressuposto da segurança jurídica, em respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal antes citados (ADI nº 1.717 e Medida Cautelar na ADIN nº 2.310). Entretanto, parece-nos que seria oportuno o Supremo Tribunal Federal evoluir no pensamento do tema, especialmente em relação às pessoas jurídicas de direito privado que compõe a estrutura da administração pública indireta

Em suma, e adotando os atuais precedentes do Supremo Tribunal Federal como baliza de pensamento, apenas os consórcios públicos de direito público poderiam exercer atribuições tipicamente de natureza pública, a exemplo da regulação de serviços públicos⁸⁰⁶, caracterizada pela adoção de atos de natureza normativa, sancionatória e que limitam direitos e liberdades de terceiros. Guimarães corrobora tal pensamento, ao dispor que somente os consórcios públicos de direito público podem exercer competências próprias das pessoas políticas que as formam⁸⁰⁷.

É o caso, por exemplo, da cobrança de taxa por parte das agências de regulação na área do saneamento básico, constituídas sob a forma de consórcio de direito público⁸⁰⁸. Nessa situação, os municípios consorciados instituíram por lei referida taxa de regulação, cobrada e arrecadada pelo consórcio público diretamente dos prestadores de serviços, aptas a financiar as funções regulatórias exercidas sob o regime da cooperação federativa.

e não possuem finalidade lucrativa, como ocorre com as empresas públicas e os consórcios públicos de direito privado, posto que sob controle e gerenciamento do Estado, sendo irrelevante a existência de regime de emprego público nessas entidades estatais, posto que seus agentes são submetidos a concurso público (art. 37, II, da CF).⁸⁰⁶ Pertinente a lição de Bandeira de Mello (2013, p. 164/165): “Exatamente por serem pessoas de Direito Público é que as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, sendo pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas; não, porém, para titularizar as atividades públicas”.

⁸⁰⁷ É o pensamento de Guimarães (2012, p. 165): “Alias, é indubitável que, assim como se passa com as autarquias, quando formatados com personalidade jurídica de direito público, os consórcios públicos são aptos a receber competências próprias das pessoas políticas, pondo-se na condição de exercer ou de compartilhar funções e atribuições de poder concedente de serviços públicos (sempre se pressupondo reserva da titularidade do serviço público às pessoas políticas sujeitos dos consórcios públicos). Os consórcios públicos podem ser uma relevante alternativa na configuração de concessões (e PPPs), envolvendo a convergência de interesses de municípios brasileiros. Configuram-se um instrumento de conjugação de esforços para viabilizar o uso do modelo concessionário por municípios individualmente destituídos de condições adequadas de fiscalização e controle tutelar sobre a execução da concessão de serviços públicos”.

⁸⁰⁸ São exemplos a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), composta por 180 municípios de Santa Catarina; a Agência Intermunicipal de Regulação do Médio Vale do Itajaí (AGIR), composta por 14 municípios catarinenses; e a Agência Reguladora ARES PCJ, composta por 55 municípios do estado de São Paulo. Em todas elas a remuneração dos serviços dá-se pela cobrança, pelas agências, de taxas de regulação dos serviços efetivamente regulados e fiscalizados, de modo a serem sujeitos ativos da obrigação tributária.

Alguns municípios também já promoveram consorciamento para o exercício das atividades de licenciamento ambiental em regime de cooperação federativa, permitindo a constituição de equipe multidisciplinar capacitada e composta por servidores públicos do consórcio ou cedidos pelos entes municipais consorciados, viabilizando o licenciamento ambiental ágil e criterioso, inerente às atividades de competência dos entes consorciados, conforme disposto pela Lei complementar nº 140/2011⁸⁰⁹.

A atividade de inspeção à sanidade agropecuária, correlata à competência dos entes políticos junto ao Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA), da mesma maneira tem sido objeto de consorciamento pelos municípios em diversas regiões do país, com o apoio institucional da própria União diante da necessidade de alocar-se estruturas operacionais e físicas incompatíveis com os pequenos municípios brasileiros⁸¹⁰. Assim, fomenta-se o agrupamento desses municípios em consórcios públicos, que poderão dispor das condições de contratação de profissionais, construção de abatedouros municipais, entre outras condições necessárias para o desenvolvimento da atividade agropecuária local e regional, sem prejuízo da segurança e sanidade dos produtos produzidos. Como exemplo, citam-se o Consórcio Intermunicipal Multissetorial do Médio Rio Piracicaba (CONSMETI),

⁸⁰⁹ Exemplo desse modelo ocorre com o Consórcio Intermunicipal do Médio Vale do Itajaí (CIMVI), composto por 14 municípios de Santa Catarina e responsável, dentre outras funções, pelas atividades de licenciamento ambiental de competência municipal. Disponível em: < <http://cimvi.sc.gov.br/>>. Acesso em: 5 maio 2018. Nesse caso, atenta-se, o consórcio público não está a desempenhar a gestão associada de serviços públicos, justamente porque a atividade de licenciamento ambiental não está inserida como atividade de planejamento, prestação, regulação ou fiscalização de serviços públicos (*stricto sensu*). Como já dito nos Capítulos 2 e 3, nada obsta que os consórcios públicos detenham objetivos diversos da gestão associada de serviços públicos, em respeito ao princípio da autonomia dos entes da Federação e ao federalismo de cooperação, bastando que haja interesse comum entre os entes federativos e inexistência óbice constitucional ao compartilhamento de competências e atribuições.

⁸¹⁰ Tanto é que fora desenvolvido pelo Manual denominado de *Material Técnico sobre Consórcios de Municípios com vista à adesão ao SUASA*, para orientação dos gestores públicos municipais a respeito da criação de consórcios públicos intermunicipais tendo como objetivo geral a inspeção animal e vegetal de acordo com os princípios e definições da sanidade agropecuária no país. Disponível em: < www.mda.gov.br>. Acesso em 8 nov 2018.

criado em 2014 e composto por municípios de Minas Gerais⁸¹¹; e o Consórcio Interestadual e Intermunicipal de Municípios de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul de Segurança Alimentar e Atenção a Sanidade Agropecuária e Desenvolvimento Local (CONSAD), formado por municípios das regiões do Extremo Oeste de SC, Sudoeste do Paraná e Noroeste do Rio Grande do Sul⁸¹². Ambos os consórcios públicos, constituídos como associações públicas, têm por objetivo, dentre outros previstos no Protocolo de Intenções, assegurar a prestação de serviços de inspeção animal e vegetal, para a população e empresas em território dos municípios consorciados e que aderirem ao SUASA, assegurando um sistema eficiente e eficaz.

Em todos os exemplos mencionados, no campo do saneamento básico, licenciamento ambiental ou da inspeção agropecuária, é possível a instituição, pelos entes consorciados, de taxas como mecanismo legítimo e lícito de remuneração das atividades executadas pelo Poder Público, através do consórcio público.

Deveras, o exercício cooperado do poder de fiscalização e regulação dos serviços públicos é um dos grandes avanços advindos com a regulamentação dos consórcios públicos a partir da Lei federal 11.107/2005, especialmente porque atinge parcela de funções que historicamente não são bem desempenhadas pelo poder público, fundamentalmente na esfera municipal, seja pela carência de pessoal, seja pelo alto custo no exercício de tal mister, que muitas vezes demanda a existência de profissionais com maior padrão remuneratório e bem capacitados (médicos veterinários, engenheiros, economistas etc).

Daí a relevância do presente modelo de cooperação federativa, inclusive com a possibilidade da criação de estruturas compartilhadas capazes de enfrentar os desafios sob responsabilidade dos entes políticos, como é o caso da construção e estruturação de abatedouros e laboratórios de análise, beneficiando um agrupamento de municípios e gerando escala para seu adequado financiamento (que pode dar-se pela cobrança de taxas ou outros preços públicos).

Por fim, importa aqui enaltecer que a gestão associada de serviços públicos, objeto da presente pesquisa, diz respeito ao planejamento, à prestação, à regulação e à fiscalização de serviços públicos (*stricto sensu*), de modo que não é todo ato de polícia administrativa que pode ser inserido

⁸¹¹ Disponível em: <<http://www.amepi.org.br/detalhe-da-materia/info/sim/16906>>. Acessado em 8 nov 2018.

⁸¹² Disponível em: <<http://www.consadextremo.org.br/page/home>>. Acessado em 9 nov 2018.

no referido conceito, mas, tão somente, aqueles atos inerentes à regulação ou fiscalização de serviços públicos propriamente ditos. Os demais atos de polícia administrativa encontram-se fora do alcance do conceito de gestão associada de serviços públicos, apesar de inexistir óbice para que configurem como objeto de consorciamento, como ocorre com as atividades de licenciamento ambiental e inspeção à sanidade agropecuária. Como aludido nos Capítulos 2 e 3, o escopo de atuação dos consórcios públicos é maior que o da gestão associada de serviços públicos, mas esta, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, somente pode ser desempenhada através da celebração de convênio de cooperação ou da criação de consórcio público.

5.4 A FISCALIZAÇÃO DA TAXA NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO PÚBLICO

A legislação tributária regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação. Nesse sentido dispõe o art. 194 do Código Tributário Nacional, que regra o poder de polícia dos órgãos públicos e seus delegatários no objetivo de assegurar o interesse da administração na arrecadação das exações tributárias.

A previsão genérica constante do Código Tributário Nacional reconhece legitimidade ao poder público promover a fiscalização tributária perante o sujeito passivo e terceiros, consubstanciada no dever de apresentar documentos e informações nos prazos e nas condições estabelecidas pela legislação tributária, bem como valer-se de informações em banco de dados oficiais no intuito de verificar a situação fiscal das pessoas passíveis de sujeição tributária. Não se trata de poder absoluto e ilimitado, muito menos poderá a administração fiscalizar ou exigir documentos e informações de maneira indiscriminada e alheia ao objeto da apuração⁸¹³. A atuação da administração tributária deve dar-se nos termos e limites da legislação tributária, de maneira impessoal e motivada, com o objetivo de resguardar o cumprimento da obrigação tributária.

E por legislação tributária compreende-se as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que

⁸¹³ Nesse sentido é a Súmula nº 439 do Supremo Tribunal Federal: “Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.”

versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes (art. 96, do CTN). Daí a relevância dos regulamentos em matéria de fiscalização tributária, uma vez que complementam e dão execução aos comandos genéricos e abstratos da lei. Para Baleeiro, “a lei do sujeito ativo estabelece em caráter geral as normas de competência e os poderes de seus agentes em matéria de fiscalização interna e externa”, de modo que “os regulamentos de execução da lei e os chamados regulamentos ‘internos’, que não decorrem de lei, traçam normas subsidiárias e de pormenorização.”⁸¹⁴.

Dessa maneira, o poder de fiscalização tributária é inerente ao próprio regime jurídico administrativo, no sentido de conferir autotutela e poderes extravagantes à administração pública no intuito de preservar seus interesses frente ao interesse do particular, observados os princípios inerentes à administração pública (legalidade, motivação do ato administrativo, impessoalidade, proporcionalidade, entre outros). Para tanto, é imprescindível a observância por parte dos agentes públicos dos dispositivos estabelecidos em lei (tanto as permissões, quanto às limitações)⁸¹⁵, inclusive em relação aos direitos individuais assegurados pela Constituição Federal (devido processo legal, sigilo fiscal, entre outros)⁸¹⁶, para que não se exorbite a competência tributária delegada pela legislação vigente. Como alerta Carvalho, “O funcionário público que exerce atribuições na área da Administração Tributária está jungido ao plexo das regras genéricas do direito administrativo”, de modo, conclui o autor, “se agregam as dispostas na legislação fiscal que, a rigor, são também normas de direito administrativo.”⁸¹⁷.

Portanto, o exercício da função fiscalizatória pela administração é inerente ao exercício da competência tributária a ser gozada pelos entes políticos, e limitada a tal plexo de competência constitucional. De pouca valia seria a possibilidade de instituição de tributos, de natureza

⁸¹⁴ Baleeiro, 1986, p. 614-615.

