

Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico

Thiago Marrara

Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP); Livre-docente, mestre e bacharel pela USP; Doutor pela Universidade de Munique (LMU); Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA); Advogado e consultor

Raul Miguel Freitas de Oliveira

Professor de Direito Administrativo e Ambiental da USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP); Doutor, mestre e bacharel pela USP; Procurador Chefe da Câmara Municipal de Santa Bárbara d'Oeste/SP; Advogado e consultor

1 Introdução. 2 Aspectos gerais sobre o consorciamento público. 3 Base constitucional do consorciamento. 4 Classificação dos consórcios. 5 Natureza, finalidades e procedimento de constituição. 6 Prestação e regulação do saneamento básico por consórcios públicos. 7 O exemplo da ARES-PCJ. 8 Vantagens e limitações dos consórcios. 9 Problemática organizacional e de controle. 10 Problemática do regime de bens. 11 Problemática no regime de pessoal. 12 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A cooperação administrativa, assunto há tempos esquecido no Direito Administrativo, ganhou renovada força nas últimas duas décadas em virtude da edição de leis que têm buscado fortalecer o trabalho conjunto em suas diversas facetas, quais sejam: a cooperação interfederativa, a cooperação interadministrativa, assim como a cooperação do Estado seja com o mercado, seja com o terceiro setor. Exemplos disso se vislumbram na Lei das Organizações Sociais, na Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na Lei das Parcerias Sociais, na Lei das PPP, no Estatuto da Metrópole e, muito intensamente, na Lei dos Consórcios “Públicos” (LCP), que mais corretamente deveriam ter sido batizados como consórcios “estatais”.¹

A ressurreição da cooperação nos textos legais se explica por suas inúmeras utilidades práticas, dentre as quais vale mencionar: i) o compartilhamento de bens, pessoal e atividades; ii) o aproveitamento de capacidade ociosa das entidades colaboradoras; iii) as economias de escala; iv) as economias de escopo; v) a redução de custos operacionais; e vi) a otimiza-

ção da exploração de recursos comuns, inclusive os recursos naturais essenciais, por exemplo, a execução da política de saneamento no Brasil, compreendida como o conjunto de serviços de abastecimento de água, coleta de esgoto, drenagem de águas pluviais e limpeza urbana.

Nessa mesma linha de raciocínio, bem observou Alice Gonzalez Borges que o consórcio torna viável “o compartilhamento de recursos isoladamente escassos, de máquinas e equipamentos e de pessoal especializado, propicia condições que atinjam resultados que não seriam possíveis a nenhuma unidade isoladamente, na realização de políticas públicas de grande interesse coletivo”. Ressalta ainda que o consórcio, especialmente em favor dos Municípios, representa “maior atrativo para catalisação de investimentos privados e de financiamentos de certo porte, ampliando significativamente seu poder de negociação junto aos governos estaduais e federais”.²

Sob a perspectiva jurídica, contudo, a cooperação interadministrativa e também interfederativa se concretiza por meio de arranjos diferenciados.³

1. O adjetivo “público”, empregado na legislação e que se espalhou na doutrina, leva a confusões diversas e mostra-se incoerente, a uma, com a possibilidade de o consórcio assumir natureza de Direito Privado e, a duas, por força de sua submissão intensa a normas de Direito Privado. Assim, o adjetivo mais adequado é “estatal”, a indicar consórcios do Estado em sentido amplo.

2. BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 6, Salvador, p. 1-18, maio/junho/julho de 2006, p. 3.

3. A respeito dos diversos mecanismos de cooperação e coordenação administrativa em perspectiva comparada, cf. MARRARA, Thiago. *Planungsrechtliche Konflikte in Bundesstaaten*. Hamburgo: Kovac, 2009, capítulo 3 e 4 em geral.

Tradicionalmente, ela vinha sendo viabilizada entre entes políticos autônomos com a figura do convênio. Mais tarde, com a Lei nº 11.107/2007, tornou-se possível o consorciamento como união de esforços, legitimada pelo povo pela ação do Poder Legislativo, e que tem como consequência natural o surgimento de uma pessoa jurídica. Na atualidade, enquanto o convênio e outros instrumentos congêneres permanecem como cooperação contratual, mais fraca, o consorciamento espelha uma forma de cooperação mais intensa, de natureza institucional, que pressupõe um contrato interestatal.

A transfiguração do consórcio em entidade da Administração Pública a partir de 2007 não ocorreu, porém, sem percalços. Afinal, os consórcios inseriram-se em um arranjo constitucional e federativo pouco sensível à condição especial a associações que surgem do esforço conjunto e simultâneo de inúmeros entes políticos. Não por outro motivo, perseguem-se neste estudo dois grandes objetivos. Inicialmente, busca-se apontar os aspectos fundamentais do consorciamento público e como este fenômeno cooperativo se aplica à execução e à regulação de serviços de saneamento. A partir disso, em uma segunda parte, pretende-se verificar certas dificuldades e nuances da gestão pública nos consórcios, dando-se destaque a aspectos organizacionais, de controle, de gestão de bens e de pessoal.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONSORCIAMENTO PÚBLICO

Conquanto aparentemente supérflua a definição de um instituto jurídico pela etimologia da palavra que o designa, cumpre registrar que o termo “consórcio”, de origem latina, provém de “*consors*” (companheiro, sócio), com o significado literal de “aquele que possui a mesma sorte ou destino”. A figura do consórcio, encontrada em diversos ramos do Direito Público e Privado, com diferentes finalidades e naturezas jurídicas, confirma esse significado.

No Direito Privado, o consórcio de empresas é previsto nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/1976, como contrato dirigido à consecução de um empreendimento conjunto por sociedades empresariais. Por definição legal, esse tipo de consórcio não adquire personalidade jurídica, de sorte que as empresas consorciadas mantêm a responsabilidade individual, nos limites do referido contrato, não se presumindo

solidariedade entre elas e o consórcio. Mesmo sem personalidade jurídica, o consórcio em questão tem duração, endereço, foro, definição de obrigações e responsabilidades, normas sobre recebimento de receitas, partilha de resultados, administração, contabilização, representação das sociedades consorciadas, taxa de administração, forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado e contribuição para as despesas comuns, se houver.

No Direito Público, o consórcio é instituto há muito tempo conhecido e utilizado em favor da consecução de finalidades de interesse comum dos participantes e, como adiante se constatará, a legislação atual dispõe sobre uma série de aspectos da relação consorciada, tais como os retrocitados.⁴ Em contraste com o Direito Privado, em que os consórcios se fundam no desempenho de um empreendimento, uma atividade lucrativa para as empresas que o constituem, no campo do Direito Público, a razão da criação de um consórcio público não se relaciona com a busca do lucro, mas sim com a execução conjunta de funções administrativas dos entes consorciados, principalmente serviço público, fomento, poder de polícia e regulação, isolada ou conjuntamente consideradas.

Como referido introdutoriamente, as entidades públicas se consorciam no intuito de mais bem exercerem estas funções. Em sentido amplo, pois, a eficiência é a razão maior de ser do consorciamento público.⁵ Nesse sentido, também já se manifestava Marques Neto no final da década de 1990 ao afirmar que:⁶ “Consórcio Intermunicipal cuida de eficiente e poderoso instrumento para a realização de melhorias e cometimentos públicos de alçada municipal, em particular em regiões que se multipliquem em cada Município iniciativas e ações com vistas a solucionar problemas que são comuns às cidades que se interligam por conta de um fenômeno urbano que os especialistas convencionaram designar por conurbação”.

4. No Direito Administrativo, ainda há a figura do consórcio de empresas para fins de participação em licitação, previsto no art. 33, da Lei nº 8.666/1993, que não se confunde com o objeto de estudo do presente artigo.

5. Propositamente, utiliza-se o termo “consorciamento público”, ao invés de consórcio, para expressar uma ideia geral de parceria, colaboração, por meio das modalidades de consórcio.

6. MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo. Outorga de concessão de serviços de limpeza urbana por consórcio intermunicipal. *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, 1998. p. 690-695.

No mesmo viés, muito antes da LCP, Lenir Santos⁷ analisou o consórcio intermunicipal como instrumento essencial à conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos dos entes da federação na prestação dos serviços de saúde à população, tal como preconizado pelo art. 10 da Lei nº 8.080/1990 (Lei do Sistema Único de Saúde – SUS).

Na influente lição de Hely Lopes Meirelles,⁸ o instituto em questão era denominado “consórcio administrativo” e tinha seu conceito delimitado pela comparação com o “convênio administrativo”. Melhor dizendo: apontava-se o convênio como o acordo firmado por entidade pública de qualquer espécie ou entre estas e organizações particulares, “para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. Já o consórcio era o acordo firmado entre “entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

Meirelles explicava que a semelhança de ambos residia no fato de realizarem objetivos de interesse comum e coincidente dos partícipes. Por isso, não se poderia considerá-los verdadeiros contratos, em que as partes deveriam ter “interesses diversos e opostos”. Como elemento diferenciador, destaca-se, portanto, apenas o fato de o consórcio ser formado exclusivamente por entidades públicas da Administração direta e indireta, enquanto, no convênio, admitir-se-ia a participação de particulares. Tudo o que se aplicava ao convênio também se aplicava ao consórcio, com exceção das pessoas envolvidas.

Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira⁹ anotam o fato de a doutrina administrativista brasileira ter sido extremamente influenciada pela lição precursora de Hely Lopes Meirelles, de diferenciação orgânica ou subjetiva dos convênios e consórcios. Isso se vislumbra, por exemplo, na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro,¹⁰ para quem o “consórcio administrativo”, antes da Lei nº 11.107, definia-se como

“acordo de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para a consecução de objetivos comuns”. Em comum com o convênio, o consórcio persegue o objetivo de “reunir esforços para a consecução de fins comuns às entidades consorciadas ou conveniadas”.

Com a edição da Lei nº 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos – LCP), porém, Di Pietro diferenciou o citado consórcio administrativo, de base doutrinária, do consórcio público disciplinado pela lei, com natureza jurídica contratual e personalidade jurídica, regido pelo Direito Público ou Privado. Além dela, outros doutrinadores assumiram a mesma diferenciação entre a figura tradicional de consórcio (também chamado por alguns de “consórcio administrativo”) do consórcio público decorrente da LCP.^{11,12}

Do quanto abordado, denota-se que o consorciamento no setor público evoluiu de um conceito forjado na doutrina, anteriormente à LCP, e consistente num acordo de vontade não contratual, não tendente à criação de uma nova entidade com personalidade jurídica e, normalmente, estabelecido entre entidades estatais de um mesmo nível federativo, para um novo modelo de base legal, posterior a 2005, em que se reconhece a natureza contratual e institucional dos consórcios. Isso significa que o consórcio passa a ser uma associação estatal dotada de personalidade jurídica submetida a regime jurídico público ou privado e que passa por um contrato administrativo.

A esse respeito, Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira,¹³ em obra posterior à edição da LCP, realçaram que “o tratamento conferido pela lei aos consórcios públicos distancia-se da diferenciação de grande parte da doutrina publicista brasileira” e “está harmonizado com as linhas contemporâneas de atuação administrativa, em que é ampliado o uso de figuras contratuais ou convencionais [...] para a consecução de objetivos de interesse comum entre as partes (parcerias em sentido amplo)”.¹⁴ A evolução

7. SANTOS, Lenir. Consórcio administrativo intermunicipal: aspectos gerais, suas especificidades em relação ao Sistema Único de Saúde. *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, 2001. p. 8-18.

8. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 343-345.

9. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 14.

10. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 397.

11. Op. cit., p. 868.

12. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

13. Op. cit., p. 21-22.

14. Os doutrinadores, na mesma obra (p. 21), chegaram a anotar que, no âmbito privado, o consórcio de empresas, disciplinado pela Lei de Sociedades Anônimas, também possui natureza jurídica contratual, conforme já exposto na introdução deste tópico.

no consorciamento do setor público, porém, não gera a necessidade de se substituir um modelo pelo outro, já que a convivência dos instrumentos de consórcio administrativo com o consórcio público da LCP é plenamente viável. Em outras palavras: afigura-se perfeitamente possível entender que, na atualidade, convivem o consórcio administrativo (tradicional, de matriz doutrinária e pragmática) com o consórcio (como associação estatal criada por acordos interfederativos).

3 BASE CONSTITUCIONAL DO CONSORCIAMENTO

O exercício de atividades estatais de forma cooperada não é algo novo no Direito Constitucional e Administrativo, podendo mesmo ser considerado uma expressão do que se convencionou chamar de federalismo regional cooperativo, perceptível nos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição de 1891,¹⁵ 1934,¹⁶ 1937,¹⁷ 1946¹⁸ e 1967,¹⁹ até a vigente Constituição Federal de 1988. A cooperação federativa, entretanto, é um tema maior e abriga várias formas de os entes públicos atuarem conjuntamente na perseguição de fins comuns.

Na redação originária da Constituição Federal de 1988, o tema da cooperação federativa foi abrigado em dois dispositivos: a) o art. 23, parágrafo único, em que se ancora a previsão, dentro da temática da competência material comum da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, de que lei complementar fixará normas para a cooperação entre tais entes federativos,²⁰ tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento

e do bem-estar em âmbito nacional;²¹ e b) o art. 25, § 3º, em que se consagra a faculdade de os Estados, mediante lei complementar, instituírem 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. Mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 19/1998 (Reforma Administrativa do Estado), o conteúdo do art. 241 da Constituição Federal foi alterado para prever o seguinte:

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.

Para Lenir Santos,²² o citado art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal, se referiria aos convênios implicitamente, e o art. 241, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, teria preenchido “uma lacuna quanto à questão da cooperação dos entes públicos para a execução associada de serviços, uma vez que a referência contida no parágrafo único do art. 23 é vaga e insuficiente para o trato da matéria”. De todo modo, Odete Medauar²³ e Gustavo Justino de Oliveira entendem que o art. 23, parágrafo único, e art. 241 da Constituição Federal poderiam ser considerados fundamentos constitucionais da edição da LCP, porém admitem que a lei não é complementar e que não há menção explícita a tais dispositivos constitucionais em sua ementa. Daí considerarem como fundamento mais acertado da LCP o art. 22, XXVII, da Constituição, que prevê a competência legislativa privativa da União Federal de editar normas gerais de contratação.

edição de leis complementares para regular atuação conjunta dos entes federativos em atividades determinadas, como saúde, educação, meio ambiente, saneamento básico etc. e, quanto ao art. 241, consagrou a gestão associada, expressão do federalismo cooperativo, visando a “execução conjunta, o compromisso mútuo, o esforço global de todos os envolvidos”, “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” (grifo do original). Op. cit., p. 5.

21. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 53/2006 alterou a redação de “lei complementar” para “leis complementares”, com isso dando a entender que cada ente poderia editar sua própria lei para tal fim.

22. Loc. cit.

23. Op. cit., p. 17-20.

15. Art. 65, 1º, da Constituição de 1891 facultava aos Estados celebrar entre si ajustes e convenções.

16. Os arts. 5º, §§ 1º e 7º, parágrafo único, da Constituição de 1934 permitia à União e Estados formular acordos para execução de serviços de suas competências.

17. Os arts. 22 e 29 da Constituição de 1937 previa a possibilidade de agrupamento de Municípios para instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns, com personalidade jurídica limitada aos seus fins.

18. O art. 18, §§ 2º e 3º, previa que a União poderia prestar socorro aos Estados em caso de calamidade pública e, mediante acordo, os Estados poderiam “encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades” e, reciprocamente, a União poderia “em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo às necessárias despesas”.

19. O art. 16, § 4º, da Constituição de 1967 previa que os Municípios poderiam celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução dependeria da aprovação das respectivas Câmaras Municipais.

20. O art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal é interpretado por José dos Santos Carvalho Filho como um dispositivo que possibilitará a

Em igual sentido, Marcos Correia Gomes²⁴ reconhece que a LCP foi editada pela União no exercício da citada competência legislativa privativa, tanto porque o consórcio público, em sentido amplo, é contrato, quanto pelo fato de que “[...] a lei federal na verdade procura superar obstáculos para o desenvolvimento de relações mais complexas, em que as soluções tentadas pelos Municípios até há pouco [...] eram polêmicas; muitas vezes a estrutura organizacional do acordo era frágil exatamente para fugir de maiores controvérsias jurídicas”. Em sentido semelhante, Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira,²⁵ embora reconheçam certa proximidade nos objetivos da região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, tratados no art. 25 da Constituição, com o consórcio público, diferencia-os pelo fato de as áreas urbanas metropolitanas só poderem ser criadas por lei complementar estadual, enquanto o consórcio público dependerá de celebração de contrato. Fora isso, as áreas metropolitanas não constituem uma pessoa jurídica, como ocorre no consórcio público.

Em outro texto, Gustavo Justino de Oliveira²⁶ pondera que o art. 241, da Constituição Federal é o fundamento da gestão associada ou da cooperação federativa que, por seu turno, não pode ser confundida com a coordenação federativa prevista no art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Na coordenação federativa, a atuação conjunta de Municípios seria compulsória, para a atividade de planejamento e execução de serviços públicos de interesse comum, decorrente da edição de lei complementar estadual que institui a região metropolitana. Portanto, distinta da cooperação administrativa (ou gestão associada), de caráter voluntário e compatível com uma abrangência territorial maior, não se limitando aos Municípios limítrofes componentes de região metropolitana, por exemplo, nos exatos termos delimitados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn. nº 1.842/2013, em caso relacionado à prestação de serviços de saneamento básico.

24. GOMES, Marcos Correia. Os consórcios públicos na Lei nº 11.107/05. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, dez. 2005. p. 1353-1362.

