

2ª etapa – de 1974 a 1990 - a de sua *primeira ressurgência*, como consequência da derrota dos regimes nazi-fascistas na Segunda Guerra Mundial, sobrevinda com a *reconstitucionalização* de cerca de 30 países na Europa, Américas, África e Ásia;

3ª etapa – de 1990 a 1995 – a de sua *segunda ressurgência*, causada pelo melancólico ocaso das experiências comunistas na União Soviética e em outros países do mundo, acrescentando mais 36 *reconstitucionalizações*, chegando, assim, a 117, o número de Estados com - pelo menos formalmente - suas respectivas Cartas Políticas democráticas (de um total de 191 Estados membros da ONU, ou seja, alcançando uma maioria de 60%); e

4ª etapa – de 1995 aos dias de hoje – a da *terceira ressurgência*, marcada pela *primavera islâmica* (expressão mais ampla que a de primavera árabe, pois o mundo islâmico alcança outras etnias e outros idiomas), em que, em vários povos da área se arregimentam de vários modos para eliminar ou reduzir a dominação dos regimes políticos fortemente teocráticos e autocráticos em seus países, como um movimento que representa não apenas uma *recuperação global da adesão dos povos aos valores democráticos*, como uma expressiva demonstração da *crescente confiança universal no valor de suas instituições*.

É, portanto, neste cenário, que *novas funções constitucionais* são postas como *canalizadoras de contra-poderes positivos e filtradoras dos negativos*, o que corresponde ao *novo ciclo de síntese da democracia*, ou seja: de uma democracia cada vez mais *constitucionalizada*, com as exigências axiológicas republicanas absorvidas e destinada a superar a insuficiência dos processos eletivos majoritários, de escolhas predominantemente *formais*, para incorporar processos não apenas da *garantia* como da efetiva *realização política de valores*, o que inclui a participação nas escolhas públicas predominantemente *materiais*. Tudo, enfim, para, como elegantemente prenunciava JEAN RIVERO, há quase meio século, que não apenas nos conformemos com uma democracia para a escolha de *quem* nos vai governar, mas aspiremos a uma democracia para a escolha de *como* queremos ser governados.<sup>46</sup>

*Teresópolis, revisto no verão de 2012.*

46 RIVERO, Jean. *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965.

## CONSÓRCIOS PÚBLICOS E SANEAMENTO BÁSICO

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP

**Sumário:** 1. A idéia de federação e o modelo adotado no Brasil; 2. A distribuição constitucional de competências; 2.1. O esquema fundamental; 2.2. A especificação feita pela Constituição; 3. Prestação de Serviços Públicos; 3.1. A execução direta e indireta dos serviços públicos; 3.2. Os convênios e os consórcios tradicionais e os consórcios públicos; 4. Consórcios Públicos na legislação federal; 5. Repercussões no federalismo; 6. As diretrizes nacionais para o saneamento básico; 7. Considerações Finais.

### 1. A ideia de federação e o modelo adotado no Brasil

Pretende-se com este breve estudo abordar diretamente, e da maneira mais simples possível, o tema concernente a “consórcios públicos” e a sua relação com o “saneamento básico”, com o propósito de verificar o que o consórcio público pode proporcionar em termos de encaminhamento de soluções para os múltiplos problemas diariamente enfrentados pelas administrações públicas nesse importantíssimo setor da atividade governamental.

Entretanto, é importante deixar claro que não existe uma solução mágica para os problemas que decorrem dessa matéria. Há problemas no Brasil que persistem desde o descobrimento. Ilustre-se com o fato de que comemoramos, no ano de 2008, duzentos anos da abertura dos portos, acontecimento esse que mudou completamente a história do Brasil. Porém, nesses duzentos anos, nós caminhamos muito pouco em matéria de transporte marítimo e fluvial, navegação de cabotagem e operação portuária.

Feito esse parêntese, cumpre versar, em caráter preliminar, sobre o sistema federativo brasileiro, tarefa que se impõe para o apropriado desenvolvimento do tema proposto para análise. A questão relativa aos consórcios em matéria de saneamento tem uma íntima relação com a estrutura federativa do Brasil, exigindo uma breve consideração sobre o significado da federação.