⁸¹⁵ Como exemplo, cita-se preceito constante do art. 196 do Código Tributário Nacional, que dá norte à formalização dos atos de fiscalização praticados pelos agentes públicos da administração tributária: Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

⁸¹⁶ Bem pontua Amaro (2005, p. 479), ao discorrer sobre as normas que balizam a atividades de fiscalização tributária: “Os destinatários das normas em causa, imediatamente, são os agentes da administração tributária, que recebem um feixe de poderes que lhes cabe exercer com especial atenção ao princípio da legalidade.”

⁸¹⁷ Carvalho, 2010, p. 658.

compulsória, se a Constituição não albergasse aos entes da Federação o poder de fiscalização para o efetivo cumprimento das exações tributárias, inclusive de natureza acessória. Todavia, o exercício do poder de fiscalização diz respeito exclusivamente aos tributos de competência daquele ente político, sendo inconcebível que a União, por exemplo, exerça poderes de fiscalização relativos ao imposto sobre serviços (ISS), de competência municipal, salvo eventual acordo estabelecido nesse sentido entre os entes da Federação.

Por óbvio, a fiscalização promovida pelo poder público tem como prisma central o adimplemento do tributo devido, com foco no contribuinte. Entretanto, é comum que sejam impostas obrigações acessórias a terceiros, como instrumento de fiscalização do responsável pelo adimplemento do tributo. Por outras vezes, são fiscalizadas inclusive pessoas não contribuintes, justamente para verificação dessa situação de não sujeito passivo⁸¹⁸.

Para tanto, o poder de fiscalização aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal, corolário dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público (art. 194, par. único, do CTN). Como esclarece Coêlho, “o sujeito ativo da obrigação tributária, além de credor, é o senhor da investigação de seu direito de crédito, até mesmo em relação a terceiros, ornado de poderes punitivos; mas há modos de resistir”⁸¹⁹. Vê-se, assim, que a função fiscalizatória a ser desempenhada pelo Estado é ampla e atinge, além do próprio contribuinte, terceiros que possam contribuir para a satisfação do interesse de arrecadar tributos.

5.4.1 O exercício do poder de fiscalização pelo consórcio público

Ao passo em que os consórcios públicos podem exercer capacidade tributária ativa, e se assim a lei do ente consorciado o autorizar, podem os consórcios públicos desempenhar atos inerentes ao poder de fiscalização dos tributos alocados em seu favor. Dito de forma direta, nada obsta que os consórcios públicos exerçam atribuições inerentes à fiscalização e cobrança de tributo, desde que a lei do ente político consorciado assim estabeleça.

Entretanto, o exercício do poder de fiscalizar por parte do consórcio público deverá observar a legislação tributária de cada ente da

⁸¹⁸ Amaro, 2005, p. 480.

⁸¹⁹ Coêlho, 2012, p. 782.

Federação consorciado, isto é, a fiscalização deverá ser desenvolvida em atenção às leis e regulamentos atinentes ao fato gerador do tributo. Assim, complexa a atuação do consórcio público como responsável pela fiscalização tributária, justamente porque deverá observar diferentes legislações tributárias para tal fim, inerentes a cada ente consorciado.

Poderão os entes consorciados delegar ao consórcio público a atribuição de regulamentar a legislação tributária, especificamente para o fim de cobrar e fiscalizar o tributo instituído em favor do consórcio público, como é o caso, por exemplo, das taxas destinadas ao custeio do exercício do poder de polícia ou da oferta de serviços públicos. Nesse caso, os regulamentos expedidos pelo consórcio público estarão inseridos no conceito de legislação tributária, nos moldes do art. 96 do CTN.

Nesse sentido, é válido que o consórcio público compartilhe informações e documentos com os órgãos de administração tributária dos entes consorciados, situação essa que poderá estar devidamente disciplinada nos documentos de constituição do consórcio público (em especial o protocolo de intenções e o contrato de consórcio público). A própria Constituição Federal dá guarida ao compartilhamento de informações e estruturas objetivando a eficaz arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive com a possibilidade de compartilhamento de cadastros e informações (art. 37, XXII⁸²⁰) ou da adoção de cadastro nacional único de contribuintes (art. 146, par. único, IV⁸²¹). O Código Tributário Nacional (art. 199) também caminha nesse sentido, ao prever que os entes da Federação prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio⁸²².

⁸²⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

⁸²¹ Art. 146. Cabe à lei complementar: Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

⁸²² Já advertia Baleeiro (1986, p. 621) em relação à necessidade de efetiva cooperação entre os entes da Federação para a adequada arrecadação e fiscalização tributária, ao

Nesse contexto, o exercício do poder de fiscalização pelo consórcio público decorre da própria possibilidade de delegação de capacidade tributária ativa por parte dos entes consorciados, observada a legislação tributária de cada ente pertencente ao consórcio público, cujo ato de fiscalização restará vinculado às leis e aos regulamentos inerentes ao fator gerador de cada tributo exigido.

5.5 A COBRANÇA DA TAXA NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO PÚBLICO

Compreendida como lícita a instituição (criação) de taxa pelos entes políticos como mecanismo tributário para o financiamento de atividades desenvolvidas por consórcios públicos, assim como verificada a possibilidade jurídica de outorga de capacidade tributária ativa aos mesmos, tanto de direito público como de direito privado, importante a abordagem de temas afetos ao exercício dessa atribuição, que, frisa-se, não se confunde com a competência tributária privativa dos entes federativos.

E tal análise merece especial atenção diante da inexistência de regramento legal em torno da matéria envolvendo a arrecadação e fiscalização tributária por parte dos consórcios públicos, situação não disciplinada pelo Código Tributário Nacional, nem pela legislação esparsa, o que não impõe dúvidas quanto à legalidade e legitimidade do seu exercício, mas tão somente exige sua adequada compreensão em face dos preceitos do sistema constitucional tributário.

5.5.1 Sujeito ativo da obrigação tributária

Conforme já abordado, nada impede que a pessoa política com competência tributária delegue capacidade tributária ativa a outra pessoa jurídica, inclusive de direito privado, desde que haja lei autorizativa nesse sentido. Para Carrazza, embora a competência tributária seja indelegável,

tecer comentários em relação ao art. 199 do Código Tributário Nacional: “Afinal, União, Estados, D.F. e Municípios, são, em conjunto, a própria Nação e devem cooperar uns com os outros na arrecadação dos tributos e na fiscalização dos sujeitos passivos, ou responsáveis, pela troca de informações de que dispuserem, ou mesmo na realização de diligências que, em seus territórios respectivos, possam esclarecer outras pessoas de Direito Público.”

“a capacidade tributária ativa – aptidão para arrecadar tributo – é delegável por lei (lei, é claro, da pessoa política competente)”⁸²³.

Tal situação ocorre nas contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (contribuições parafiscais), devidas aos órgãos de classe (Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, entre outros) e entidades que compõem o sistema S (Sesi, Senac, entre outros). Na parafiscalidade, tais organizações arrecadam e fiscalizam as contribuições instituídas pela União em favor dessas entidades, que desempenham papel de alta relevância ao Estado e à sociedade, e têm na arrecadação dessas contribuições a principal fonte de financiamento das suas atividades. O art. 7º do Código Tributário Nacional dá guarida a essa prática, em perfeita harmonia com o texto constitucional⁸²⁴.

No caso dos consórcios públicos, tal prática também se mostra permitida. Como já dito anteriormente, não há razão para proibir-se que qualquer ente da Federação atribua capacidade tributária ativa ao consórcio público do qual integre (ou que assim pretenda integrar). O art. 7º do Código Tributário Nacional agasalha a pretensão, em absoluta sintonia com o sistema constitucional tributário e com a ideia de federalismo de cooperação. E a delegação de capacidade tributária aos consórcios públicos é realidade atualmente presente, especialmente para

⁸²³ Carrazza, 2008, p. 236.

⁸²⁴ Nesse sentido as lições de Coêlho (2012, p. 414): “O artigo 7º fixa a regra da *indelegabilidade da competência tributária*, vez que esta é de atribuição constitucional, mas admite que as funções de arrecadar e fiscalizar tributos ou de executar leis, serviços, atos e decisões administrativas em matéria tributária podem ser transferidas de uma para outra pessoa de Direito Público, incluindo as garantias e privilégios processuais das pessoas delegantes (§ 2º). De observar, também, que é possível incumbir às pessoas de Direito Privado, naturais e jurídicas, a função ou o encargo de arrecadar tributos, nesta última hipótese contra a vontade da própria pessoa, sem que esta atribuição ou cometimento constitua *delegação de competência*, de resto impossível, porquanto a ninguém é dado legislar em matéria tributária, poder este exclusivo dos órgãos estatais legislativos (princípio da legalidade). Todos os sistemas de retenção de tributos atribuídos aos particulares são *encargos* (e sem remuneração). Todos os sistemas de recebimento de tributos por terceiros são funções delegadas (mediante contrato). É o caso, *v.g.*, dos bancos onde pagamos nossos tributos. Nesta última hipótese os recebedores de tributos, ao dar o recibo do pagamento, agem em nome do Estado, valendo a quitação. O recibo prova o pagamento, embora não signifique, por si só, a extinção do crédito tributário subjacente. No entanto, se o dinheiro arrecadado não chegar aos cofres do Estado, fica o contribuinte liberado de pagar novamente. O pagamento considera-se bom. O mais é *res inter alios*. O Estado e seus delegatários se ajustarão *ex contractu* sobre a redirecionamento dos recursos”.

os municípios brasileiros, diante do amplo rol de possibilidades de atuação dos consórcios públicos, muitas dessas atuações passíveis de remuneração mediante taxas.

Tanto os consórcios de direito público como os consórcios de direito privado podem ser delegatários de capacidade tributária ativa. Tal mister (arrecadar e fiscalizar tributos) não se mostra incompatível com a natureza do consórcio de direito privado, como bem destacado por Ataliba, ao afirmar que “nada obsta, porém, a que a lei atribua capacidade de ser sujeito ativo de tributos a pessoas privadas – desde que estas tenham finalidade de interesse público”⁸²⁵.

Carvalho também vislumbra a possibilidade de entidade privada exercer a atribuição de exigir a obrigação tributária, a exemplo do que ocorre com as entidades paraestatais⁸²⁶. É a mesma posição adotada por Carrazza, ao afirmar que basta a pessoa beneficiada pela capacidade tributária ativa perseguir “finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por exigência do *princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação*”⁸²⁷.

Nesse sentido, e balizado na melhor orientação doutrinária, pode o ente da Federação consorciado outorgar ao consórcio público (de direito público ou privado) a atribuição de exigir a prestação pecuniária decorrente de relação tributária, isto é, arrecadar e fiscalizar os tributos instituídos por aquele detentor da competência tributária, inclusive para financiar atividades (de relevância ou interesse público) desempenhadas pelo delegatário. Tal delegação, que carece de lei autorizativa, torna o beneficiado sujeito ativo da obrigação tributária.

Como sujeito ativo da obrigação tributária, o consórcio público - assim como ocorre tradicionalmente com as contribuições parafiscais - não poderá inovar a ordem tributária, isto é, jamais exercerá poderes

⁸²⁵ Ataliba, 1992, p. 32-33.

⁸²⁶ Carvalho, 2004, p. 153.