25. Op. cit., p. 16.

26. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafio. In: *Regulação do Saneamento Básico, 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). São Paulo: Essencial Ideal, 2016. p. 21-22.

Sem prejuízo da respeitável argumentação, não é descabido considerar que, no âmbito do fenômeno da regionalização municipal, é possível a convivência de uma região metropolitana com um consórcio público com a finalidade de implementar ações e políticas de desenvolvimento urbano, socioeconômico local e regional, nos moldes previstos no art. 3º, inc. XII, do Regulamento da LCP. No entanto, há que se frisar o quanto dito por Oliveira: o consorciamento será sempre voluntário; enquanto a gestão associada de serviços previstos nos instrumentos de criação de espaços metropolitanos previstos na Constituição e agora no Estatuto da Metrópole será, em geral, obrigatória.

4 CLASSIFICAÇÃO DOS CONSÓRCIOS

Ao se apresentar brevemente a evolução do instituto jurídico, evidenciou-se que, antes da promulgação da Lei de Consórcios Públicos, a doutrina administrativista brasileira, de modo quase unânime, considerava o consórcio como acordo de vontades de natureza não contratual²⁷ e que, por ser mesmo um mero acordo de vontades, não adquiria personalidade jurídica. Este consórcio, muito usualmente intermunicipal, convencionou-se denominar de consórcio administrativo, em contraposição à nova figura derivada da citada lei.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁸ meses após a promulgação da LCP, teceu a ela severas críticas,²⁹ pois, “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”. Para ela, na medida em que a lei atribuiu personalidade jurídica ao consórcio público, não tratou propriamente de normas gerais para a contratação de consórcios públicos, “mas de constituição de pessoa jurídica, o que se dá por meio de todo um procedimento [...]”. A doutrinadora também ressaltou, a despeito das incongruências da então nova lei no que se refere à diferenciação entre consórcios de Direito Público e de Direito Privado, que

27. Destoando da quase unanimidade dos doutrinadores, posicionavam-se Odete Medauar e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. A primeira já defendia uma natureza contratual, porém “reinterpretando” o conceito clássico de contrato administrativo. O segundo defendia a natureza de ato complexo.

28. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O consórcio na Lei nº 11.107, de 6.4.05. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, nov. 2005. p. 1220-1228.

29. Para uma visão crítica da lei, também conferir MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Op. cit., p. 213.

essas associações estatais passaram a constituir uma “nova espécie de entidade da Administração indireta de todos os entes federados que dele participarem”.³⁰ Afinal, não haveria como um ente político criar uma pessoa jurídica, mas excluí-la de sua Administração em sentido orgânico.

A partir desse posicionamento, torna-se possível afirmar que a classificação dos consórcios pode ser dividida nos seguintes grupos de doutrinadores: a) o primeiro grupo não diferencia o consórcio administrativo do consórcio público, entendendo que o primeiro “evoluiu” para o segundo pela disciplina da LCP. Nele se encontram Odete Medauar,³¹ Gustavo Justino de Oliveira,³² Irene Patrícia Nohara,³³ Alice Gonzalez Borges;³⁴ e b) o segundo grupo diferencia o consórcio administrativo do consórcio público da LCP, havendo uma convivência dos dois modelos na atualidade. Nesse sentido se posicionam Maria Sylvania Zanella Di Pietro,³⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto,³⁶ Diogenes Gasparini,³⁷ Edmir Netto de Araújo³⁸ e José dos Santos Carvalho Filho.³⁹

Dos dois grupos, a classificação que mais bem acomoda a realidade brasileira é a do segundo, bem sintetizada por José dos Santos Carvalho Filho com as seguintes palavras: “é forçoso reconhecer três categorias básicas de acordos de cooperação para o fim de execução de serviços públicos de interesse comum dos participantes: 1ª) os convênios administrativos; 2ª) os consórcios administrativos despersonalizados; 3ª) os consórcios públicos personalizados (estes criados pela Lei nº 11.107/2005)”.

Sob essa perspectiva teórica, perde sentido a defesa da tese de substituição ou sucessão do acordo

de vontades (pouco importando se de natureza contratual ou não) que configura o consórcio administrativo por uma pessoa jurídica que se dedicará à gestão associada do serviço público de interesse comum das entidades consorciadas, que é figura dos consórcios estatais (quer seja sob regime de Direito Público, quer de Direito Privado). O contrato, em relação a estes últimos, é fase para a constituição da pessoa jurídica associativa que cuidará do objeto consorcial.

Disso tudo decorre que, para fins de execução de serviços de saneamento básico, existem variadas possibilidades de cooperação entre os entes federativos, dentre as quais o chamado consórcio como pessoa jurídica associativa de Direito Público interno ou Privado – figura a que se dedicarão as considerações a seguir.

5 NATUREZA, FINALIDADES E PROCEDIMENTO DE CONSTITUIÇÃO

O conceito e a natureza jurídica do consórcio público decorrem do art. 1º, § 1º, da LCP, e do art. 2º, I, do Regulamento da LCP. Este último dispositivo o define como “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos”. Ao dispositivo transcrito, releva acrescentar que tal entidade associativa se constitui por contrato celebrado entre entes de iguais ou diferentes níveis federativos, característica que também a diferencia da figura tradicional dos consórcios administrativos, normalmente firmado por entes de mesmo nível.

Além disso, o consórcio tem sua razão de ser na gestão associada de serviços públicos de interesse comum, mas não pode ser regido pelo Direito Público de modo integral ou parcial. Na primeira hipótese, de regimento integral pelo regime jurídico administrativo, a associação assume natureza jurídica autárquica (pertencente ao mesmo tempo à Administração indireta de cada um dos entes consorciados, conforme art. 6º, § 1º). Pelo fato de se inserirem, ao mesmo tempo, na Administração descentralizada de todos os entes consorciados, é designada também como “autarquia plurifederativa”, “multifederativa”, “interfederativa” ou “plurissubjetiva”.

30. Op. cit., p. 1222.

31. Op. cit., p. 15.

32. Loc. cit.

33. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 463.

34. BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. In: *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 6, 2006, p. 1-18.

35. Op. cit., p. 397.

36. Op. cit., p. 213.

37. Op. cit., p. 868.

38. Op. cit., p. 677.

39. Op. cit., p. 9.

Na segunda hipótese, a associação é pessoa jurídica de Direito Privado sem fins econômicos e disciplinada pela legislação privada (associação civil), porém com derrogações do regime jurídico administrativo previstas no próprio texto legal⁴⁰ (art. 6º, § 2º). Conforme pondera Rodrigo Fornaziero Campillo Lorente, essa figura foi deveras desestimulada, senão tornada impraticável, após a previsão do art. 39 do Regulamento da LCP, ao se prever que, a partir de 1º de janeiro de 2008, a União celebrará convênios somente com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para ela tivessem se convertido. Nas palavras de Lorente: “Por óbvio que nenhum consórcio vai se dar ao luxo de abrir mão do recebimento de recursos financeiros federais somente para adotar uma personalidade jurídica de direito privado que não lhe traz nenhuma vantagem”.⁴¹

A despeito da natureza jurídica, no âmbito da LCP, a palavra consórcio indica, portanto, dois fenômenos: o ajuste entre entes políticos e a pessoa jurídica que dele decorre e se insere na Administração Pública indireta. Apesar de críticas à personalização do consórcio público, não se pode esquecer que, mesmo no consórcio administrativo tradicional, na prática, a criação de uma entidade personalizada para administrá-lo não era incomum. Nesse sentido, Ubiratan Laranjeiras Barros⁴² noticiou em 1999 que se optava, “quase que à unanimidade, pela constituição de uma entidade privada para administrá-lo. Tem sido visto como uma decorrência quase automática, a ponto de confundirem a entidade com o próprio consórcio”. À época, contudo, Barros criticava a citada prática e defendia a adoção de um modelo em que o consórcio administrativo fosse administrado por uma comissão formada por representantes dos entes consorciados e que as decisões fossem tomadas por maioria com execução por um consorciado líder. Se, por exemplo, o consórcio fosse intermunicipal, caberia a um Municí-

pio líder a administração, sob deliberação da comissão ou assembleia, com responsabilidade solidária.⁴³

No consórcio público da LCP, embora a palavra consórcio muitas vezes venha utilizada para indicar o contrato, na verdade, ele configura mera fase intermediária para a constituição da pessoa jurídica. Para que isso ocorra, o contrato celebrado “dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções” (art. 3º da Lei nº 11.107/2005) e de ratificação por lei de cada ente federativo, salvo quando o consorciamento já estiver tratado em lei anterior (art. 5º).