Se o Brasil fosse um país unitário, teríamos um ordenamento único, uma única estrutura hierarquizada e, nesse sentido, estaria eliminado o problema. Mas, ao contrário disso, o estado brasileiro tem uma estrutura federativa, o que significa dizer que no Brasil existe uma distribuição de competências entre a União, Estados e Municípios. Porém, a distribuição de competências no sistema brasileiro não é absolutamente estanque, porque existe uma grande área comum, que é exatamente onde o tema em análise se situa.

De fato, o artigo 23 cuidou de elencar os assuntos que são de competência comum aos entes federativos, e é justamente nesse ponto que se insere o problema da saúde, do meio ambiente e do saneamento. Trata-se de uma área na qual é possível a atuação conjunta da União, dos Estados e dos Municípios.

Não foi sem motivo que a Constituição Federal procedeu dessa forma. Pode-se afirmar com segurança que o reconhecimento de relevância e do caráter fundamental das questões de saneamento, tanto básico quanto ambiental, para o desenvolvimento nacional, ensejou a atribuição aos três entes federativos do poder/dever de atuar em seu âmbito.

## 2. A distribuição constitucional de competências

### 2.1 O esquema fundamental

Além do problema decorrente da estrutura institucional, da dificuldade natural de identificar precisamente as competências dos entes federados a respeito de um determinado assunto, há um outro problema muito sério no tocante ao saneamento básico. Trata-se da identificação de competências em matéria do uso da água, que não é domínio de qualquer específico segmento do poder público, tendo em vista a necessidade do uso múltiplo da água. Isso significa que o mesmo tema “água” comporta diferentes abordagens, comportando diferentes competências, conforme o uso que se faça desse mesmo bem.

Quando falamos da água, podemos enfocá-la como manancial, como fonte, como algo que vai propiciar o abastecimento, mas, ao mesmo momento, toda água que é captada para abastecimento é usada e, depois, descartada. Nesse momento se coloca o problema do uso do manancial como meio de escoamento de dejetos e resíduos industriais. Porém, essa mesma água também é absolutamente importante para a geração de energia elétrica, e os potenciais de energia apresentam uma disciplina normativa muito especial, pois são bens de propriedade da União.

Além disso, há a necessidade do uso da água como meio de transporte fluvial que, em alguns casos, se choca com a necessidade de construção de barragens para a geração de energia, uso esse que tem implicações com a área inundada e com a criação ou sobrevivência dos peixes. Além do mais, há um outro problema referente ao uso da água para a irrigação de áreas agrícolas, que pode causar danos com a contaminação por defensivos químicos. Resta lembrar que ainda existe o uso da água como fonte de lazer.

A disciplina do uso da água, que é algo verdadeiramente fundamental quando se cuida de saneamento básico, tem como um marco extremamente relevante a edição da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH. Porém, ao longo do tempo, na medida em que se procedia à implantação desse sistema, novos problemas foram surgindo:

“A citada Lei n. 9.433/97, no entanto, somente começou a ser implantada no final de 1998, quando foi instalado o Conselho

Nacional de Recursos hídricos (CNRH), órgão máximo do SNGRH, integrado por representantes dos Poderes Públicos da União – que possui a maioria dos seus membros (29 em 57) –, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, também, por representantes dos usuários e da sociedade civil.

O referido diploma legal elegeu como fundamento para a gestão dos recursos hídricos uma série de princípios, dentre os quais vale destacar os da descentralização e da participação dos usuários e das comunidades (art. 1º, V e VI). Essa participação, aliás, tem resultado em efetivo controle sobre o poder público, demonstrado assim a excelência desse instrumento inscrito na nossa Carta Política, como por exemplo, no §3º do seu artigo 37. Em consonância com a orientação adotada mundialmente, elegeu-se, ainda, a bacia hidrográfica como unidade territorial para implementação da Política Nacional Recursos Hídricos (PNRH) e atuação do SNGRH.

A implementação desses fundamentos tem dado motivo a inúmeros embates e questionamentos no âmbito do CNRH e das Câmaras Técnicas que o assessoram, sobretudo devido à tendência centralizadora da União – em especial após a instituição da Agência Nacional de Águas (ANA) pela Lei n. 9.984, em 17.07.2000, eis que esta Agência muitas vezes se comporta como se ocupasse um espaço hierarquicamente superior ao dos entes estaduais gestores de águas, também integrantes do SNGRH (art. 33, IV).