⁸²⁷ Carrazza, 2008, p. 569. Igual posição é defendida pelo autor em estudo específico a respeito do tema, intitulado *O sujeito ativo da obrigação tributária* (1977, p. 43-48). Posição diferente é defendida por Becker (1986, p. 463), Gomes de Sousa (1975, p. 174-175) e Torres (1993, p. 253), que compreendem o sujeito ativo aquele detentor de competência tributária, de modo que nas contribuições parafiscais há tão somente o ato de arrecadar por parte da entidade beneficiada, sem que tais entidades sejam sujeito tributário ativo. Essa divergência na prática não acarreta maiores entraves na aplicação das normas tributárias, visto que todos esses autores (Becker, Gomes de Sousa e Torres) reconhecem a legalidade das entidades parafiscais arrecadarem as referidas contribuições a elas destinadas por lei, exercendo poderes necessários para tal mister (arrecadação e fiscalização).

exclusivos da pessoa política delegatária, a exemplo da criação ou majoração de tributo (adstrita aos entes da Federação com competência tributária para tanto). Dito de forma direta, *não se confunde necessariamente a figura do sujeito ativo tributário, que exerce capacidade tributária ativa, com a da pessoa política que desempenha competência tributária*. Evidentemente que a pessoa política é naturalmente sujeito ativo dos tributos que detém competência tributária. Mas nada impossibilita que haja a delegação das atribuições de arrecadação e fiscalização tributária, nos limites do art. 7º do Código Tributário Nacional⁸²⁸, conferindo capacidade tributária ativa a terceiros.

Assim, o exercício da capacidade tributária ativa por parte do sujeito ativo da obrigação tributária não comporta qualquer ato que modifique o alcance do tributo, mas somente as atividades e ações necessárias para satisfazer o crédito tributário. Eventualmente a lei pode delegar à entidade responsável pela arrecadação e fiscalização tributária poderes para regulamentar a legislação tributária, a fim de satisfazer os comandos jurídicos definidos pela lei, sempre adstrito à noção de subordinação, desenvolvimento e complementaridade dos regulamentos em relação à lei que institui o tributo⁸²⁹.

⁸²⁸ É necessário atentar-se para não se incorrer em erro diante da redação infeliz do art. 119 do Código Tributário Nacional, que assim prescreve: “Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.”. Lido isoladamente, referido artigo pode revelar situação contrária ao sistema constitucional tributário. Tal situação é bem revelada por Amaro (2005, p. 294): “O art. 119 do Código Tributário Nacional ficou perdido no tema. Ao dizer que ‘sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público...’, parece querer reservar a designação para os entes políticos, mas termina por dizer: ‘titular da competência para exigir o seu cumprimento’. Ora, quem exige o cumprimento da obrigação é o credor, que nem sempre é o ente político que instituiu o tributo. As pessoas que a lei põe na condição de credores de obrigações tributárias nas situações comentadas, embora não tenham competência tributária (isto é, não possuem a aptidão constitucional de criar tributos), detêm capacidade tributária ativa, isto é, são habilitadas a figurar no pólo ativo de obrigações tributárias. Nesse sentido é que deve ser entendido o art. 119 do Código Tributário Nacional, ao falar de competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária. Esse dispositivo peca, porém, quando supõe que o credor da obrigação tributária necessariamente tenha de ser pessoa jurídica de direito público, quando se sabe que o sistema constitucional admite a existência de outras entidades na condição de credoras de obrigações tributárias. Não vemos que outro rótulo dar a elas a não ser o de sujeito ativo de obrigação tributária.”

⁸²⁹ Nesse sentido já decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 704.292/PR (Tema 540 em repercussão geral), Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016.

Nesse contexto, inadmissível que a lei transfira ao consórcio público a competência para a instituição ou majoração de tributo, cuja competência é indelegável e somente passível de ser exercida pelos agentes políticos com competência tributária para tanto. Da mesma forma, não poderá o ente consorciado autorizar que o consórcio público exerça poder regulamentar além daquele inerente ao desenvolvimento e à complementariedade da exação tributária, isto é, o poder regulamentar outorgado aos consórcios públicos não poderá adentrar na definição dos elementos intrínsecos à criação do tributo, a exemplo do seu fato gerador, dos responsáveis pela cobrança e pagamento e da valoração da obrigação tributária principal (base de cálculo do tributo).

É nesse contexto que poderão os consórcios públicos exigir de terceiros o pagamento de taxa em razão do exercício do poder de polícia ou da oferta, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis. Para tanto, é fundamental que a lei (do ente consorciado) tenha autorizado tal mister em favor do consórcio público.

Importante frisar que somente os consórcios de direito público poderão valer-se das prerrogativas inerentes à *Fazenda Pública*, posto que somente estes possuem natureza autárquica. É a visão compartilhada por Cunha⁸³⁰, que afasta do conceito de Fazenda Pública todas as pessoas jurídicas de direito privado, embora integrantes da administração indireta da administração pública, a exemplo dos consórcios de direito privado, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Apesar do silêncio da Lei dos Consórcios Públicos e de seu decreto regulamentar, nada obsta que os consórcios públicos gozem de capacidade tributária ativa, caso assim delegado por lei pelo ente federativo consorciado. Trata-se de situação corolária à competência tributária dos entes da Federação, ou seja, a capacidade tributária apresenta-se como desmembramento natural da atribuição reconhecida pela Constituição Federal da União, estados, Distrito Federal e municípios instituírem tributos. Portanto, a possibilidade de os consórcios públicos exercerem capacidade tributária ativa possui assento constitucional, sendo completamente desnecessária sua previsão na legislação infraconstitucional.

Ademais, a legislação infraconstitucional já disciplinou a respeito da possibilidade de os consórcios públicos cobrarem taxa pelo

⁸³⁰ Sobre o tema, discorre Cunha (2016, p. 8): “Também se revestem da natureza de pessoas jurídicas de direito público, integrando, portanto, o conceito de Fazenda Pública, as associações públicas (Código Civil, art. 41, IV), constituídas na forma da Lei 11.107, de 6 de abril de 2005, em razão da formação de consórcio público”.

desenvolvimento de atos de política administrativa ou pela prestação de serviços públicos. É o caso da Lei federal nº 11.445/2007 (art. 8º e 29), que reconheceu a cobrança de taxa pelos consórcios públicos diante da prestação de serviços ou do exercício de atividade de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico. Em síntese, no campo infraconstitucional também há base legal para referendar a tese da plena capacidade de os consórcios públicos serem sujeitos ativos de obrigação tributária, bastando que haja lei nesse sentido e de fato os consórcios públicos, no que toca à taxa, desempenhem os fatos atinentes à hipótese de incidência tributária.

Logo, admissível que os consórcios de direito público e privado sejam sujeitos ativos de obrigação tributária decorrente de taxa instituída por qualquer ente da Federação consorciado. Basta que haja lei outorgando a capacidade tributária ativa ao consórcio público e este desempenhe a atividade de polícia administrativa ou ofereça os serviços públicos específicos e divisíveis, que dão guarida às taxas (art. 145, II da CF).

5.5.2 Fato gerador

Fato gerador e hipótese de incidência são facetas distintas da mesma moeda. Ataliba, em sua obra *Hipótese de Incidência Tributária*, aduz que a hipótese de incidência “é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho”⁸³¹, enquanto que fato gerador (ou *fato impositivo*, na expressão usada por Ataliba) diz respeito ao “fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. legal – dá nascimento à obrigação tributária”⁸³².

Nogueira aduz com clareza que a lei de criação do tributo deve descrever uma situação hipotética de fatos ou situações que se forem realizados em concreto pelas pessoas haverá a incidência da tributação. O autor afirma que “se a situação praticada não se submete à hipótese de incidência, não existe **fato gerador**; o fato é irrelevante perante o texto da lei tributária.”⁸³³.

⁸³¹ Ataliba, 1992, p. 53.

⁸³² Ataliba, 1992, p. 61.

⁸³³ Nogueira, 1975, p. 14 (grifos no original).

A hipótese de incidência pode ser composta por “múltiplos fatos (atos, fatos, estados de fato), jurídicos e/ou não-jurídicos, que podem estar reunidos na mais diversa combinação de número e espécie”⁸³⁴, assim como se perfectibiliza em um determinado tempo e espaço. Para Becker, a regra jurídica que defini a hipótese de incidência também estabelece o tempo e o lugar para a realização do fato gerador⁸³⁵.

Daí correta a prescrição constante do art. 114 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer que “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. Consumado o fato gerador, nasce a obrigação tributária, em outras palavras, o dever de pagar o tributo.

Entretanto, algumas ponderações são necessárias nos casos em que o consórcio público é sujeito tributário ativo, posto estar-se diante de pessoa jurídica constituída por dois ou mais entes da Federação, ou seja, composto por distintas unidades federativas, cada qual no gozo de competência tributária específica. Dito de forma direta, o fato gerador da taxa exigida pelo consórcio público está ligado à legislação e competência tributária de cada ente consorciado, devendo tal situação ser observada com acuidade pelos gestores do consórcio quando dos atos de arrecadação tributária, sob pena de ilegalidade da cobrança do tributo por parte do consórcio público.

Toma-se como exemplo um consórcio público composto pelos municípios A, B e C, responsável pela prestação dos serviços públicos de coleta e disposição final de resíduos sólidos urbanos nos municípios consorciados. Quando da concepção do consórcio e elaboração do Protocolo de Intenções, fora acordado que os serviços públicos prestados pelo consórcio público seriam financiados através de taxas instituídas por cada ente consorciado em favor do consórcio público. Mediante tal previsão, cada um desses municípios disciplinou em lei local a criação de taxa apta a remunerar o serviço público de coleta e disposição final de resíduos sólidos, outorgando ao consórcio público capacidade tributária ativa para cobrar e fiscalizar referido tributo.

No caso exemplificado, poderá o consórcio público exigir e arrecadar três diferentes taxas, cada qual limitada ao fato gerador do local da prestação dos serviços públicos e subordinada à legislação de cada ente da Federação consorciado (municípios A, B e C). Dessa maneira, deverão

⁸³⁴ Becker, 2002, p. 262-263.

⁸³⁵ Becker, 2002, p. 263. Para aprofundamento da matéria em relação aos elementos material, temporal e espacial do fato jurídico tributário, remete-se o leitor às lições de Carvalho (2004, p. 89-130).

ser observados os limites espaciais da exação tributária, a fim de que o fato gerador esteja atrelado à legislação que lhe deu causa. Enfim, deverá cada taxa ser exigida dentro dos limites territoriais de cada consorciado, sem prejuízo das disposições legais em sentido diverso (art. 102 do CTN⁸³⁶). Em suma, o consórcio público exerce a capacidade tributária ativa em nome do ente da Federação, por delegação, estando vinculado à legislação de cada ente político consorciado.

Mostra-se complexa a tarefa do consórcio público no gerenciamento dessa atribuição arrecadatória, especialmente naqueles consórcios públicos compostos por dezenas ou até centenas de municípios, como já ocorre no país. Como alhures já mencionado, nada impede, inclusive, que outras fontes de receitas sejam implementadas em favor do consórcio público, para suprir os recursos necessários para a efetiva prestação de serviços públicos. No caso exemplificado, poderá a taxa de qualquer dos municípios consorciados (A, B ou C) não ser suficiente para financiar os custos inerentes à efetiva prestação dos serviços de coleta e disposição final de resíduos sólidos, o que ensejaria o repasse de recursos orçamentários por parte de qualquer desses municípios consorciados, através da celebração anual de contrato de rateio. Assim, poderia o consórcio público auferir receitas tributárias e orçamentárias do município consorciado, para fins de pleno custeio dos serviços ofertados à sociedade daquele ente político.

Por todo o exposto, é fundamental que haja efetiva organização no exercício da capacidade tributária ativa, até porque o exercício ineficiente de tal atribuição poderá redundar em renúncia de receita tributária ou em prejuízos ao Poder Público, no caso da existência de vícios nos atos de constituição do crédito tributário.

Mesmo que árdua a tarefa dos consórcios públicos no exercício da capacidade tributária ativa, inexistem razões que impossibilitem seu exercício por parte do consórcio público. Todavia, reforça-se, devem os gestores do consórcio público adotarem cuidados adicionais nos atos relacionados à exigibilidade do tributo, para que haja perfeita adstringência do fato gerador à legislação do ente da Federação

⁸³⁶Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

consorciado, observando-se, no tempo e espaço⁸³⁷, a respectiva hipótese de incidência inerente à cada taxa instituída por cada ente consorciado.