Quanto às finalidades do consórcio público, sem muito se espriar em minúcias, apesar de não constarem detalhadamente na LCP, elas ressurgiram mais tarde como “objetivos” nos incs. I a XIII, do art. 3º, do Regulamento, abarcando, de forma exemplificativa (uma vez que utilizada a expressão “entre outros”): a) gestão associada de serviços públicos; b) 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; c) a produção de informações ou de estudos técnicos; d) a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres; e) a promoção do uso racional dos recursos naturais e proteção do meio ambiente; f) o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas; g) o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e informações entre os entes consorciados; h) a gestão e proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum; i) o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores [...]; j) o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário; k) as ações e políticas de desenvolvimento urbano, socioeconômico, local e regional; l) o exercício de competências pertencentes aos entes da federação nos termos de autorização ou delegação.

Para que surja e persiga um desses objetivos, a constituição do consórcio público obedece a um

40. A lei determina a observância das normas de Direito Público, pelo consórcio público de Direito Privado, no referente à licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Quanto à admissão de pessoal, infere-se que se trata da seleção por meio de concurso público enquanto gênero, a fim de se atender ao princípio da impessoalidade.

41. LORENTE, Rodrigo Fornaziero Campillo. Gestão associada do saneamento básico por consórcio público. 2016. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 17 nov. 2016. p. 152.

42. BARROS, Ubiratan Laranjeiras. Consórcio administrativo intermunicipal. *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, ago. 1999. p. 427-436.

43. Com mesmo entendimento, Lenir Santos: “A defesa da criação de uma pessoa jurídica, civil ou comercial, visa a encontrar uma solução para as dificuldades administrativas advindas da falta de personalidade jurídica do consórcio, que o impede de contrair obrigações em nome de um conjunto de entidade jurídicas. Este é o fundamento para tal recomendação”, op. cit., p. 10.

procedimento previsto nos arts. 3º a 5º e 6º, II, § 2º, da LCP, e arts. 3º a 7º do Regulamento da LCP, envolvendo as etapas abaixo descritas:

a) **Assinatura de protocolo de intenções** pelo representante legal do ente federativo (art. 4º do Regulamento da LCP). A natureza jurídica do protocolo de intenções é de mero compromisso não vinculante, servindo para prever as cláusulas que serão observadas futuramente, caso o ente público deseje celebrar o contrato. O descumprimento posterior do protocolo de intenções não gerará sanção, até por conta da regra do art. 24, do mesmo decreto (“Nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado”), que tem por fundamento o respeito à autonomia dos entes federativos;

b) **Publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial** na totalidade ou de forma resumida, neste último caso com indicação de sítio na rede mundial de computadores local para acesso à sua integridade (art. 5º, §§ 7º e 8º, do Regulamento da LCP);

c) **Ratificação do protocolo de intenções por meio de lei** (art. 5º, *caput*, da LCP e art. 6º, *caput* do Regulamento da LCP) no Poder Legislativo de cada ente público. A lei pode ratificar o protocolo de intenções na sua totalidade ou parcialmente (com reservas). Nessa última hipótese, exige-se que a reserva seja “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 dispositivos” (art. 6º, § 2º). Portanto, com tal disposição expressa na legislação, no consórcio público não subsiste mais a polêmica que antes acometia o consórcio administrativo, quanto à desnecessidade e inconstitucionalidade da ratificação legislativa. Na época, diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal⁴⁴ indicavam a inconstitucionalidade da ratificação legislativa como condição para a celebração de convênios e, como o tratamento dos consórcios administrativos era somente doutrinário e assemelhado ao dos convênios, entendia-se que a exigência de lei ratificadora seria inconstitucional.⁴⁵

44. Os precedentes apontados por Ubiratan Laranjeiras Barros (op. cit., p. 433-434) eram ADIn. nº 165-5-MG, julgada em 1.2.1990 (tema de convênio), ADIn. nº 770-0-MG, julgada em 26.8.1992 (tema de consórcio intermunicipal) e ADIn. nº 342-PR (RTJ 133/08); por Floriano Peixoto Azevedo Marques Neto (op. cit., p. 692) a RDA, vol. 140, 1980, p. 63-69 (sobre convênio); por Lenir Santos (op. cit., p. 12) a representação do Estado de Goiás RTJ 94, p. 995.

45. Sobre essa fase, cf. BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos – problemática de sua institucionalização. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, maio 2010. p. 457-466.

d) **Celebração do contrato de consórcio público** pelos entes que ratificaram plena ou parcialmente o protocolo de intenções;

e) **Constituição da associação** submetida a regime jurídico de Direito Público (associação pública, espécie autárquica) ou Privado (associação civil, com derivações de Direito Público);

f) **Elaboração do estatuto da entidade**, aprovado pela assembleia consorcial que definirá, por seu turno, a composição da diretoria e a estrutura organizacional e funcionamento, tais como conselho fiscal, conselho de administração, conselho consultivo ou deliberativo. Quanto ao conselho consultivo, Alice Gonzalez Borges⁴⁶ notou: “na prática, certos consórcios recém-criados instituem conselhos consultivos de representação paritária com a participação de entidades representantes da sociedade civil, ou, quando é o caso, de representantes da respectiva região metropolitana e de agências reguladoras ligadas aos serviços que prestarão”. Embora a lei não fale de participação popular, ela é adequada e favorável ao bom funcionamento da entidade.

Uma vez instituído, o consórcio público poderá executar uma gama vasta de ações, tais como celebrar contrato de rateio; contrato de programa (com dispensa de licitação); outorgar, como contratante, concessões e permissões; expedir autorizações para obras e serviços públicos, mediante licitação; celebrar contrato de gestão com organizações sociais – OS; celebrar termo de referência com organizações civis de interesse público – OSCIP; celebrar termo de colaboração e fomento com organizações da sociedade civil – OSC; celebrar contratos de operações de crédito, conforme condições e limites fixados pelo Senado Federal; realizar licitação compartilhada para contratos com terceiros, em benefício da Administração direta e indireta dos entes consorciados (art. 112, § 1º, Lei nº 8.666/1993) e celebrar convênios e contratos de outra natureza (contratos da Administração). Disso tudo, deduz-se as amplas potencialidades do consórcio público.

6 PRESTAÇÃO E REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO POR CONSÓRCIOS PÚBLICOS

As Municipalidades brasileiras tradicionalmente assumiram a responsabilidade de garantir, pelo menos, o abastecimento de água potável e esgotamento

46. Op. cit., p. 459.

sanitário à população – duas atividades nucleares do conceito mais antigo de saneamento. Com o tempo, porém, foram agregadas ao saneamento as atividades de limpeza urbana e a de coleta de lixo, bem como a de drenagem de águas pluviais, de modo a ampliar o conceito de saneamento municipal. Isso ocorreu com a edição da Lei nº 11.445/2007,⁴⁷ cujo art. 3º, I, define o saneamento básico como o “conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais” de: a) abastecimento de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário, na coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, incluindo coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;⁴⁸ d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas, no transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

No estudo jurídico do saneamento básico, não se pode desconsiderar a existência desse bloco normativo. Ademais, tampouco se deve desconsiderar que a temática é daquelas que induzem transdisciplinaridade e exige o cotejo de outras políticas públicas, como as da Lei nº 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos – LPNRH); da Lei nº 8.080/1980 (Lei Orgânica da Saúde); da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e da Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole); da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal), e assim por diante.

No referente à gestão, a Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB) consolidou o modelo preconizado pelo art. 241, da Constituição Federal, de gestão associada entre os titulares dos serviços públicos. Nesse particular, há íntima conexão com o consórcio público e convênio de cooperação,

explicitados no art. 3º, II, como instrumentos desse modelo de parceria, principalmente, entre as Municipalidades. Na mesma ideia de parceria, a LDNSB disciplinou outros instrumentos, tais como a prestação regionalizada, em que um único prestador dos serviços atende a dois ou mais titulares, podendo ser esta uma solução para Municipalidades com menor nível de desenvolvimento e menos recursos financeiros disponíveis.

Um fato que normalmente não merece a devida atenção é o de que a LDNSB não só instituiu diretrizes nacionais, mas também a política nacional de saneamento básico, com papel preponderante ainda da União Federal na transferência de recursos financeiros aos Municípios, a fim de se implementarem as políticas públicas na área, até porque, como é de conhecimento geral, as obras de saneamento básico exigem capacidade financeira de investimentos que, muitas vezes, os entes federativos locais não detêm.

No exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico, os arts. 8º e 9º da LDNSB descrevem as atividades de planejamento, organização, regulação, fiscalização e prestação aos usuários.

O planejamento é a atividade de maior expressão da titularidade do serviço público,⁴⁹ tanto que em regra não é delegável a terceiros, sejam outros entes públicos ou particulares (art. 9º, I e art. 19, § 1º, da LDNSB). Ou seja, em regra compete ao Município titular dos serviços de saneamento básico a elaboração do plano de saneamento básico, com exceção da prestação regionalizada, em que a lei exige “compatibilidade de planejamento” (art. 14, LDNSB) expressa pela possibilidade de se obedecer a um plano de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos, o chamado “plano regional” (art. 17), inclusive com a utilização dos instrumentos de cooperação (convênios e consórcios, tanto administrativos, quanto públicos).⁵⁰

49. Em detalhes sobre a atividade de planejamento no Direito Administrativo, cf. MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na administração pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. *REDE*, nº 27, 2011.