A cobrança pelo uso da água – que é um dos instrumentos de gestão listados no art. 5º da Lei 9.433/97 (inc. IV) – vem sendo lamentavelmente tratada como mais um meio de arrecadação de recursos, já que a grande maioria deles têm sido sistematicamente contingenciados, em vez de serem aplicados na recuperação e melhoria das águas da bacia onde foram arrecadados, como determina expressamente o art. 22 da Lei 9.433/97.”

MARIA LUIZA WERNECK DOS SANTOS, “Da aplicação dos recursos auferidos com a cobrança pelo uso da água. Da ilegitimidade de seu contingenciamento. Da competência normativa do CNRH e da ANA”, in *Direito Administrativo, Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, coordenadores Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2006, p. 955/956.

O texto supra transcrito evidencia que, quando se cuida de água, existem inevitáveis implicações com várias esferas e áreas de governo que tratam desses diversos aspectos específicos. Convém, portanto, examinar mais diretamente e com maior detalhamento a questão da distribuição de competências em matéria de saneamento básico.

## 2.2 A especificação feita pela Constituição

Para tentar simplificar e sistematizar um pouco a questão da competência, pode-se afirmar, em termos gerais, que a Lei Maior traçou quatro tipos de competências, conforme se extrai dos artigos 21 a 24.

O artigo 21 estabelece competências de ordem material afetas à União, das quais se destaca a exploração, em caráter direto ou indireto, dos serviços de telecomunicações e energia elétrica, além da exploração de portos.

Já o artigo 22 prescreve uma competência de caráter legislativo e privativo da União. Dentre elas, exemplifique-se o poder/dever de legislar sobre direito civil, penal, eleitoral e desapropriações.

O artigo 23, por sua vez, reporta-se à denominada competência comum, que resulta na previsão de deveres compartilhados concomitantemente entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Cite-se, como exemplo, algumas áreas alcançadas por essa regra: saúde, educação, patrimônio histórico, meio ambiente, habitação, produção agropecuária.

Por fim, o artigo 24 abarca outros setores que serão regidos pelo princípio da competência concorrente, distribuída entre a União, Estados e Distrito Federal. Dentre os campos afetados destacam-se o direito tributário, urbanístico, orçamento, produção e consumo, educação, desporto.

Para seguir delineando o quadro constitucional de distribuição de competências, vale lembrar que o artigo 25 estabelece a competência dos Estados, dizendo, de maneira geral, que a eles cabem todas as competências “que não lhe sejam vedadas”, ou seja, que não tenham sido atribuídas a outros níveis de governo, daí falar-se que os Estados são detentores da competência residual.

Para completar o quadro e fechar esse assunto, resta referir que o artigo 30 afirma serem os Municípios competentes para legislar e cuidar de todos os assuntos “de interesse local”, cabendo-lhes, ainda, suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”.

Como se nota, a Constituição em alguns casos é específica e clara quanto à competência para dispor sobre determinados assuntos, mas em um outro grande número de assuntos as referências constitucionais são vagas, amplas e imprecisas, exigindo um grande esforço de interpretação diante dos casos concretos que se apresentam no cotidiano da Administração Pública.

## 3. Prestação de serviços públicos

### 3.1 Execução direta e indireta dos serviços públicos

A área de saneamento básico se insere no campo da prestação de serviços públicos, os quais podem ser executados diretamente pelas próprias entidades governamentais da União, dos Estados e Municípios, através de órgãos que integram

as respectivas estruturas administrativas. Nessa hipótese, estaríamos diante de uma prestação direta centralizada de serviços públicos.

De outro lado, o mesmo serviço pode ser executado por organismos criados pela União, Estados e Municípios. Tais organismos, ou, melhor dizendo, tais entidades, posto que dotadas de personalidade jurídica, podem apresentar-se como autarquias, fundações ou empresas estatais. Nestes casos, quando uma entidade pública cria uma entidade sua para operar um determinado serviço público, configura-se igualmente uma operação direta, mas dessa vez de natureza descentralizada.