5.5.3 Exigibilidade

O crédito tributário torna-se exigível com o lançamento tributário, que pode ser compreendido como o ato administrativo, de natureza declaratória, que objetiva (i) verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, (ii) determinar a matéria tributável, (iii) calcular o montante do tributo devido, (iv) identificar o sujeito passivo e, sendo caso, (iv) propor a aplicação da penalidade cabível. O lançamento tributário, no pensamento de Coêlho, “prepara o título executivo da Fazenda Pública, infundindo-lhe *liquidez, certeza e exigibilidade*.”⁸³⁸.

Assim, o lançamento tributário não é procedimento, muito menos constitui o crédito tributário, tal como alocado no caput do art. 142 do Código Tributário Nacional⁸³⁹. Trata-se de *ato administrativo* de natureza *declaratória* (e não *constitutiva*⁸⁴⁰), exatamente porque tão somente reconhece a obrigação tributária e liquida o montante do crédito tributário advindo da ocorrência do fato gerador do tributo previsto em lei⁸⁴¹.

⁸³⁷ Como bem pontua Carvalho (2004, p. 128-129), “Em todo o caso, a análise detida dos elementos espaciais e temporais é que vai decidir a respeito da interpretação dos efeitos jurídicos do fato. As regras de direito material serão as atinentes ao que está contido na redação fáctica (tempo e espaço no fato), marcando, no campo do direito tributário, a chamada eficácia declaratória.”

⁸³⁸ Coêlho, 2012, p. 662.

⁸³⁹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

⁸⁴⁰ Baleeiro (1986, p. 502) aduz que “o lançamento tem sido definido como o ato, ou a série de atos, de competência vinculada, praticado por agente competente do Fisco para verificar a realização do fato gerador em relação a determinado contribuinte, apurando qualitativa e quantitativamente o valor da matéria tributável, segundo a base de cálculo, e, em consequência, liquidando o quantum do tributo a ser cobrado.”. No mesmo sentido as considerações de Coêlho (2012, p. 663), para quem “na definição de lançamento, o verbo *constituir* não é empregado com o sentido de criar nem se reporta ao significado de *ato jurídico constitutivo* (criador, transformador, transferidor ou extintor de direito materiais, substantivos).”

⁸⁴¹ Diferentemente é o pensamento de Carvalho (2004, p. 129), para quem o lançamento tributário possui efeitos declaratórios e constitutivos, conforme se extrai:

Além de ato de natureza declaratória, o lançamento é ato administrativo *vinculado*, nos termos reconhecidos pelo parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional. Portanto, o ato de lançamento tributário é obrigatório por parte do agente público, vinculado aos estritos termos da lei tributária, e reconhece (declara) a existência do fato gerador, apurando o quantum do tributo a ser cobrado e identificando o sujeito responsável pela exação fiscal. Nas palavras de Amaro, “o efeito do lançamento é conferir exigibilidade à obrigação tributária, quando o recolhimento do tributo dependa da sua consecução”⁸⁴².

No caso envolvendo consórcio público detentor de capacidade tributária ativa, isto é, sujeito ativo da obrigação tributária, compete a este o lançamento tributário para a exigibilidade do crédito tributário em favor do próprio consórcio público, observadas as exigências legais. Nessa situação, é imprescindível que o lançamento tributário observe o regime tributário estabelecido pelo ordenamento jurídico do ente da Federação consorciado para o qual o fato gerador esteja atrelado no tempo e espaço, como destacado no item anterior.

Portanto, poderá o consórcio público exigir e arrecadar as taxas instituídas pelos entes consorciados, desde que assim delegado àquele. Nada obsta, evidentemente, que as taxas sejam exigidas e arrecadadas pelo próprio ente político consorciado. Mas, nesse caso, este deverá custear as atividades do consórcio público mediante repasse de recursos via contrato de rateio, como exposto no Capítulo 3, o que torna menos estável a viabilidade financeira do consórcio público, situação que exigirá a cada exercício financeiro a celebração de contrato de rateio com cada ente consorciado. Por isso a relevância de determinados consórcios públicos (em especial aqueles que exercem atividades de natureza

“Por isso mesmo, deve ser recebido com muito cuidado o asserto segundo o qual o lançamento teria eficácia, seja constitutiva, seja declaratória. Ambas estão presentes nessa figura do direito administrativo: a eficácia declaratória com relação ao conteúdo do enunciado de fato e a eficácia constitutiva em face dos direitos e deveres que faz desabrochar. Agora, se o critério da constitutividade for o nascimento para o mundo jurídico de direitos e obrigações correspectivas, não me parece haver a menor dúvida de que o lançamento tenha efeitos constitutivos. Na verdade, os efeitos declaratórios e constitutivos coexistem, manifestando-se ambos com grande estabilidade no ato jurídico-administrativo de lançamento. De um lado, terá ele, invariavelmente, a eficácia declaratória: como o enunciado de fato se refere a uma situação que já se consumou no tempo, expressa em verbo sempre no pretérito, não pode deixar de ser declaratório desse evento. Por outra parte, o aspecto constitutivo também o acompanha a cada passo, visto que é pelo ingresso do ato no ordenamento positivo que nascem os direitos subjetivos contrapostos.”

⁸⁴² Amaro, 2005, p. 371.

essencial e contínua) gozarem de capacidade tributária ativa, resguardando-se os recursos necessários para a consecução dos objetivos comuns constantes do contrato de consórcio público.

Da mesma maneira ocorrerá com as penalidades a serem aplicadas pelo descumprimento do dever de pagar tributo, que deverão ser aquelas previstas na legislação tributária de cada ente federativo consorciado.

Nos consórcios públicos com amplo número de consorciados, a cobrança do crédito tributário é tarefa complexa e que requer cuidado e organização, justamente para que seja respeitado o princípio da legalidade tributária.

É o caso, por exemplo, das agências de regulação do setor do saneamento básico, constituídas como consórcio de direito público e compostas por dezenas e até centenas de municípios (como é o caso da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS, composto por 180 municípios catarinenses). Nesses casos, tais consórcios públicos (agências de regulação) cobram taxas de regulação referentes a diferentes fatos geradores (taxa de regulação da prestação dos serviços de abastecimento de água, taxa de regulação dos serviços de esgotamento sanitário, taxa de regulação dos serviços de coleta de resíduos sólidos, etc.), ocorridos em diversos municípios, cada qual com um determinado sujeito passivo da obrigação tributária⁸⁴³.

O exemplo supracitado demonstra que as atividades de exigir e cobrar a exação tributária no âmbito dos consórcios públicos, apesar de lícitas, mostram-se bem mais complexas do que aquelas normalmente realizadas pelos órgãos da administração direta. A necessária obediência da legislação tributária de cada ente da Federação consorciado que tenha outorgado capacidade tributária ativa ao consórcio público impõe a adoção de mecanismos eficazes para a verificação dos fatos geradores e respectiva identificação do regime tributário aplicável, do montante do

⁸⁴³ Para a compreensão da relevância das referidas taxas no cenário nacional, especialmente a partir da propagação dos consórcios públicos, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico (ARIS) arrecadou, no exercício de 2017, a importância de R\$ 3.705.495,70 em taxas de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico. Por sua vez, a Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ) arrecadou no mesmo período o valor de R\$ 7.885.509,49, a título das mesmas taxas de regulação. Assim, são valores expressivos e que denotam a relevância da matéria para o Direito Administrativo e Tributário. Tais informações estão disponíveis nos respectivos Portais da Transparência das agências de regulação ARIS (www.aris.sc.gov.br) e ARES-PCJ (www.arespcj.com.br). Acesso em 7 nov 2018.

tributo devido, do sujeito passivo e das penalidades a serem aplicáveis, inclusive critérios de juros e atualização monetária.

Como conclusão, o lançamento tributário apto a dar exigibilidade às taxas auferidas pelos consórcios públicos há que observar a legislação de cada ente político consorciado, vinculando-se às regras ali inseridas e aptas a resguardar a legalidade do fato gerador impositivo, do quantum apurado, do sujeito passivo tributário, das penalidades impostas, dos critérios de atualização do crédito tributário, enfim, todo o conjunto de matérias atreladas ao exercício da capacidade tributária ativa, que se vincula diretamente à legislação do ente delegante de parcela da competência tributária.

5.5.4 Inscrição em dívida ativa

Verificado o fato gerador e constituído o crédito tributário⁸⁴⁴ pelo sujeito tributário ativo, é dever do sujeito passivo tributário adimplir a exação tributária, no tempo e modo estabelecido pela legislação tributária e pela autoridade administrativa. Não pago o tributo, é dever do poder público promover a inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Nos termos do que dispõe a legislação nacional⁸⁴⁵, constitui *dívida ativa tributária* a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento pela lei ou por decisão final proferida em processo administrativo. Do termo de inscrição da dívida ativa deverão constar obrigatoriamente as seguintes informações: (i) o nome do devedor e, se for o caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; (ii) a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; (iii) a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; (iv) a data em que foi inscrita; e (v) sendo o caso, o número do processo administrativo que dá origem ao crédito.

Portanto, no caso de inadimplemento do crédito tributário - constituído do tributo, juros, correção monetária e multas -, deverá o poder público certificar tal montante em dívida ativa, que gozará (*juris tantum*) de liquidez, certeza e exigibilidade perante o sujeito passivo

⁸⁴⁴ Lembra-se da lição de Coêlho, para quem “Na expressão ‘crédito tributário’ estão o tributo, os juros, a correção monetária e o valor das

⁸⁴⁵ No caso, os arts. 201 a 204 do Código Tributário Nacional; os arts. 2º e 3º da Lei federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980; e o art. 39 da Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

tributário⁸⁴⁶. É o que dispõe o art. 204 do Código Tributário Nacional⁸⁴⁷, ao reconhecer à certidão de dívida ativa natureza de prova pré-constituída, servindo de título executivo extrajudicial para fins de ajuizamento da execução fiscal, nos moldes da Lei federal nº 6.830/1980.

Interessante notar que a certidão de dívida ativa tributária é constituída unilateralmente pelo Estado, sem necessária participação ou aceite do particular, o que se mostra *sui generis*, justamente pela unilateralidade intrínseca à sua concepção, o que não se revela presente nos demais títulos executivos extrajudiciais⁸⁴⁸, que, de alguma forma, carecem da anuência do devedor para a formação do título executivo.

Deveras, os atos de apuração do crédito tributário e de inscrição em dívida ativa são oportunidade da administração pública realizar o controle de legalidade da obrigação tributária imposta ao sujeito passivo da exação tributária. Como bem enaltece Carvalho, “é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os requisitos jurídico-legais dos atos praticados”⁸⁴⁹,

Na situação em que o consórcio público seja o sujeito tributário ativo, competirá a este a inscrição do tributo não adimplido em dívida ativa do próprio consórcio público, sem prejuízo da informação ser consolidada junto aos seus consorciados, sempre adstrito ao fato gerador da obrigação tributária. Exemplificando, num consórcio formado pelos municípios A, B e C, caso haja crédito tributário decorrente de taxa não paga por contribuinte vinculado ao fato gerador no município A, deverá tal crédito tributário ser registrado em dívida ativa do consórcio público, bem como consolidado na dívida ativa do município A para fins de registro contábil. Nesse caso, como o fato gerador da taxa é relativo ao município A, não se mostra adequada a consolidação do crédito junto aos demais entes consorciados.

Dessa maneira, o consórcio público, dispondo de capacidade ativa tributária (caso delegada pelos entes consorciados), deverá constituir em

⁸⁴⁶ Coêlho, 2012, p. 799; e Amaro, 2005, p. 485.

⁸⁴⁷ Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

⁸⁴⁸ Nesse sentido corrobora Carvalho (2010, p. 666): “A inscrição em dívida ativa tem por escopo a constituição unilateral do título executivo que servirá de base para a cobrança judicial dos créditos não pagos à Fazenda Pública. Disso resulta que a certidão de dívida ativa é o único dos títulos executivos extrajudiciais em que não há necessidade da assinatura do devedor, existindo a partir de ato unilateral do credor.”