50. Em verdade, vislumbra-se até ser mais adequada a elaboração de um plano de saneamento básico regional por um consórcio público de gestão associada, na medida em que tal autarquia especial, pelo princípio da especialidade, estará mais afinada com as necessidades regionais e não meramente locais.

47. Regulamentada pelo Dec. nº 7.217/2010 (Regulamento da Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico).

48. Posteriormente, o manejo de resíduos sólidos urbanos recebeu tratamento peculiar pela Lei nº 12.305/2010, regulamentada pelo Dec. nº 7.404/2010 (Regulamento da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos).

As diretrizes gerais sobre o planejamento são aquelas constantes dos arts. 19 e 20 da LDNSB, merecendo destaque a sua obrigatória compatibilidade com os planos das bacias hidrográficas onde estiverem inseridos. O plano de saneamento básico, tal como todos os planos da legislação ambiental, é documento técnico e dependente, para ganhar validade, da aprovação por lei da câmara de vereadores das Municipalidades. Essa peculiaridade reforça a indispensável interação e sinergia que devem ser cultivadas entre os responsáveis pelas políticas públicas ambientais, no caso, o comitê de bacia hidrográfica da região e as Municipalidades titulares dos serviços de saneamento básico, assim como entre o Poder Executivo e Legislativo.

No exercício da titularidade, como de costume, também se inserem as atividades de organização, prestação, regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico. Considera-se, porém, inapropriada a diferenciação entre fiscalização e outras atividades, uma vez que, na regulação e também na prestação se inserem ações fiscalizatórias. Talvez o intuito do legislador, ao destacar a fiscalização, tenha sido o de explicitar que ela pode ser transferida de forma isolada, ou seja, sem estar vinculada à prestação ou à regulação como um todo.

Já as atividades de “organização” abrangem as insertas no art. 9º, III a VI, da LDNSB, a saber: a) adoção de parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; b) fixação dos direitos e os deveres dos usuários; c) estabelecimento dos mecanismos de controle social; d) estabelecimento de sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento. Sobre essas atividades de organização, é inegável a incidência dos princípios do Direito Ambiental de participação, colaboração e informação (art. 225, Constituição Federal).

A seu turno, a regulação dos serviços de saneamento básico é disciplinada pelos arts. 29 a 33, da LDNSB, que, em resumo, preveem a regulação direta (órgão ou entidade de sua Administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual partici-

pe) ou mediante delegação (por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro nível da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos).

Interessante notar a diferença das duas hipóteses em que o consórcio público pode ser utilizado para a regulação, a primeira, em que o titular dos serviços de saneamento básico é consorciado (e, portanto, o consórcio público integra sua Administração indireta), e a segunda, em que o aludido titular não é consorciado, situação em que o instrumento de delegação passa a ser o convênio. Assim, a primeira hipótese de outorga da regulação ao consórcio público da qual faça parte o titular não é de prestação indireta, como se poderia supor, mas de prestação direta, por força do dispositivo legal.

A regulação dos serviços de saneamento básico, pelo que se extrai das citadas normas, opera-se ora por consórcio público criado para esta finalidade específica ora pelo titular do serviço. A legislação não permite a combinação das atividades, pois adota a regra geral de que quem regula não deve prestar o serviço público (o que poderíamos denominar de “regra da dissociação entre regulador e prestador”). Por força dela, o titular do serviço público deverá reservar para si a prestação direta caso delegue ao citado consórcio a tarefa de regulação. Em nenhuma hipótese, portanto, o consórcio poderá ser o regulador de si mesmo como prestador.

Já a prestação dos serviços de saneamento básico encontra-se disposta em linhas gerais no art. 38 da LDNSB. De acordo com este dispositivo, a prestação pode ser: a) direta: por meio de órgão de sua Administração direta ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua Administração indireta, facultado que contrate terceiros, no regime da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para determinadas atividades); ou b) delegada por: b.a) concessão ou permissão, no regime da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos); b.b) gestão associada de serviços públicos, mediante contrato de programa autorizado por contrato de consórcio público ou por convênio de cooperação entre entes federados, no regime da LCP; b.c) nos termos de lei do titular, mediante autorização a usuários organizados

em cooperativas ou associações (art. 10, § 1º, da LDNSB) desde que os serviços se limitem a determinado condomínio ou localidade de pequeno porte, predominantemente ocupada por população de baixa renda, onde outras formas de prestação apresentem

custos de operação e manutenção incompatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários.

Uma consolidação das possibilidades de combinação de formas de prestação e regulação de serviços de saneamento básico é a seguinte:

Prestação direta	Regulação direta
<ul style="list-style-type: none"> • Órgão da Administração direta (ex.: departamento ou serviço de água e esgoto) • Entidade da Administração indireta (ex.: autarquia ou consórcio público criado para tal fim) 	<ul style="list-style-type: none"> • Órgão da Administração direta • Entidade da Administração indireta (ex.: autarquia “tradicional” ou consórcio público criado para tal fim, “autarquia de regime especial”)
Prestação direta	Regulação indireta
Idêntico ao primeiro quadrante acima	<ul style="list-style-type: none"> • Consórcio administrativo • Consórcio público criado especificamente para regulação • Consórcio público criado para gestão associada, do qual o titular não faça parte como consorciado, com consorciamento para o fim específico de regulação • Convênio de cooperação com entidade da Administração indireta de outro ente federativo, inclusive consórcio público • Convênio de cooperação com consórcio administrativo
Prestação indireta	Regulação direta
<ul style="list-style-type: none"> • Delegação por concessão ou permissão de serviço público à empresa • Delegação por contrato de programa, autorizado por contrato de consórcio público • Delegação por convênio de cooperação com outro ente federativo, de mesmo nível ou superior • Delegação por convênio de cooperação com entidade da Administração indireta de outro ente federativo, de mesmo nível ou superior • Autorização a cooperativa ou associação de um condomínio; • Autorização a cooperativa ou associação de usuários de uma localidade de pequeno porte⁵¹ ocupada predominantemente por população de baixa renda 	Idêntico ao primeiro quadrante acima
Prestação indireta	Regulação indireta
Idêntico ao terceiro quadrante acima	Idêntico ao segundo quadrante acima

7 O EXEMPLO DA ARES-PCJ

Segundo dados do Plano PCJ 2004-2007, na região das bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá

51. A lei não define o que é o “pequeno porte”, cabendo ao titular dos serviços de saneamento básico a definição conforme a sua realidade local ou definição em lei ou regulamento. Neste aspecto, há certa similitude com a Lei nº 9.433/1997, art. 12, § 1º, incs. I a III, ao definir as hipóteses de dispensa de outorga de direitos de uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais distribuídos no meio rural; derivações, captações, lançamentos, acumulações de volumes de água considerados insignificantes, tudo conforme regulamento do órgão ambiental federal ou estadual e definição pelo Comitê de Bacia Hidrográfica competente.

vivem aproximadamente 5 (cinco) milhões de habitantes, em 76 (setenta e seis) Municípios que correspondem a cerca de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional. Desses Municípios, a maior parte se localiza no território do Estado de São Paulo, com previsão de taxas de urbanização crescentes para a presente década, por exemplo, no ano de 2020, da ordem de 98,8% (noventa e oito vírgula oito por cento) só na bacia do Rio Jundiá. Trata-se, em grande parte, de Municípios da Região Metropolitana de Campinas, que detém a rede de transportes mais desenvolvida

do país, com as rodovias Anhanguera, Bandeirantes e Dom Pedro I, ferrovias e o aeroporto de Viracopos, o maior em volume de transporte de cargas do país, além de intensa industrialização. A aludida rede modal induz intensa conurbação das cidades da região, com forte pressão sobre os recursos hídricos e, conseqüentemente, enseja a necessária gestão associada do saneamento básico sob titularidade dos Municípios que integram tais bacias hidrográficas.

O gerenciamento dos recursos hídricos de referidas bacias, conforme a Lei nº 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos) e a Lei paulista nº 7.663/1991 (Lei da Política de Recursos Hídricos do Estado de São Paulo), é realizado, desde 13 de outubro de 1989, pelo Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, no modelo institucional de consórcio estatal, como associação sem fins lucrativos, composta por Municípios e empresas e sediado no Município de Americana.

Esse quadro geral das bacias hidrográficas e do seu órgão gestor é indispensável para se compreender a formação da Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARES-PCJ, consórcio intermunicipal com personalidade jurídica de Direito Público interno formado nos moldes da LCP e cuja criação se iniciou em 20 de agosto de 2010, quando foi lançado o protocolo de intenções para assinatura dos prefeitos.