Autarquias e empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) são conceitos antigos e razoavelmente sedimentados no direito brasileiro. O mesmo não acontece, todavia, com relação às fundações, que migraram do âmbito das relações de direito privado para se constituir em uma forma de atuação da administração pública, dando ensejo à criação de fundações públicas, como forma de descentralização de serviços públicos, cuja configuração e identificação ainda permanece nebulosa:

“Ora, a origem dos recursos, qualquer que seja a forma de descentralização, é a mesma. Afinal, a descentralização envolve a atribuição de personalidade jurídica a uma função que nasce no centro de poder, exigindo-se lei que autorize o seu destaque (e dos correspondentes recursos e patrimônio) para outra entidade a ser criada. Varia o formato da criação. A lei cria a autarquia, mas autoriza a criação da fundação, por escritura pública, na forma prevista no Código Civil. O regime jurídico, por sua vez, é consequência da finalidade da entidade exigir ou não o uso de prerrogativas.

A solução para esse impasse está, assim, intimamente ligada à definição do objetivo da entidade. Aspectos como a criação por lei, o recebimento de verbas públicas, o ingresso por concurso nos seus quadros, a fiscalização do Tribunal de Contas, etc. não são suficientes para enquadrar a entidade como pública ou privada, sendo mera consequência de sua integração à Administração, qualquer que seja o seu regime jurídico. É, primordialmente, o objetivo da entidade que pode exigir uma personalidade pública ou privada.

Daí ter se concluído que tanto poderiam existir “fundações de direito público” ou “fundações públicas”, como têm sido chamadas, como “fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público”.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, “Direito Administrativo em Debate”, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 169.

Já o artigo 175 da Carta Constitucional contempla a possibilidade de que a prestação de serviços públicos possa se dar mediante a execução indireta, caso em

que o poder público outorga a prerrogativa de prestar esse serviço a um ente alheio à estrutura administrativa.

Nesta última hipótese, de outorga da execução do serviço a uma entidade externa ao serviço público (normalmente uma empresa privada), o principal mecanismo jurídico através do qual se viabiliza a execução indireta é exatamente a concessão de serviço público.

“Concessão de serviço público” constitui um termo um tanto quanto desgastado, pois é também (impropriamente) utilizado quando o próprio estado cria uma entidade sua para gerir um serviço seu. Em assim sendo, não haverá uma legítima concessão, porque estaremos diante de um prolongamento do próprio estado, configurando-se uma simples administração direta descentralizada, conforme sempre ensinou o saudoso Hely Lopes Meirelles.

A real concessão se dá quando a outorga é transferida a um terceiro, alguém que não possui ligação, que não faz parte da estrutura governamental, como é o caso das empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

Mas há outras formas de se proceder à execução indireta. Atualmente existe um leque cada vez maior de formas de parcerias. Um exemplo mais claro é o das parcerias público-privadas. Há, ainda, as organizações não governamentais (ONGs), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

Traçado esse breve quadro concernente às formas de prestação de serviços públicos, torna-se possível seguir adiante rumo ao tema principal, que envolve a análise dos consórcios públicos.

### 3.2 Os convênios e consórcios tradicionais e os consórcios públicos

A apresentação de um exemplo, muitas vezes, é a forma mais simples de expor um determinado assunto e, no caso em exame, um dos exemplos mais relevantes de colaboração entre entidades públicas é o do Consórcio de Desenvolvimento do Vale do Paraíba - CODIVAP, que é, provavelmente, o consórcio mais antigo em operação no Estado de São Paulo.

Quando foi criado, o consórcio do Vale do Paraíba não se restringia apenas ao Estado de São Paulo, uma vez que abrangia inclusive municípios de Minas Gerais. Mas, no passado, essa forma de colaboração entre entidades públicas apresentava uma grande dificuldade, decorrente do fato de que não era dotada de personalidade jurídica. No passado, não havia um instrumento legal hábil que pudesse conferir personalidade jurídica a essas associações de entidades governamentais.

Pois é justamente nesse contexto que surgem os consórcios públicos. Para a implementação efetiva dos consórcios públicos na seara jurídica foi preciso uma alteração constitucional, que veio exatamente com a nova redação dada ao artigo 241, pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, a chamada emenda da Reforma Administrativa, que desencadeou um processo de modernização da gestão pública no Brasil.