⁸⁴⁹ Carvalho, 2010, p. 665.

dívida ativa própria os créditos tributários não pagos no tempo e modo exigidos pela legislação de cada ente da Federação consorciado⁸⁵⁰.

Inexistem obstáculos para que a delegação do exercício da capacidade tributária ativa seja condicionada à inscrição do eventual crédito tributário não adimplido na dívida ativa tributária do próprio ente consorciado. Nesse caso, não é o consórcio público que executará referido crédito fiscal, muito menos competirá ao mesmo expedir certidão (positiva ou negativa) em relação aos referidos créditos tributários, na medida em que tal responsabilidade manteve-se no ente com competência tributária para tanto. Bem verdade, não se trata da melhor opção diante da possibilidade do próprio consórcio público executar a dívida ativa de natureza tributária, mediante o ajuizamento de execução fiscal, especialmente nos casos envolvendo as associações públicas (consórcios públicos de direito público), diante da sua natureza autárquica e gozo de todas as prerrogativas inerentes à Fazenda Pública.

Entretanto, a definição do responsável pela inscrição em dívida ativa dos créditos tributários inadimplidos junto ao consórcio público competirá a cada ente político consorciado, daí redundando na necessidade dessa matéria ser devidamente ponderada desde a fase de concepção do Protocolo de Intenções.

5.5.5 Certidão Negativa de Débitos

A situação relacionada ao registro dos créditos tributários não pagos em dívida ativa mostra-se relevante, até mesmo, para fins de expedição de certidão negativa de débitos.

E sabe-se ser dever da administração pública a expedição de certidões que atestem e informem a respeito de fatos e situações que envolvem o interesse de pessoas físicas e jurídicas⁸⁵¹, muitas vezes inclusive para condicionar o exercício de regular direito, como ocorre no âmbito das contratações com o poder público regidas pela Lei federal nº 8.666/1993 (habilitação jurídica, fiscal, trabalhistas, técnica e econômico-financeira⁸⁵²) ou no caso do pedido de recuperação judicial (art. 57 da Lei

⁸⁵⁰ Além dos créditos *tributários*, a dívida ativa do consórcio público deverá registrar os créditos *não tributários*, nos termos do disciplinado no art. 2º da Lei federal nº 6.830/1980 e no art. 39, § 2º da Lei federal nº 4.320/1964.

⁸⁵¹ Baleeiro, 1986, p. 632.

⁸⁵² Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e trabalhista; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

federal nº 11.101/2005⁸⁵³). A própria Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, “b”) assegura tal direito de obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Em suma, trata-se de dever-poder do Estado em informar, de maneira clara, formal e fidedigna⁸⁵⁴, fatos e situações que digam respeito ao gozo de direitos do cidadão e das pessoas jurídicas regularmente constituídas.

Dessa forma, estabelece o art. 205 do Código Tributário Nacional que a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida no prazo de 10 dias contados do requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Não resta dúvida quanto à competência do consórcio público expedir certidão referente à existência ou não de débitos em dívida ativa, inclusive de natureza não tributária. Nesse caso, a certidão expedida (positiva ou negativa) limitar-se-á à dívida ativa existente perante o consórcio público.

A controvérsia mostra-se presente com relação à certidão de débitos *tributários* e *não tributários* a ser expedida por cada ente federativo consorciado, no sentido de englobar ou não as pendências constantes na base da dívida ativa do consórcio público.

Duas são as linhas de pensamento. A primeira, no sentido de que a dívida ativa do consórcio público não deve ser consolidada na origem, melhor dizendo, na dívida ativa de cada ente consorciado. A segunda, pela consolidação das informações na base da dívida ativa dos entes políticos consorciados. Inexiste regra, na legislação tributária nacional, que obrigue a adoção de uma ou outra solução.

⁸⁵³ Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

⁸⁵⁴ Daí Carvalho (2010, p. 668) aduzir que “Isto significa que não pode a autoridade fiscal simplesmente indeferir a expedição da certidão negativa de débitos, tendo o contribuinte o direito de ser informado das pendências que impediram a sua concessão. Somente pode ser indeferida quando a Administração tiver condições de relatar quais os créditos possui contra o contribuinte, a que se referem e quais seus valores. Assim, do mesmo modo que a Administração tem o poder de exigir a apresentação de certidão negativa de débitos, tem o dever de fornecê-la caso não haja crédito tributário constituído.”

Assim, nada obsta que o ente consorciado emita certidão de débitos em relação tão somente à base de dívida ativa junto à administração pública direta, ressalvando na certidão de que tal declaração não engloba os eventuais débitos perante as entidades que compõem a administração pública indireta⁸⁵⁵. Entretanto, tal prática impõe excessiva burocracia e acaba por desprestigiar os princípios da eficiência, transparência e economicidade, por exigir do contribuinte a expedição de inúmeras certidões junto às diferentes entidades que compõe a administração indireta de cada ente da Federação.

Por essa razão, a consolidação da informação aparenta ser a melhor solução ao caso, em prestígio à transparência e fidedignidade da informação. Assim, as informações constantes na dívida ativa do consórcio público (créditos tributários e não tributários) seriam repassadas aos entes da Federação para registro também em sua dívida ativa (consolidação da base de dívida ativa), permitindo a expedição de certidão de débitos que englobe tanto a administração pública direta como a indireta. Tal situação é benéfica ao próprio contribuinte, que não precisará buscar a expedição de inúmeras certidões junto a diversos órgãos e entidades do poder público⁸⁵⁶.

Nessa situação, em relação aos créditos *tributários* inscritos em dívida ativa junto ao consórcio público, somente devem ser consolidados no ente consorciado os relacionados à sua competência tributária, de modo a desprezar créditos tributários oriundos de fatos geradores inerentes a outros entes federativos consorciados. Assim, a consolidação dos créditos tributários do consórcio público seria consolidada em cada ente consorciado na estrita vinculação ao respectivo fato gerador prevista na legislação de cada ente político.

Já em relação aos créditos *não tributários* inscritos em dívida ativa do consórcio público, este deverá previamente depurar os valores oriundos do inadimplemento das exações tributárias, que acompanham o tributo que lhe deu causa. Outros créditos não tributários do consórcio público, como, por exemplo, as multas ou indenizações previstas na Lei

⁸⁵⁵ Lembra-se que os consórcios públicos compõem a administração pública indireta de todos os entes da Federação consorciados, por expressa disposição legal em relação aos consórcios de direito público, nos termos do art. 6º, § 1º da Lei federal nº 11.107/2005; e por interpretação sistêmica, no caso dos consórcios de direito privado.

⁸⁵⁶ É o que ocorreu no âmbito da União que, desde 2004, unificou a certidão de débitos perante a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Receita Federal. Antes, era preciso expedir duas certidões, o que acarretava em maior burocracia. A unificação das certidões negativas está prevista na Portaria MF n. 358, de 5 de setembro de 2014, alterada pela Portaria MF nº 443, de 17 de outubro de 2014.

federal nº 8.666/1993 pelo inadimplemento de contrato administrativo, deverão ser informados em sua totalidade a todos os entes consorciados, salvo se existir previamente deliberação sobre o critério de rateio e consolidação desse ativo no contrato de consórcio público.

Melhor esclarecendo o pensamento defendido, adota-se novamente o exemplo do consórcio público constituído pelos municípios A, B e C, responsável pela prestação dos serviços de coleta e disposição final de resíduos sólidos, para o qual detém capacidade tributária ativa para a cobrança de taxas instituídas pelos municípios consorciados em favor do consórcio público. Considere-se que inúmeros contribuintes do município A não pagaram a taxa referente ao exercício de 2018, já vencida e inscrita em dívida ativa do consórcio público, somando um total de R\$ 10.000,00. Ainda, imagine-se que referido consórcio público aplicou penalidade pecuniária de R\$ 3.000,00 à título de multa por descumprimento de cláusula em contrato administrativo de fornecimento de material de expediente ao consórcio público, cuja importância não fora paga pela empresa contratada, apesar de já exaurido o processo administrativo sancionatório. Nesse caso, o consórcio público possui em base de dívida ativa o total de 13.000,00, sendo R\$ 10.000,00 de origem tributária e R\$ 3.000,00 de origem não tributária.

No exemplo dado, a consolidação do crédito tributário somente dar-se-á com o município A, na medida em que as taxas não pagas dizem respeito a fato gerador inerentes aos contribuintes daquela municipalidade, sendo inoportuna consolidação de tais valores na dívida ativas dos demais entes consorciados (municípios B e C). Diferentemente ocorre com a dívida ativa não tributária (R\$ 3.000,00), que carece de consolidação na dívida ativa dos três municípios consorciados, em seu montante global ou de forma parcial, caso existente critério de cota de participação definido no âmbito do consórcio público.

Certamente a matéria guardará maiores debates para sua implementação. Atualmente, inexistente regulamentação a respeito do tema, inclusive no âmbito da Secretaria do Tesouro Nacional⁸⁵⁷. De qualquer maneira, seja uma ou outra a solução a ser adotada, é essencial que haja o registro dos créditos tributários e não tributários em dívida ativa dos consórcios públicos, informando-se oficialmente os entes consorciados da sua existência. Nesse caso, os entes políticos pertencentes a consórcio público, caso não consolidadas as informações na dívida ativa da

⁸⁵⁷ A Portaria nº 274, de 13 de maio de 2016, que disciplina a consolidação das contas dos consórcios públicos, não trata da matéria envolvendo a dívida ativa e seus reflexos perante os entes consorciados.

administração direta, deverão expedir certidão de débitos com a ressalva da mesma não englobar os eventuais créditos registrados em dívida ativa dos consórcios públicos do qual pertencem, preservando-se, desta maneira, a fidedignidade da informação e o interesse do próprio consórcio público.

6 CONCLUSÃO

O federalismo brasileiro sempre fora marcado pela centralidade de competências e recursos públicos em torno da União, sem que houvesse, de fato, uma equilibrada distribuição de forças entre os entes da Federação e efetivas relações de intergovernabilidade federativa, prejudicando o desenvolvimento justo e equânime das diferentes regiões do país. Tal cenário é percebido desde a Proclamação da República, apesar dos esforços de Rui Barbosa em delinear um regime federativo equilibrado quando da elaboração da Constituição de 1891, cujos ideais acabaram desvirtuados frente à realidade política brasileira à época, centrada no autoritarismo e no centralismo político.

Apesar da tradição brasileira com o federalismo já perdurar mais de 100 anos, sempre reconhecido o Estado federal nas Constituições pós-regime monárquico (Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), é legítima a afirmação no sentido de que nosso modelo de Federação não conseguiu materializar o processo de descentralização político-administrativa almejado com a proclamação da República, sendo ainda marca indelével do Estado brasileiro a existência de grande desigualdade social e econômica entre as diferentes regiões do país e a centralização de poder e competências na pessoa do Chefe do Poder Executivo federal.

Apesar dos avanços com a Constituição de 1988, que melhor organizou a repartição de competências e a partilha das receitas fiscais entre os entes federativos, agora incluídos os municípios, a Reforma Administrativa de 1998 simbolizou o retorno do pêndulo para a centralidade política e fiscal em favor da União, especialmente pelo substancial incremento das contribuições de competência federal, cuja receita tributária não é adequadamente partilhada pela União com os demais entes. Por conseguinte, as demais unidades federativas não dispõem de receitas proporcionais às competências a elas outorgadas pela Constituição, tornando-as dependentes de repasses voluntários da União e provocando a captura política de governadores e prefeitos.