Em meados do mês de março do ano de 2011, 22 (vinte e dois) Municípios já haviam aprovado leis de ratificação por suas Câmaras municipais e, em 6 de maio de 2011, realizou-se a Assembleia Geral de Instalação da ARES-PCJ. Depois de cinco anos de existência, a agência duplicou o número de consorciados e conta com 56 (cinquenta e seis) Municípios, cuja população totaliza 5 (cinco) milhões de habitantes.

A estrutura organizacional da ARES-PCJ é bastante enxuta, bem dimensionada ao atendimento das necessidades dos consorciados e composta por equipes técnicas com alto grau de expertise na regulação do saneamento básico. A composição dessa estrutura resume-se à Assembleia Geral de prefeitos dos Municípios consorciados, à Presidência (um presidente e dois vice-presidentes), à Diretoria Executiva (Diretoria Geral, Diretoria Técnica-Operacional e Diretoria Administrativa e Financeira), à Ouvidoria, à Procuradoria Jurídica e aos Conselhos de Regulação e Controle Social compostos por titulares, usuários, prestadores

dos serviços de saneamento básico, além de órgãos do setor de saneamento, conselhos municipais de meio ambiente, entidades técnicas, organizações da sociedade civil e defesa do consumidor – o que demonstra a preocupação do consórcio com a participação social e o controle social, temas esquecidos pela LCP.

Após cinco anos de existência, com o grande aumento de Municipalidades consorciadas e eficiência no exercício de suas competências, a ARES-PCJ reduziu o valor da taxa de regulação inicial de 0,5% da receita do prestador em 2011, para 0,3% em 2015, redução de mais de 40% (quarenta por cento) no total.⁵² O aumento de número de Municípios consorciados, além de ter diminuído o valor da taxa, reflete a alta necessidade de uma autarquia de regime especial como agência reguladora especializada nas peculiaridades do saneamento básico da região, afinal, conforme bem apontou Wladimir Antônio Ribeiro:⁵³ “o formato institucional de um regulador é diretamente decorrente de injunções históricas, políticas, sociais, econômicas e das próprias características locais do serviço público regulado”.

Os objetivos específicos da ARES-PCJ encontram previsão no art. 7º, de seu Estatuto, em resumo: a) exercício da regulação e fiscalização de serviços públicos de saneamento básico dos consorciados e conveniados; b) verificação e acompanhamento do cumprimento dos planos de saneamento básico dos consorciados e conveniados; c) fixação de reajuste e revisão dos valores das contraprestações (taxas, tarifas, preços públicos e outras formas) dos serviços de saneamento básico dos consorciados e conveniados; d) homologação, regulação e fiscalização dos contratos de prestação de serviços de saneamento básico, inclusive das questões tarifárias, nos consorciados e conveniados; e) prestação de serviços de apoio aos consorciados, conveniados e seus prestadores de serviços de saneamento básico, tais como apoio técnico, administrativo, jurídico, em assuntos de regulação, prestação dos serviços de saneamento básico;

52. Segundo informado pela Diretoria Executiva no livro organizado por Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi e Carlos Roberto Gravina, intitulado *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*, editado em 2016, p. 11.

53. RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. In: *Regulação do Saneamento Básico, 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). São Paulo: Essencial Ideal, 2016. p. 41-73.

f) representação dos consorciados e conveniados perante qualquer órgão nacional ou internacional, em questões relacionadas à regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico dos quais sejam titulares.

Em obediência à LDNSB (arts. 27⁵⁴ e 47⁵⁵), o mencionado estatuto da ARES-PCJ, nos seus arts. 46 a 49, dispõe sobre os Conselhos de Regulação e Controle Social, órgãos colegiados consultivos que devem existir em cada um dos Municípios consorciados ou conveniados, com competência para avaliar as propostas de fixação, revisão e reajuste tarifário dos serviços de saneamento básico no âmbito do Município consorciado; encaminhar reclamações e denunciar irregularidades na prestação dos serviços e elaborar, deliberar e aprovar seu regimento interno e alterações.

A contribuição da ARES-PCJ, apesar de seus poucos anos de existência, não se tem resumido à regulação e fiscalização do saneamento básico regional de forma associada. Além de regular, a agência tem contribuído para a consolidação do modelo de consórcio público em si, sobretudo diante da falta de tradição do gestor público municipal em atuar de forma cooperada, mormente em virtude de disputas regionais e descontinuidades na política pública quando há, por exemplo, a alternância dos mandatários.

O ambiente regulatório gerado pela ARES-PCJ ainda auxiliou a conferir duas marcas à política pública de saneamento na região: a) a sua perenidade ou continuidade a despeito de trocas de mandatos nos entes consorciados e b) um alto grau de tecnicidade na regulação, essencial para que o Estado aja sobre um setor extremamente complexo e desconhecido da maioria da classe política e, até mesmo, da burocracia dos prestadores municipais de serviços de saneamento básico.

A incompreensão de Poderes Executivos e Poderes Legislativos tem sido notada na realidade e em algumas posturas municipais, por exemplo, na tentativa de aprovação de leis casuísticas de alteração tarifária dos serviços de saneamento básico, na apropriação indevida de superávits financeiros de entidades da Administração indireta prestadoras dos serviços de

saneamento básico, na concessão de isenções sem bases técnicas, nas delegações temerárias da prestação dos serviços de saneamento básico à iniciativa privada por meio de concessões de serviços públicos, entre outras situações, quase sempre num clima de disputa política entre os Poderes locais.

A delegação da regulação à ARES-PCJ pelos consorciados e conveniados tem mostrado capacidade para evitar as citadas práticas, exatamente pelos fatores demonstrados (especialização e continuidade). E como agência reguladora, entidade permanente, com o passar do tempo a tendência é de que acumule cada vez mais conhecimento e *expertise* sobre o ambiente regulado e, portanto, ganhe autoridade e legitimidade a partir do conhecimento de fatos e da adequada motivação das suas medidas regulatórias.

A regulação e fiscalização da ARES-PCJ, ao se pautar num planejamento de longo prazo, minimiza os riscos de má gestão do saneamento, de deturpação da política pública municipal por gestores públicos neófitos e, quiçá, mal-intencionados. Nas disputas políticas entre Poderes, que podem refletir negativamente na política pública de saneamento básico, a importância da ARES-PCJ reside ainda em seu importante papel de árbitro e em sua função de esclarecimento quanto à necessidade de tratamento técnico, não meramente político, das questões de saneamento básico. Além dessas disputas internas do Estado, a agência desempenha papel de relevo naquelas travadas entre o poder público e os particulares, principalmente os prestadores dos serviços de saneamento básico. Nessa seara, é decisiva a atuação da ARES-PCJ para evitar que fenômenos de captura de interesses ocorra.

De se destacar, em conclusão, que a ARES-PCJ tem sido essencial na educação, capacitação, conscientização e orientação dos gestores municipais, de agentes públicos do setor, de agentes privados dos prestadores de serviços públicos, na ação coordenada com o Consórcio Intermunicipal PCJ para a recuperação das bacias hidrográficas, em aspectos como melhoria da qualidade dos corpos hídricos, recuperação de áreas de preservação permanente marginais, entre outros. E, enquanto agência altamente especializada, a ARES-PCJ tem se mostrado indutora de um debate institucional de elevado nível com os órgãos externos de controle dos consorciados e conveniados, tal como o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e o Ministério Público do Estado de

54. Direito de informação aos usuários dos serviços de saneamento básico.

55. Controle social nos serviços de saneamento básico.

São Paulo, principalmente, em relação a este último, nos órgãos de defesa do meio ambiente. Fora isso, a agência tem protagonizado um papel único na busca de soluções em modelos nacionais e internacionais inovadores e exitosos de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico.

8 VANTAGENS E LIMITAÇÕES DOS CONSÓRCIOS

A constituição de consórcios estatais com o objetivo de assumir atividades de prestação ou regulação de saneamento se mostra, como demonstrado, bastante oportuna e vantajosa em razão de uma série de efeitos, muitos deles exemplificados com o caso da ARES-PCJ. Além de, por força de lei, viabilizarem o compartilhamento de bens, de pessoal e de atividades, assumirem poderes típicos do Estado, como o de restringir a propriedade privada e executar desapropriações (art. 2º, § 1º, II, da LCP), executarem procedimentos de contratação pública sob um regime jurídico mais vantajoso em razão de hipóteses especiais de dispensa (art. 2º, § 1º, da LC e art. 24, XXVI, da Lei de Licitações) e dos limites mais elevados para a escolha da modalidade licitatória (art. 24 da LCP), os consórcios se mostram capazes de: a) imprimir mais eficiência à prestação ou à regulação; b) conferir perenidade à política de saneamento; c) ampliar a tecnicidade da regulação; d) melhorar a qualidade das decisões administrativas; e) induzir a capacitação, sobretudo em favor da melhoria da gestão pública local; f) reduzir custos de funcionamento do Estado; g) otimizar o emprego da infraestrutura e de pessoal; e h) além de articular de modo mais intenso os entes políticos e suas políticas, sobretudo aquelas baseadas em recursos comuns de natureza ambiental.