Na realidade, não se trata de uma nova redação ao artigo 241, mas, sim, da supressão de um artigo originalmente constante do texto constitucional, com sua substituição por um artigo novo. O artigo 241 tratava de coisa completamente diferente. Aproveitou-se apenas o número 241 e criou-se um dispositivo novo que trata exatamente da possibilidade de instituição de consórcios públicos e convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

Entretanto, essa possibilidade aberta pela Constituição ficou esperando uma oportunidade para ser utilizada, pois, na senda aberta pela EC nº 19, em primeiro lugar, cuidou-se de desestatização (mediante a alienação do controle de empresas estatais) e das privatizações (com o revigoramento das concessões de serviços públicos), a depois cuidar-se do corpo central da Administração Pública.

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 resultados.

Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do artigo 37, foi acrescentado o princípio da eficiência. É óbvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.

A adoção do modelo gerencial acarretou uma série de outras conseqüências, 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.

### 4. Consórcios Públicos na legislação federal

Neste ponto, é conveniente transcrever o artigo 241 da Constituição Federal, para que se possa, depois, melhor entender o significado da legislação federal dele decorrente:

“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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

A previsão constitucional constante desse artigo deu ensejo ao surgimento da Lei Federal n. 11.107, datada de 6 de abril de 2005, que veio dispor sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, que é o tema central deste estudo e da qual cumpre aqui destacar o que há de principal em seu conteúdo.

Em primeiro lugar, a lei dispõe que esses consórcios públicos podem ter a forma de associação pública dotada de personalidade jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

Como se recorda, até pouco tempo atrás, havia uma pluralidade de atuações conjugadas de diversas entidades públicas, mas apenas por meio de convênios ou consórcios tradicionais, desprovidos de personalidade jurídica, funcionando como associações precárias, dependentes da constante renovação da vontade dos parceiros, exigindo sempre a busca constante de um consenso. Dessa forma, muitas vezes algo extremamente importante para o conjunto todo poderia ser desinteressante para um integrante, o que inviabilizava a realização da atividade ou programa de interesse geral.

Hoje, porém, é possível, depois da alteração do artigo 241 da Constituição Federal, e da edição da Lei Federal n. 11.107/2005, a existência de um consórcio público, constituído sob a forma de pessoa jurídica de direito público, capaz de ser titular de um serviço público, em caráter permanente. Essa pessoa jurídica é que buscará sempre a realização dos interesses públicos que ensejaram a sua criação. O interesse dessa pessoa jurídica não se confunde com os interesses específicos de cada uma das entidades que contribuíram para sua formação.

Dizendo melhor: o consórcio público não precisa estar sempre em busca da unanimidade, para não se fragmentar ou inviabilizar a realização de atividades de interesse geral. É preciso, entretanto, dispor de um processo democrático de tomada de decisões, que permita sempre salvaguardar interesses vitais da minoria e, inclusive, proporcionar compensações.

Outro ponto importante diz respeito ao fato de o consórcio público poder firmar convênios e contratos, outorgar concessões, promover desapropriações, receber auxílios, contribuições e subvenções, além de cobrar tarifas e preços. Vale dizer, trata-se de uma entidade pública que detém todas essas prerrogativas, devendo, por conseguinte, observar as normas de direito público sobre licitações e contratos, admissão de pessoal, contabilidade e prestação de contas, inclusive fiscalização pelo Tribunal de Contas competente.

Exatamente por se tratar de uma entidade nova é que foi necessário introduzir algumas modificações na legislação de licitações e contratações de modo a contemplar as peculiaridades dessa nova figura.

Esse novo instituto, especialmente destinado à gestão associada de serviços públicos, deve operar por meio da celebração de contratos de programas, nos

quais devem ficar estabelecidos os objetivos a serem atingidos, os meios a serem utilizados e as responsabilidades dos parceiros. Ou seja, através do contrato de programa se estabelece exatamente o que vai ser feito, e uma vez estabelecido o entendimento com relação aos objetivos e meios, a operação fica bem mais facilitada.

## 5. Repercussões no federalismo

Poder-se-ia perguntar em que medida essa nova figura, o consórcio público, interfere no sistema constitucional de distribuição de competências. A resposta que cabe a esta possível indagação é a seguinte: não interfere em nada. E nem poderia ser diferente, porque não se pode, por lei, alterar uma distribuição de competências que é feita pela Constituição.

Em outras palavras, a distribuição constitucional de competências tal qual prevista permanece a mesma; a grande vantagem é que esta nova entidade pública passa a ser titular do serviço do qual foi incumbida.

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.