Soma-se a esse quadro federativo a carência de interlocução entre os entes da Federação (no nível horizontal e vertical) para a resolução de interesses comuns, o que certamente poderia atenuar o problema da concentração de receitas em torno da União. Apesar da existência de experiências exitosas de cooperação entre entes políticos já na década de 40, através das associações de municípios; e na década de 60, mediante a criação de consórcios públicos intermunicipais e do Banco Regional de

Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), composto pelos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; é fato que tais ações mostravam-se isoladas e pontuais no âmbito nacional, bem como careciam de regramento jurídico adequado a ensejar segurança jurídica para os entes políticos interessados e terceiros. Sem prejuízo, tais experiências limitavam-se quase que exclusivamente às regiões Sul e Sudeste, ainda assim sem estarem inseridas em políticas públicas de longo prazo e que abarcassem a integralidade dessas regiões. Enfim, inexistia no país, inclusive após o advento da Constituição de 1988, um ambiente político e jurídico voltado ao fomento da cooperação entre os entes da Federação.

Nesse cenário de desequilíbrio federativo e inexistência de laços de intergovernabilidade a nível nacional, essencial a criação e fomento de mecanismos efetivos de cooperação federativa, mediante arranjos jurídicos que permitam a alocação de bens e serviços em regime compartilhado, buscando ganhos de escala e atenuando as deficiências e carências estruturais e financeiras presentes nos diferentes entes da Federação. Daí a relevância da Emenda Constitucional nº 19/1998, que introduziu junto ao art. 241 da Constituição Federal importantes instrumentos de fomento da intergovernabilidade entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, quais sejam, os consórcios públicos e convênios de cooperação, destinados à gestão associada de serviços públicos.

Destarte, a Emenda Constitucional nº 19/1998 constitucionalizou uma prática já presente em parcela (diminuta, é verdade) de municípios brasileiros, que se valiam da criação de consórcios públicos na busca de contornar os obstáculos da carência de recursos financeiros para o cumprimento das obrigações constitucionais, especialmente nas áreas da saúde e assistência social. Todavia, tais consórcios eram muitas vezes concebidos sem personalidade jurídica, mediante simples celebração de convênio administrativo; ou, quando gozavam de personalidade jurídica, estavam submetidos única e exclusivamente ao regime de direito privado, sem o adequado controle e fiscalização da despesa pública e em conflito com dispositivos constitucionais (a exemplo da realização de concurso público para seleção de pessoal).

Assim, em que pese a relevância da nova redação inserida no art. 241 da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que trouxe para o âmbito constitucional a previsão da criação de consórcios públicos pelos entes da Federação, na prática inexistia regramento legal que dispusesse a respeito de como deveriam ser

constituídos e operacionalizados os consórcios públicos, em prejuízo ao seu fomento em âmbito regional e nacional.

Somente com o advento da Lei federal nº 11.107/2005 é que o arcabouço legal dos consórcios públicos restou perfectibilizado, com a inserção de regras mínimas para sua constituição, funcionamento e extinção, permitindo que os entes políticos pudessem, com segurança jurídica, dispor sobre o compartilhamento de recursos, bens e pessoal, para o fim precípua de satisfação de interesses comuns. E uma das principais inovações inseridas na Lei federal nº 11.107/2005 diz respeito à natureza contratual dos consórcios públicos, que poderão ser concebidos como pessoa jurídica de direito público (associação pública, com natureza autárquica) ou pessoa jurídica de direito privado (associação privada). Posteriormente, o Decreto federal nº 6.017/2007 regulamentou determinadas lacunas existentes na legislação nacional, criando um cenário (ao menos sob o viés jurídico) extremamente favorável para a formação dos consórcios públicos entre os diferentes entes da Federação (em nível horizontal e vertical).

Após completado esse arcabouço jurídico em torno dos consórcios públicos, é possível traçar os elementos que os caracterizam como relevante instrumento do federalismo de cooperação, aptos a serem manejados para inúmeros assuntos de interesse comum, inclusive no que toca a gestão associada de serviços públicos, que pode ser compreendida como a atividade de cooperação federativa entre dois ou mais entes da Federação para o planejamento, a prestação, a regulação ou a fiscalização de serviços públicos propriamente ditos, mediante a criação de consórcio público ou a celebração de convênio de cooperação, com ou sem a transferência de encargos, serviços, bens e pessoal entre os entes pactuantes ou entre estes e o consórcio público.

Portanto, os consórcios públicos apresentam-se como desdobramento do federalismo de cooperação e reforçam a autonomia dos entes federativos, caracterizados como instrumento voluntário de cooperação para dar consecução aos interesses comuns do poder público. E é nesse cenário jurídico que a legislação ordenadora dos consórcios públicos (em especial a Lei federal nº 11.107/2005 e o Decreto federal nº 6.017/2007) deve ser interpretada e aplicada, partindo da premissa de que os consórcios públicos são instrumentos de cooperação federativa aptos a dar resolatividade às mais variadas questões afetas ao interesse comum dos entes federativos, em especial a gestão associada de serviços públicos.

Importa destacar que a criação de consórcios públicos (e a própria celebração de convênios de cooperação) não está limitada à gestão

associada de serviços públicos. Outras atividades e funções podem dar azo à formação de consórcios públicos, bastando que haja interesse comum entre os entes da Federação para tal desiderato, ressalvando-se as funções indelegáveis de natureza política e intrínsecas aos Poderes Legislativo e Judiciário. Sob esse prisma constitucional, segura a conclusão no sentido de que os consórcios públicos podem ser constituídos, por dois os mais entes da Federação, para o exercício de inúmeras atividades de interesse comum, inclusive aquelas relacionadas ao poder de polícia administrativa e à prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

Devidamente regulamentados no âmbito da legislação nacional, e ainda presente o forte desequilíbrio federativo, especialmente sob o viés da injusta repartição das receitas fiscais entre os entes políticos, os consórcios públicos disseminaram-se nas diversas regiões do país e atualmente são realidade presente especialmente no âmbito municipal, voltados ao desenvolvimento de variadas atividades de interesse público. Dentre elas, ganha destaque a existência de consórcios públicos que prestam serviços públicos, a exemplo do manejo de resíduos sólidos urbanos e do transporte coletivo de passageiros; ou que exercem atividade de polícia administrativa, como ocorre no âmbito da regulação do saneamento básico, do licenciamento ambiental e da inspeção agropecuária. Nesses casos, podem os consórcios públicos, em tese, auferir renda própria através da cobrança de taxas como mecanismo tributário de remuneração das atividades desenvolvidas no interesse direto do cidadão/contribuinte.

Conforme visto ao longo da pesquisa, apesar de inexistir no ordenamento jurídico nacional previsão expressa no que concerne a instituição, fiscalização e cobrança de taxas no âmbito dos consórcios públicos, os próprios preceitos do sistema constitucional tributário dão guarida para a conclusão, firme e segura, da legitimidade dos consórcios públicos gozarem de capacidade tributária ativa para a cobrança e fiscalização de taxas, desde que assim autorizado na legislação de cada ente político consorciado.

Da mesma forma, e em respeito à legalidade tributária, princípio central do sistema constitucional tributário, a taxa e seus elementos centrais de constituição (hipótese de incidência, base de cálculo, sujeitos ativo e passivo, alíquotas, enfim, as matérias essenciais para a definição do fato gerador, dos responsáveis pela cobrança e pagamento e da valoração da obrigação tributária principal) devem ser instituídos por lei de cada ente da Federação consorciado, sendo inconcebível que o próprio

consórcio público crie ou majore qualquer espécie de tributo, em respeito ao art. 150, I, da Constituição Federal.

São três os argumentos em sede constitucional que balizam essa conclusão.

O primeiro deles diz respeito à necessidade de preservar-se a própria *autonomia dos entes da Federação* (art. 18, da CF), que deve ser assegurada na aplicação da legislação infraconstitucional. Não poderia a Lei dos Consórcios Públicos tolher os entes da Federação do exercício de competência assegurada pela Constituição Federal (instituir e arrecadar seus tributos). A proibição do ente da Federação delegar parcela de sua competência inerente à cobrança e fiscalização tributária revela-se arbitrária e em desconformidade com a autonomia dos entes federativos, além de fazer tábua rasa do federalismo de cooperação, concebido exatamente no seio da comunhão de esforços e recursos entre os entes da Federação (art. 241, da CF).

O segundo decorre da *competência tributária* reconhecida aos entes da Federação no âmbito do sistema constitucional tributário, inclusive com a possibilidade de instituição, por lei, de taxas para remunerar as atividades de polícia administrativa e a prestação, efetiva e potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis (art. 145, II, da CF). Nesse sentido, afronta a Constituição Federal privar os entes federativos de instituírem determinada taxa com a finalidade de remunerar as atividades ou serviços públicos desempenhados pelo consórcio público. Tal restrição limita a forma de atuação do Estado, na medida em que praticamente inviabiliza a atuação conjunta dos entes políticos nas áreas que envolvem atividades e serviços que poderiam ser financiados por taxas.

Dáí porque um terceiro argumento reside na própria observância do princípio do *federalismo de cooperação* (23, par. único e 241, da CF), intrínseco à estrutura do Estado federal brasileiro. Impor vedação aos entes federativos de criarem estrutura consorciada apta ao recebimento de receitas próprias (no caso, as taxas adimplidas) ceifaria importante parcela da autonomia e competência tributária dos entes políticos, assim como violaria o princípio da cooperação entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios.

Portanto, viola os princípios da *autonomia federativa*, da *competência tributária* e do *federalismo de cooperação* privar os consórcios públicos do exercício de capacidade tributária ativa para cobrarem e fiscalizarem taxas destinadas ao financiamento de atividades que possam caracterizar hipótese de incidência dessa espécie de tributo

(art. 145, II, da CF). Não existem razões válidas a afastar a competência dos consórcios públicos em arrecadarem taxas decorrentes das atividades elencadas no art. 145, II, da Constituição Federal, desde que estas sejam instituídas (criadas) por lei de cada ente da Federação (respeito ao princípio da legalidade tributária) e haja previsão para tanto nos instrumentos de constituição do consórcio público (protocolo de intenções e contrato de consórcio público).

Para tanto, deverá a lei de cada ente político consorciado autorizar a possibilidade de outorga das atribuições de arrecadação e fiscalização tributária ao consórcio público, de maneira clara e direta, sem prejuízo de o protocolo de intenções de constituição do consórcio público disciplinar os elementos atinentes ao exercício dessa capacidade tributária, a exemplo da forma de consolidação das receitas tributárias com o ente consorciado, da inscrição em dívida ativa, do responsável pela execução judicial do crédito tributário, entre outras matérias pertinentes e correlatas ao exercício da capacidade tributária ativa.

Infere-se, portanto, compatível com o sistema constitucional tributário a instituição de taxa em favor de consórcio público, decorrente do exercício do poder de polícia administrativa ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados no âmbito da gestão associada de serviços públicos, desde que haja lei específica de criação do referido tributo por cada integrante do consórcio público. Em suma, nada obsta que o ente da Federação consorciado outorgue ao consórcio público (de direito público ou privado) a atribuição de exigir a prestação pecuniária decorrente de relação tributária, isto é, de fiscalizar e cobrar os tributos instituídos por aquele detentor da competência tributária.

Nesse caso, o consórcio público é sujeito ativo da obrigação tributária, competindo a ele o lançamento tributário para a constituição e exigibilidade do crédito tributário em favor do próprio consórcio público, observadas as exigências inerentes à cada fato gerador, correlatas à legislação de cada ente político consorciado. Imprescindível, dessa maneira, que o lançamento tributário observe o regime tributário estabelecido pelo ordenamento jurídico do ente da Federação consorciado para o qual o fato gerador esteja atrelado. Da mesma forma, competirá ao consórcio público a inscrição da taxa não adimplida em dívida ativa do próprio consórcio público, sem prejuízo da consolidação junto à dívida ativa da própria administração direta de cada ente consorciado, sempre adstrito ao fato gerador da obrigação tributária.

Por derradeiro, as conclusões da presente pesquisa revelam que os consórcios públicos apresentam-se, de fato, como um dos principais

instrumentos de cooperação federativa no país, ao lado dos convênios administrativos e dos convênios de cooperação. Soma-se em favor dos consórcios públicos, contudo, o fato de permitirem a construção de arranjo jurídico mais complexo e estável, mediante a criação de personalidade jurídica própria e a possibilidade de os consórcios públicos auferirem receitas próprias, inclusive de origem tributária, dando especiais condições para que sejam manejados em diferentes áreas de atuação do poder público.