Nem tudo, porém, são vantagens. O funcionamento dos consórcios com entidades interfederativas encontra uma série de dificuldades e barreiras de ordem administrativa e também jurídica, valendo ressaltar, com o intuito de evidenciar essa afirmação, alguns aspectos relativos à sua organização, ao controle, à gestão de seus bens e de seus servidores. A problemática que será apontada no tocante a esses quatro tópicos jurídicos, como se demonstrará, exige que os entes políticos se dediquem com cautela e calma à elaboração dos protocolos de intenções e que valorizem o planejamento da associação que ele gerará principalmente em setores tão complexos quanto o de saneamento básico.

9 PROBLEMÁTICA ORGANIZACIONAL E DE CONTROLE

A organização dos consórcios não é simples, tendo em vista sua natureza de associação interfederativa. De acordo com a LCP, garante-se a cada um dos entes consorciados pelo menos um voto nas deliberações assembleares da entidade. Todavia, a legislação não impede a assimetria na distribuição do poder de decisão (por exemplo, de acordo com o volume de atividades e recursos que cada ente político atribui ao consórcio), nem impossibilita que a maioria do poder decisório se concentre nas mãos de algum ente. Por isso mesmo, válida é a crítica de Alice Gonzalez Borges ao afirmar que a Lei não define o critério de fixação do voto múltiplo. Assim, “se este for definido no protocolo de intenções como proporcional ao *quantum* de recursos investidos, fácil é prever que, se o consórcio for integrado pela União, dispondo esta sempre de maiores recursos, ter-se-á, por via transversa, assegurado o predomínio de seus votos na assembleia. Em suma, retorna-se sub-repticiamente à velha tendência de centralização de decisões pela União, que tem acarretado tão nefastas consequências na história do país”.⁵⁶

Um segundo problema organizacional reside na obscuridade da lei quanto ao regime dos consórcios criados com associações de Direito Privado. Como dito, a lei começou errando ao não incluí-los de modo explícito no âmbito da Administração indireta. Contudo, como já dito e repisado, a ausência de menção aos consórcios privados no art. 6º da LCP jamais poderá ser lida como uma determinação de que eles se apartem do Estado. Assim como aqueles que assumem personalidade de Direito Público interno, os consórcios privados fazem, sim, parte da Administração indireta, embora isso não signifique que o regime jurídico de ambas as modalidades se identifiquem.

Como explica Di Pietro, “se tiver personalidade de direito privado, reger-se-á pelo direito civil, em tudo o que não for expressamente derogado por normas de direito público, tal como ocorre com as fundações governamentais instituídas com personalidade de direito privado e com as empresas estatais”.⁵⁷ Note-se,

56. BORGES, Alice González. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE*, nº 6, 2006, p. 9.

57. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O consórcio na Lei nº 11.107, de 6.4.2005. *REDE*, nº 3, 2005, p. 5.

porém, que essa mesma regra geral vale para os consórcios com natureza de Direito Público interno. Ou seja, a aplicabilidade do Direito Privado no silêncio da legislação não é característica do consórcio como associação com personalidade jurídica de Direito Privado. Essa afirmação se baseia no art. 15 da LCP, cujo texto dispõe que, “no que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela lei que rege as associações civis”.

Observe-se que esse dispositivo não faz qualquer distinção entre consórcios de Direito Público ou de Direito Privado, daí ser necessário reiterar que, no geral, todos os consórcios seguirão o Direito Privado naquilo que o Direito Público não incidir. Apenas se deve alertar que a incidência de Direito Público ora independerá, ora dependerá do tipo de natureza jurídica do consórcio. Em outras palavras, o grau de permeabilidade ao Direito Público variará em alguns momentos em função da natureza da pessoa, como se verá no exame do regime de bens do consórcio.

Um dos aspectos comuns às duas figuras, e que demonstra a incidência do Direito Público, diz respeito ao controle das ações do consórcio. Além daquele exercido pelos tribunais de contas, como entidades da Administração indireta, as associações estatais em debate se sujeitam ao controle administrativo ou tutela e também ao controle legislativo em várias situações. Na prática, o controle múltiplo mina a eficiência que se espera dos consórcios, sobretudo quando os órgãos de controle das diferentes esferas federativas divergem sobre determinada matéria jurídica.

É verdade que, de certa forma, o art. 9º, parágrafo único, da LCP tentou resolver esse problema ao dispor que: “o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio”. O dispositivo, como se vê, mitiga a complexidade do controle pelo Tribunal de Contas. Entretanto, de modo algum afasta o controle múltiplo por tutela e o controle fragmentado dos respectivos contratos de rateio por cada ente, daí porque suas normas não são capazes de extinguir integralmente a insegurança jurí-

dica que se impõe sobre essa entidade interfederativa em razão do complexo ambiente de controle.

Não por outro motivo, como bem explica Borges, para que se afastasse por completo o risco da desarticulação no controle, ideal seria que a legislação tivesse estruturado um “sistema nacional integrado de informações”.⁵⁸ Para além disso, a autora baiana oportunamente lembra que a legislação deveria ter dedicado atenção ao controle social, assunto sobre o qual o legislador se omitiu por completo. Nas suas palavras: “Nem um só dispositivo legal previu a realização de consultas públicas, de audiências públicas, e sobretudo de conselhos, formados com a representação da sociedade civil, que possam manifestar-se para a estruturação dos consórcios e definição das metas a serem atingidas”.⁵⁹ De todo modo, há que se atentar para o fato de que o controle social vem assegurado em políticas nacionais específicas, como a de saneamento, setor em que os consórcios não se podem fechar e se resumir à participação exclusiva dos entes consorciados.

10 PROBLEMÁTICA DO REGIME DE BENS

Além da problemática relativa à sua organização e ao controle de seu funcionamento, a gestão dos consórcios nem sempre se torna tão simples, por exemplo, em razão do regime de seus bens e, igualmente, do regime de seu pessoal – ambos recursos essenciais para o bom desempenho de suas tarefas administrativas. No que diz respeito aos bens, além de normas especiais, o regime variará de acordo com a natureza pública e privada dos consórcios, exigindo que se observem as normas do Código Civil. Já no tocante ao pessoal, o regime é comum a despeito da natureza pública ou privada da associação estatal, como se demonstrará a seguir, mas, enquanto para certos tipos de agentes públicos, o consórcio detém poder de construir o regime jurídico, para outros, ele simplesmente seguirá as determinações da legislação federal. Vejamos.

De acordo com o Código Civil, a natureza dos bens conforme a natureza do seu titular (art. 98). Por força desse critério subjetivista, consórcios criados com per-

58. BORGES, Alice González. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE*, nº 6, 2006, p. 15.

59. BORGES, Alice González. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE*, nº 6, 2006, p. 16.

sonalidade jurídica de Direito Público interno têm seu patrimônio formado por bens públicos, basicamente de uso especial e eventualmente dominicais. Por consequência, seu patrimônio afetado (bens de uso especial) estará protegido em geral pela inalienabilidade, pela impenhorabilidade, pela impossibilidade de oneração por garantias e pela imprescritibilidade. E seus bens públicos, não afetados (dominicais), estarão beneficiados pela imprescritibilidade.

Em contraste, os bens dos consórcios com personalidade de Direito Privado serão bens particulares, de sorte que seus bens, a princípio, não estarão sujeitos às normas de proteção mencionadas. Fala-se “a princípio”, pois bens particulares afetados a serviços públicos ingressam no chamado “domínio público impróprio” e podem se beneficiar de regras protetivas, por exemplo, no tocante à impossibilidade de penhora judicial em razão da continuidade dos serviços públicos.

Observe-se, ademais, sobretudo em matéria de gestão de serviços de saneamento básico, que os consórcios privados poderão receber bens do patrimônio dos entes consorciados. Esses bens, ainda que sob a gestão do consórcio, não se confundirão com seu patrimônio próprio e manterão sua natureza de bem público. Isso significa, na prática, que se deve diferenciar, nos consórcios privados, os bens transferidos pelos entes políticos e que se encontram em regime público de proteção e os bens particulares próprios do consórcio, cuja sujeição ao Direito Público será diminuta, salvo em relação àqueles, como dito, que se mostrarem essenciais a serviços públicos e, por isso, ingressarem no conceito de bens reversíveis, ou seja, bens do domínio público impróprio.⁶⁰

Ademais, independentemente de se tratar de consórcio público ou privado, há que se discutir o destino dos bens transferidos ao consórcio por cada um dos entes políticos que o criou. De acordo com o art. 11, § 1º, da LCP, “os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação”. Apesar

desse mandamento, Di Pietro entende que o ente consorciado jamais poderá abrir mão de seu patrimônio com base em mera cláusula contratual. “A previsão tem que constar do protocolo de intenções a ser objeto de ratificação por meio de lei, pois a Administração Pública não tem liberdade para livremente dispor de bens de seu patrimônio. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666, de 21.6.1993, no art. 17 exige autorização legislativa para qualquer tipo de alienação de bens públicos imóveis. Além disso, terão que ser observadas as demais exigências contidas nesse dispositivo, especialmente a avaliação prévia”.⁶¹ Anote-se, para além disso, que a norma em questão jamais poderá configurar enriquecimento indevido do consórcio e, indiretamente, de outros entes políticos, daí porque, na ausência da previsão de reversão, há que se indenizar o ente consorciado por perdas indevidas.