A realidade do século XXI exige da administração pública mecanismos e ações voltados à economia de recursos públicos e à otimização das estruturas públicas, para alcançar-se um Estado mais ágil, enxuto e concatenado às inovações tecnológicas que tanto impactam a sociedade em nosso tempo. Compras eletrônicas, aplicativos voltados aos usuários de serviços públicos, processos administrativos virtuais, *home office* no serviço público, telemedicina são realidades já presentes em muitos órgãos públicos brasileiros, mas ainda restritos em grande parte ao âmbito federal e estadual. Essas e outras inovações no campo da gestão pública poderiam ser ampliadas para todos os entes da Federação, mediante a criação de estruturas compartilhadas e rateio dos seus custos, em prol da eficiência e economicidade.

O que se está a dizer é que os consórcios públicos não são destinados tão somente à prestação de serviços públicos ou ao exercício das atividades de polícia administrativa, classicamente sob responsabilidade do Estado, e que permitem sejam desempenhadas no âmbito dos consórcios públicos, inclusive com a delegação de capacidade tributária ativa para a fiscalização e cobrança de taxas pela entidade consorciada, como acima disposto. Podem os consórcios públicos também ser voltados a outras frentes de interesse e atuação do poder público, correlatas à inovação tecnológica, à gestão da informação (como no caso das soluções em *big data*), ao monitoramento da satisfação do administrado, entre tantas outras possibilidades aptas a serem desenvolvidas através dos consórcios públicos, de interesse comum dos entes políticos.

Entretanto, é preciso organização e adequado planejamento na concepção e operacionalização dos consórcios públicos. Não pode tal arranjo de cooperação ser manejado de forma indistinta, sem as cautelas políticas, jurídicas e financeiras exigidas para sua instrumentalização. Daí a necessidade da adoção da Análise de Impacto Federativo, prévia à criação do consórcio público, oportunidade na qual poderão ser sopesados

os elementos favoráveis e contrários ao manejo desse tipo de arranjo federativo, atenuando pontos críticos e potencializando oportunidades.

De qualquer forma, dúvidas inexistem da relevância constitucional dos consórcios públicos como instrumento de superação ou, ao menos, atenuação dos entraves do centralismo fiscal ainda fortemente presente em torno da União. O compartilhamento de esforços, recursos e estruturas por parte dos entes políticos, mais do que uma oportunidade, avizinha-se como uma aspiração federativa sempre que o ente político responsável, por si só, não dispuser das condições para cumprir com seus deveres legais e constitucionais. Nesse sentido, somente tende a crescer o uso dos consórcios públicos como mecanismo legítimo e eficiente de satisfação dos interesses comuns dos entes que compõe a Federação brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU DALLARI, Adílson Abreu. Consórcios públicos e saneamento básico. In: GUERRA, S.; FERREIRA JR, C. R. (Coord.). **Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

_____; et al. Inovação na cooperação intermunicipal no Brasil: a experiência da Federação Catarinense de Municípios (Fecam) na construção de consórcios públicos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, nov/dez, 2013.

_____; SOARES, Márcia M. **Redes Federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2001.

ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos das autarquias locais. In: OTERO, P.; GONÇALVES, P. C. **Tratado de Direito Administrativo Especial**, vol. IV. Coimbra: Almedina, 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A Constituição do Estado Federal e das Unidades Federadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 24, n. 95, jul/set, p. 171-182, 1987.

_____. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. Consórcio Municipal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 52, p. 525-531, 1958.

ALMEIDA, José Rui Nunes de. **Transparência e Proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral**. Porto: Vida Económica Editorial, 2014.

ALVES, Alaôr Caffé. **Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, jan-mar, 2001.

ALVES, Vladimir. **Comentários à Lei dos Consórcios Públicos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de. **O Município na Federação Brasileira: uma proposta**. Belo Horizonte: Rona Editora, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. As PPPs e as Concessões Administrativas. In: MARQUES NETO, F. A.; SCHIRATO, V. R. **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Considerações sobre as relações do Estado e do Direito na Economia. In: WALD, A. et al. (Orgs.). **O direito administrativo na atualidade - homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Damião Alves de. **A natureza jurídica das associações de municípios e dos consórcios intermunicipais**. Revista de Direito Administrativo, p. 375-384, out/dez, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10ª rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Poder Executivo e Poder de Tributar. In: BALTHAZAR, U. C. (Org.). **Direito, Estado, Política e sociedade em transformação**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

_____. **Federalismo fiscal e suas assimetrias**. Conferência de Abertura do I Congresso Internacional de Direito Constitucional: 30 anos da Constituição de 1988 - Em defesa do Estado Republicano e Democrático de Direito. Florianópolis, 2018.

_____. Princípio da legalidade tributária e decreto-lei: o conflito doutrinário. In: BALTHAZAR, U. C.; MOTA, S. R. F. (Org.). **Direito Tributário e outros temas**. Florianópolis: Insular, 2015.

_____. Aspectos Jurídico-Políticos da atividade tributária do Estado Contemporâneo na era da Globalização. In: BALTHAZAR, U. C.; PALMEIRA, M. R. (Org.). **Temas de Direito Tributário**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, v. 1.

_____; ALVES, André Zampieri. A resistência ao pagamento de tributos no Brasil: uma breve análise histórica e humanística. In: BALTHAZAR, U. C. (Coord). **Estudos de Direito Tributário**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____; PROBST, Marcos Fey. **Dez anos da Lei n. 11.107/2005: avanços e incertezas em torno dos consórcios públicos**. Florianópolis: Insular, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARILE, Paulo. **Istituzione di Diritto Pubblico**. 6ª. ed. Florença: CEDAM, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, I. G. S. et al (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O novo Direito Constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria general del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Europeia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Direito, Estado e Sociedade - Revista Eletrônica de Direito da PUC/RJ**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 104/133, jan/jun, 2009. Disponível na internet: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. In: WALD, A. et al (Orgs.). **O Direito Administrativo na atualidade: estudo em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, p. 207-222, jan/abr 2017.

BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o Poder em Crise**. 4ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada de serviços de saneamento básico**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul/, 2006. Disponível na internet:<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

_____. A instrumentalização dos consórcios intermunicipais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 28, dez/jan/fev, 2012. Disponível na internet:<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

BRAZ DA SILVA, José Manuel. **Parcerias Público-Privadas**. Coimbra: Almedina, 2016.

BRUSTOLIN, Edinando Luiz. **Estatuto das pequenas empresas e autonomia tributária dos municípios** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, 2010.

BUTTGENBACH, André. **Théorie Générale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique**. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1952.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

CALDAS, Eduardo de Lima; CHERUBINE, Marcela Belic. Condições de Sustentabilidade dos Consórcios Intermunicipais. In: CHERUBINE, M. B.; TREVAS, V. **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 11, 2005.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, W.;

CARNEIRO, J. M. B. (Coords.) **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2001.

CAMMAROSANO, Márcio. A divisão constitucional de competências e a cooperação federativa na prestação de serviços municipais de saneamento básico. In: OLIVEIRA, J. R. P.; DAL POZZO, A. N. **Marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAMPOS, Gonzalo Leite de; CLEMENTE, Miguel. As taxas de regulação económica nos sectores das águas e resíduos. In: VASQUES, S (Coord.). **As taxas de regulação económica em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Lilian Maria Salvador Guimarães. **Consórcios públicos na administração pública brasileira: em busca de uma administração pública consensual**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. I, 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, José Mário Brasiliense. Consórcios, kreise e relações intergovernamentais. In: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. **Consórcio: uma forma de cooperação intermunicipal**. São Paulo: CEPAM, 2001.

_____.; DILL, Günther. Arranjos federativos regionais na Alemanha e o papel articulador dos Landkreise. In: Fundação Konrad Adenauer. **Municípios e Estado: experiências com arranjos cooperativos**. Cadernos Adenauer XII, nº 4º, Rio de Janeiro, 2012. Disponível na internet: <<http://www.kas.de/wf/doc/6768-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O sujeito ativo da obrigação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

_____. **Imposto sobre a Renda: perfil constitucional e temas específicos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio publico. **Revista de Administración Pública**, n. 140, p. 95-110, 1996.

_____. **La intervención administrativa**. 2ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo Tributário: teoria e prática**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3ª. ed. Lisboa: Almedina, 2016.

_____. **Para uma teoria política do tributo**. 2ª. ed. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2009.

_____. **Redistribuição Tributária: Estado social e escolha individual**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAUREO, Elisangela Simon. O sujeito da ativo da obrigação tributária: aspectos gerais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, 2014.

CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 167, p. 315-338, jul/set, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CHIECO, Thiago Alves. O papel dos consórcios públicos no setor de saneamento básico à luz da Lei n. 11.445/2007. In: OLIVEIRA, J. R. P.; DAL POZZO, A. N. (Org.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CIRNE LIMA, Ruy. **Pareceres (Direito Público)**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963.

_____. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 3ª ed. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

CYRINO, André. **Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan/abr., 2017.

CNM - Confederação Nacional de Municípios. **Compromissos com o Brasil – Governança, Estado Eficiente e Federalismo**. Brasília: CNM, 2018.

_____. **Mapeamento dos Consórcios Públicos Brasileiros**. Brasília: CNM, 2018.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, José Maurício. Considerações sobre o Federalismo Fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, J. M. et al (Coord.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORREIA, Fernando Alves. **Formas Jurídicas de Cooperação Intermunicipal**. Coimbra: Almedina, 1986.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 45-74, out/dez., 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo. **Consórcios intermunicipais: uma alternativa de integração regional ascendente**. São Paulo: Instituto Pólis, 2001.

CUESTA, Rafael Entrena. Consideraciones sobre la teoria general de los contratos administrativos. **Revista de la Administracion Publica**, n. 24, p. 74-75, 1957.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. O exame do conceito de serviço público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. In: PEREIRA, F. H. U. et al (Coords.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Adilson de Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 5, 2006.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico conciso**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O direito administrativo da crise. In: WALD, A. et al (Orgs.). **O Direito Administrativo na atualidade - estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5º. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Cibele Fernandes. Federalismo e o lema "e pluribus unum" - Dilemas e conflitos da experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, p. 153-163, ano 15, n. 82, nov/dez, 2013.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Consórcios públicos e organização administrativa em face da Constituição da República de 1988. In: PIRES, M. C. S.; BARBOSA, M. E. B. **Consórcios públicos:**

instrumento de Federalismo Cooperativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIEGUEZ, Rodrigo Chaloub. Consórcios intermunicipais em foco: debate conceitual e construção do quadro metodológico para análise política e institucional. **Cadernos do Desenvolvimento.** Ano 1, n. 1, Rio de Janeiro, v. 6, p. 291-319, jul-dez, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Cláudia Reis; RIBEIRO, Maria Coentro. O sector da construção civil e as taxas de infra-estruturas urbanísticas de Lisboa. In: VASQUES, S. C. (Coord.). **Taxas e Contribuições Sectoriais.** Coimbra: Almedina, 2013.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel.** v. II, 10ª. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1923.

ELAZAR, Daniel. **Exploring federalism.** Alabama: The University of Alabama Press, 1987.

_____. International and comparative federalism. **Political Science and Politics,** Washington. D.C., XXVI, n. 2, 1993.

ERTHAL DE CARVALHO, Juliane. A noção contemporânea de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - REDAC,** São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 121-140, mai/jun, 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro: a expansão dos poderes federais. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional.** v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. **Law and public choice: a critical introduction.** Chicago: University of Chicago Press, 1991.

FONSECA, Francisco. Consórcios públicos: possibilidades e desafios. In: CHERUBINE, M. B.; TREVAS, V. (Coord.). **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

FORTINI, Cristiana; ROCHA, Rúsvel Beltrame. Consórcios públicos, contratos de programa e a Lei do Saneamento. In: PICININ, J.; FORTINI, C. (Orgs.). **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FREIRE, André Luiz. Comentários aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei das PPPs. In: DAL POZZO, A. N. et al. (Coords.) **Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GABARDO, Emerson. O caso da indenização por ausência de revisão geral remuneratória dos serviços públicos. In: PEREIRA, F. H. U. et al (Orgs.). **O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GAMKHAR, Shama; WILSON, Robert. Cooperação e Relações Intergovernamentais nos Governos Locais: o caso dos Estados Unidos. In: Fundação Konrad Adenauer. **Municípios e Estado: experiências com arranjos cooperativos**. Cadernos Adenauer XII, nº 4º, Rio de Janeiro, 2012. Disponível na internet: <<http://www.kas.de/wf/doc/6768-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

GARCÍA, Benigno Pendás et. al. **El nuevo régimen local Español**. Barcelona: Wolters Kluwer Educacion, 1985.

GASPARI, Elio. **A Ditadura acabada**. vol. 5. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANINI, Massimo Severo. **Instituzioni de Diritto Amministrativo**. Milano, 1981.

GIANNINI, Achille Donato. **Istituzioni di Diritto Tributario**. Roma: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.

GOMES, Marcos Correia. Os consórcios públicos na Lei Federal n. 11.107/05. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 21, n. 12, dez, p. 1353-1362, 2005.

GOMES DE SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

_____. Natureza tributária da contribuição para o FGTS. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 17, 1971.

GONÇALVES, Pedro Costa. As entidades intermunicipais - em especial, as comunidades intermunicipais. **Questões Atuais de Direito Local**, Coimbra, janeiro/março, p. 21-41, 2014.

_____. **Direito dos Contratos Públicos**. Vol. 1, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Vol. 8, Buenos Aires: FDA, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Constituição e Serviços Públicos. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. **Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Vol. 20, São Paulo: Saraiva, 1977.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. In: CAMPILONGO et al (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

_____. O conceito de serviço público e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PEREIRA, F. H. U. et al (Orgs.). **O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 169.

_____. Perspectivas para o Federalismo. In: BASTOS, C. R. (Orgs.). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estado do Direito**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HAMILTON, Alexander et al. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARGER, Marcelo. **Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Sirey, 1933.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do Direito no século XXI**. eBook. 2016.

HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. **O contrato de programa na Lei federal n. 11.107/05**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. O federalismo no Direito Constitucional Contemporâneo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, n. 4, p. 2001.

_____. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. In: MARTINS, I. G. S.. (Coord.) **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. Reconstrução do federalismo brasileiro. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, v. 18, n. 72, p. 13-28, 1981. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181290>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Normas centrais da Constituição Federal. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n.135, p. 175-178, 1997. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/267>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, p. 45-54, jan./mar, 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176223>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Organização constitucional do federalismo. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 87, p. 5-22, jul./set, 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181618>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. A posição do município no direito constitucional federal brasileiro. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, v. 19, n. 75, p. 107-122, jul./set. 1982. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181387>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Reflexões sobre a Constituinte. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 89, p. 5-32, jan./mar., 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181665>>. Acesso em: 2 out. 2017.

JANCZESCKI, Célio Armando. **Das taxas: aspectos jurídicos e caracterização**. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. **Direito Processual Tributário**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif. La notion du service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, vol. 2, Dalloz, 2003.

_____. **Principios generales del derecho administrativo**. vol. 1. Traduzido por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. In: WALD, A et al. (Orgs.). **O Direito Administrativo na atualidade - estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 785-819.

_____. Parecer elaborado sobre a Proposta Legislativa de criação de consórcios públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, jul/ago/set., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUGELMAS, Eduardo. A evolução recente do regime federativo no Brasil. In: HOFMEISTER, W.; CARNEIRO, J. M. B. (Coords.) **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2001.

LEITÃO, Alexandra. **Contratos interadministrativos**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. Contratos administrativos. In: CARVALHO, A. C. (Coord.) **Direito Administrativo** (eBook). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014.

LIMA, João Alberto de Oliveira et al. **A Gênese do Texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

LOBO, Rogério Leite. **Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

LÓPEZ, María Pereira; GULÍAS, Erika Jaráiz. El Nuevo Servicio Público (NSP), un paradigma para la construcción de nuevos modelos metodológicos para el análisis de la administración pública. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, Santiago de Compostela, v. 14, n. 2, p. 73-94, 2015.

LOSADA, Paula Ravanelli. **Consórcio Público: instrumento de realização de um Federalismo cooperativo e democrático no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

LOSADA, Paula Ravanelli; RIBEIRO, Wladimir Antônio. Consórcios públicos: dilemas jurídicos ou políticos? In: CHERUBINE, M. B.; TREVAS, V. **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. As taxas no direito brasileiro. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 12, dez, 2001.

_____. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. O Sistema Constitucional Tributário. In: MARTINS, I. G. S. et al. **Tratado de Direito Constitucional**. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 25ª ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Competência tributária: entre a regidez do sistema e a atualização interpretativa**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

MALTEZ, José Adelino. **Princípios de ciência política: o problema do direito**. vol. 2. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun 2002.

_____. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, F. A.; SCHIRATO, V. R. (Orgs.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Os consórcios públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, jul/ago/set., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. As contribuições especiais numa divisão quinquipartida dos tributos. In: MARTINS, I. G. S. (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. vol. 3. São Paulo: Bushatsky, 1977.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____. **Preleções de Direito Administrativo**. São Paulo: Linotécnica, 1937.

MEDAUAR, Odete. Aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. In: MEDAUAR, O. (Coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Direito Administrativo moderno**. 18ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira. **Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não? **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, v. 252, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Formas e sistemas de Governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **As Associações Públicas no Direito Português**. Lisboa, 1988.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do Direito Público às entidades privadas sem fins lucrativos. In: MODESTO, P.; CUNHA JUNIOR, L. A. P. D. (Orgs.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, Vera. Prestação dos serviços de saneamento por meio de gestão associada entre entes federativos. In: FORTINI, C.; PICININ, J. (Coords.). **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAES, Marcos Ribeiro de. **As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA DE CARVALHO, José Augusto. Federalismo e Descentralização: características do Federalismo Fiscal brasileiro e seus problemas. In: CONTI, J. M. et al. (Coord.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada: o problema da conciliação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 25, n. 100, p. 127-162, 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em: 5 fev 2018.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 15 fev. 2018.

MORENILLA, José Maria Souvirón. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1998.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Manual de Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MORTATI, Constantino. **Istituzioni di diritto pubblico**. 5^a. ed. Padova: Cedam, 1960.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. **A autonomia financeira das autarquias locais**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2009.

NASCIMENTO, Theodoro. **Tratado de Direito Tributário brasileiro: taxas, preços e parafiscalidade**. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 1977.

NEGRINI, Ricardo Augusto. **Os consórcios públicos no Direito Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

NESTER, Alexandre Wagner. A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira. In: WALD, A. et al (Orgs.). **O Direito Administrativo na atualidade - estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário comparado**. São Paulo: Saraiva, 1971.

_____. **Teoria e Prática de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis, UFSC, 1988.

NUNES DE ALMEIDA, José Rui. **Transparência e proporcionalidade no financiamento dos serviços de interesse econômico geral**. Vida Económica: Porto, 2014.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; CARVALHO, J. **Perequação - Taxas e Cedências**. Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafio. In: OLIVEIRA; C. R. et al. **Regulação do Saneamento Básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essencial Ideal Editora, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Limitações administrativas sobre a arte (exercício do poder de polícia - visão em paralaxe). In: WALD, A. et al (Orgs.). **O direito administrativo na atualidade - estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017.

ORTÍZ, Gaspar Ariño. El servicio público como alternativa. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 23, p. 537-560, out/dez., 1979.

_____. **La regulación económica**. Buenos Aires: Ábaco, 1996.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública - o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, v. I, 2016.

PAGENKOFF, Hans. **Kommunalrecht**. Heymann, 1975.

PELAYO, Garcia. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos do serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de Administração consensual na gestão pública do século XXI**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIERSON, Paul. Fragmented Welfare States: federal institutions and the development of social policy. **Governance**, Cambridge, vol. 8, n. 4, 1995.

PORTO NETO, Benecedito. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In:

SUNDFELD, C. A. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Parecer em consulta realizada pelo Ministério das Cidades sobre o Projeto de Lei nº 3884, de 2004, que instituiu os consórcios públicos**. 2005.

PRADO, Sérgio. **Equalização e Federalismo Fiscal; uma análise comparada: Alemanha, Índia, Canadá, Austrália**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial esquematizado**. 3ª. ed. São Paulo: Método, 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. A terceirização em matéria de poder de polícia: o caso das vistorias veiculares. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

REALE, Miguel. **Parecer sobre o Projeto de Lei n. 3.884/2004, que versa sobre os consórcios públicos**. 2004. Disponível em:<
<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 10 set 2017.

REALI, Mário; REIS, Regina Célia dos. O desafio do consorciamento nas regiões metropolitanas. In: TREVAS, V. et al. **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

REIS, Elcio Fonseca. **Federalismo Fiscal: competência concorrente e normas gerais de direito tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REIS, Luciano Elias. **Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado**. Curitiba: Juruá, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. 1, 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Da legalidade à juridicidade tributária. In: GUERRA, S.; FERREIRA JR, C. R. (Coord.). **Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. Nota Técnica sobre a legalidade e constitucionalidade do Anteprojeto de Lei criado pela Portaria 1.391/Ccivil/2003. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, jul/ago/set., 2005. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. **Cooperação federativa e a Lei dos Consórcios Públicos**. Brasília: Confederação Nacional dos Municípios - CNM, 2007.

_____. Nota técnica sobre o texto do autógrafo do Projeto de lei nº 1.071, de 1999 (consórcios públicos). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, jul/ago/set., 2005. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às Leis das PPPs, dos Consórcios Públicos e das Organizações Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

_____. **Droit Administratif**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1962.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil - traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROCHA, Lucas Furtado. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953.

_____. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pioto Nasseti. 5ª. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

SÁEZ, Manuel Arenilla Sáez (org.). **Crisis y reforma de la administración pública**. La Coruña: Netbiblo, 2011.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. **Lei nº 11.107/2005: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros**. Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, p. 1027-1046, dez 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O Município na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Suzana Tavares da. **As taxas e a coerência do sistema tributário**. Coimbra: CEJUR, 2008.

SOARES, Petrônio Ferreira. Consórcios públicos na gestão de serviços de saneamento básico. In: GALVÃO JR., A. C.; PHILIPPI JR., A.; (Coords.). **Gestão do Saneamento Básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. São Paulo: Manole, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Gestão Alternativa de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 179-203, jan/mar 2000.

SOUZA, Hamilton Dias de; GRECO, Marco Aurélio. Distinção entre taxa e preço público. **Caderno de Pesquisa Tributária**, n. 10.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.) **Parcerias público-privadas**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan., 1952.

_____. **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1997.

TEIXEIRA, Glória. **Manual de Direito Fiscal**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 58, p. 193-219, 2004.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TREVAS, Vicente Carlos y Plá. Consórcios públicos e o federalismo brasileiro. In: CHERUBINE, M. B.; TREVAS, V. (Orgs.). **Consórcios públicos e as agendas do Estado brasileiro**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

UCKMAR, Victor. **Os princípios comuns de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora RT, 1976.

VASQUES, Sérgio. Taxas de saneamento ad valorem. **Fiscalidade**, v. 28, p. 5-31, out/dez., 2006.

VELLOSO, Carlos. **Geraldo Ataliba, publicista maior**. Folha de São Paulo, 19 novembro 1995. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/11/19/opiniaio/9.html>>. Acesso em 10 mar. 2018.

VERLI, Fabiano. **Taxas e Preços Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VITAL MOREIRA. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

WOLFF, Hans. **Verwaltungsrecht**. München: Auflage, 1976.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris 1990.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Editora RT, 1978.