11 PROBLEMÁTICA NO REGIME DE PESSOAL

Diferentemente do que se demonstrou em relação ao regime de bens, no tocante ao regime de pessoal, a situação dos consórcios não varia conforme a natureza de sua personalidade jurídica (Direito Público interno ou Direito Privado). Isso não significa, porém, que o regime de seus agentes públicos seja único ou padrão, nem mesmo que a competência do consórcio para tratar de assuntos de pessoal seja simples. Para se compreender a complexidade nessa matéria, é preciso diferenciar os três tipos de agentes que atuam nos consórcios, a saber: i) os empregados públicos; ii) os agentes públicos cedidos; e iii) os agentes públicos temporários.

A legislação brasileira atribui ao corpo próprio de pessoal do consórcio a natureza de empregados públicos. Impõe-se que o protocolo de intenções, respeitando essa natureza, contenha cláusulas relativas ao quadro de pessoal, tratando, ao menos, do número de postos, da forma de provimento e da remuneração (art. 4º, IX, da LCP). Assim, ao desenharem o protocolo, os entes políticos definirão o quadro de pessoal em termos quantitativos e procedimentais. O Estatuto elaborado pela assembleia, em um segundo momento, tratará das atribuições dos agentes, da lotação, da jornada, de seu regime disciplinar e da denominação dos postos (art. 8º, § 2º, da LCP).

60. Cf. MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de Direito Administrativo*, v. 3: Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, capítulo 2.

61. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O consórcio na Lei nº 11.107, de 6.4.05. *REDE*, nº 3, 2005, p. 10.

Note-se, porém, que as disposições da legislação em nenhum momento afastam as normas da CLT, nem as normas constitucionais, sobretudo no que se refere à criação de empregos públicos e sua extinção. Daí resulta que, para os consórcios, valem duas regras constitucionais: a reserva de lei e a reserva de iniciativa do chefe do Executivo. Na prática, isso torna a vida dos consórcios maiores, formados por número alto de entes políticos, bastante complexa. As modificações do quadro de pessoal dos consórcios em funcionamento dependerão da chancela de alteração do protocolo de intenções e da respectiva ratificação pelo legislativo de cada um dos vários entes consorciados. Essa exigência torna a ampliação de pessoal bastante lenta e custosa, tornando inviável, em muitos casos, a adaptação célere de seu quadro de pessoal a aumentos de tarefas, o que pode comprometer a execução eficiente de suas atividades.

Uma primeira solução para contornar essa dificuldade reside na utilização da aprovação prévia de aumentos de quadro de pessoal de acordo com o atingimento de certas condições (como aumento do volume de serviços, do número de consorciados etc.). Como a LCP prevê que um ente político pode consorciar-se independentemente da lei de ratificação posterior quando uma lei anterior já tiver tratado do consorciamento, a mesma lógica há que se estender às alterações do consorciamento. Assim, desde que a alteração de quadro esteja contemplada numa lei geral anterior do ente político, não fará sentido exigir lei posterior para cada alteração de pessoal.

Uma segunda alternativa para solucionar o problema reside na utilização de outras duas figuras de agentes públicos, ambas contempladas pela LCP e seu decreto regulamentar. De acordo com esses diplomas, além dos empregados públicos, é possível que os consórcios estatais contem com servidores temporários para atender a excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF e art. 4º, IX, da LCP) e com servidores cedidos.

Os temporários serão contratados por prazo determinado desde que a assembleia geral demonstre a existência do interesse público a exigir o aumento de pessoal, que ocupará funções por prazo determinado. Nesse particular, porém, há que se discutir como o consórcio regerá os temporários. A primeira solução se dá mediante remissão à lei específica de um dos entes consorciados. A segunda, mais adequada pela independência em relação à entrada ou retirada de

novos membros, consiste em elaborar para os temporários do consórcio um regime próprio com base em disposições autorizativas do protocolo de intenções. No tocante aos temporários, portanto, confere-se aos consórcios a possibilidade de criar o regime jurídico. Sua competência de normatização é muito mais ampla do que aquela relativa a seus próprios empregados.

Já no que se refere aos servidores cedidos, entretanto, novamente a competência normativa do consórcio se reduz bastante. O regime do pessoal proveniente dos consorciados será estatutário ou celetista a depender do regime de origem. Em outras palavras, a cessão do agente público não ocasiona a modificação de seu regime jurídico, daí ser possível que o consórcio conte com estatutários dos entes políticos em seus quadros. Importante é apenas que o contrato de programa, firmado entre o consórcio e cada ente político, estipule “quem arcará com o ônus e os passivos” oriundos da cessão (art. 13, § 2º, IV, da LCP). Daí se conclui que existem basicamente três modelos de custeio dos cedidos: o assumido pelo consórcio; o assumido pelo consórcio com base em transferências do ente consorciado e o assumido pelo ente consorciado. Nesta última hipótese, em que o ente político consorciado assume o ônus da cessão do servidor, os pagamentos ao servidor cedido poderão ser contabilizados como créditos hábeis para operar compensação com obrigações previstas no contrato de rateio (art. 23, § 3º, do Decreto Regulamentar).

12 CONCLUSÃO

Em breves linhas, o objetivo desse estudo se resumiu a traçar os contornos da figura do consórcio estatal previsto na Lei nº 11.107 como alternativa para a prestação ou para a regulação de serviços de saneamento básico no Brasil, sempre respeitada a regra de dissociação entre regulador e prestador (art. 13, § 3º, da Lei). Inicialmente, pretendeu-se descrever a figura dos consórcios, sua natureza e suas finalidades possíveis. Em seguida, descreveu-se um exemplo de consórcio na área de saneamento básico. O intuito por trás dessa exposição foi o de evidenciar as potenciais utilidades dessa figura associativa estatal tanto em termos jurídicos quanto administrativos e econômicos.

Na segunda parte, contudo, pretendeu-se lançar luzes sobre problemas do consorciamento. A uma, destacou-se a complexidade organizacional dos consórcios e os riscos de transferência de poder para outros entes em detrimento, por exemplo, dos Municípios.

A duas, tratou-se a complexidade do controle e seu impacto para a segurança jurídica dos consórcios. A três, destacou-se a problemática do regime de bens, dando-se especial atenção aos impactos da personalidade jurídica sobre o regime patrimonial e também à especial situação dos bens dos consórcios privados. Enfim, examinou-se o regime do pessoal, destacando-se nisso certas amarras que dificultam a gestão rápida e flexível dos consórcios, bem como os diferentes níveis de competência normativa que se atribui a esses entes em relação a cada um dos agentes públicos que operacionalizam suas tarefas administrativas.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Ubiratan Laranjeiras. Consórcio administrativo intermunicipal. *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, ago. 1999. p. 427-436.
- BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos – problemática de sua institucionalização. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, maio 2010. p. 457-466.
- BORGES, Alice González. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE*, nº 6, 2006.
- BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 6, Salvador, p. 1-18, maio/junho/julho de 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O consórcio na Lei nº 11.107, de 6.4.05. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 2005. Também disponível em REDE, nº 3, 2005.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Marcos Correia. Os consórcios públicos na Lei nº 11.107/05. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, dez. 2005. p. 1353-1362.
- LORENTE, Rodrigo Fornaziero Campillo. Gestão associada do saneamento básico por consórcio público. 2016. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 17 nov. 2016.
- MARRARA NETO, Floriano Peixoto Azevedo. Outorga de concessão de serviços de limpeza urbana por consórcio intermunicipal. *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, dez. 1998. p. 690-695.
- MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na administração pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. *REDE*, nº 27, 2011.
- MARRARA, Thiago. *Planunsrechtliche Konflikte in Bundesstaaten*. Hamburgo: Kovac, 2009.
- MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de Direito Administrativo*, v. 3: Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos, *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ago. 1995. p. 451-461.
- MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafio. In: *Regulação do Saneamento Básico, 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). São Paulo: Essencial Ideal, 2016.
- RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. In: *Regulação do Saneamento Básico, 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). São Paulo: Essencial Ideal, 2016.
- SANTOS, Lenir. Consórcio administrativo intermunicipal: aspectos gerais, suas especificidades em relação ao Sistema Único de Saúde. *BDM – Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, jan. 2001.

COMO REFERENCIAR ESTE ARTIGO:

MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico. *BDM – Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: NDJ, ano 33, n. 7, p. 457-474, jul. 2017.