Tal característica traz uma repercussão prática relevante porque possibilita uma aplicação ótima das receitas públicas e dos recursos naturais. Por exemplo, o consórcio público, reunindo várias entidades em uma só, proporciona uma economia de escala bastante significativa em termos de gestão. Isso porque, ao invés de haver vinte organismos gestores, haverá apenas um, o que significa dizer que o número de funcionários, o número de sistemas de controles, até instalações físicas bem menores, permite uma economia considerável de recursos.

Além disso, o consórcio público propicia também a utilização ótima dos recursos naturais. Figure-se, por exemplo, a existência de um Município pequeno, pobre, mas dotado de excelentes mananciais, mas sem recursos para sua exploração, nem população para consumir toda essa disponibilidade. De outro lado, vislumbre-se um outro Município, ao lado, atravessado por um rio grande, que tem ótima condição para disposição final de esgoto, mas a população gera poucos dejetos e a municipalidade não tem capacidade econômico-financeira para tratá-lo convenientemente.

Exemplifique-se, ainda, com um terceiro município na mesma região, que detenha uma alta densidade populacional, mas não tem nem manancial e nem local para a disposição final. Todavia, conta com uma população consumidora capaz de gerar recursos financeiros suficientes tanto para a captação, quanto para a disposição final sustentável. Diante desse quadro, é possível, mediante a instituição de um consórcio público, reunir tudo isso de tal maneira que haja uma somatória de interesses possibilitando a utilização e a aplicação ótima dos recursos naturais e econômicos disponíveis.

## 6. As diretrizes nacionais para o saneamento básico

Uma vez criada a possibilidade de instituição de consórcios públicos, pelo instrumento legal de 2005, dois anos depois sobreveio a lei nacional de diretrizes para o saneamento básico, a Lei n. 11.445, datada de 5 de janeiro de 2007.

Importante destacar, no entanto, que o seu artigo 1º estabelece duas espécies de diretrizes:

a) diretrizes nacionais para o saneamento básico e b) diretrizes para a *política federal de saneamento básico*. Na verdade, a tônica da lei está na política federal de saneamento básico, o que é extremamente relevante na medida em que já estabelece políticas públicas, de observância obrigatória para a Administração Pública federal, em matéria de saneamento básico.

“A estatuição de princípios e diretrizes em textos normativos tem a evidente finalidade de vinculação dos órgãos dos poderes públicos à sua observância, assim como a vinculação de sua atuação aos órgãos e instâncias controladoras, com a incorporação destes princípios e diretrizes nas ações e burocracias estatais, de sorte que os objetivos visados pelas políticas sociais possam se concretizar.

Neste sentido, não há margem para juízo de discricionariedade ao Poder Público. A positivação das metas e dos caminhos para sua consecução constitui, aliás, procedimento que, antes ausente no ordenamento, vem reduzir drasticamente o campo de discricionariedade da Administração, com razão ainda maior em virtude de tais políticas voltarem-se à realização de direitos sociais, imprescindíveis à dignidade de cada pessoa em sociedade.”

PATRICIA HELENA MASSA-ARZABE, “Dimensão jurídica das Políticas Públicas”, *in* Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, Maria Paula Dallari Bucci (Organizadora), Saraiva, 2006, p. 66.

Além disso, a lei cuida também de diretrizes nacionais, ao criar uma série de meios e instrumentos para permitir esta articulação entre diferentes níveis de governo. A União não pode legislar nessa matéria para o Estado e o Município, no sentido em que não pode estabelecer regras de conduta, ou formular políticas públicas estaduais e municipais, mas dispõe sobre mecanismos que possibilitam uma articulação dessas Administrações com a Administração federal, além de expedir alguns condicionamentos que terão de ser cumpridos por Estados e Municípios com o objetivo de ter acesso aos recursos financeiros federais.

Dessa forma, indiretamente, por meio do controle dos recursos, a União pode conseguir um comportamento adequado, um comportamento ajustado à política nacional, às diretrizes nacionais. Para se obter recursos federais é preciso que Estados e Municípios se instrumentem para isso, apresentando um planejamento, criando organismos de controle, evidenciando a efetiva possibilidade de aplicação correta dos recursos transferidos.

É nesse ponto que o consórcio público se apresenta como elemento bastante útil para o cumprimento desses condicionamentos.

A Lei n. 11.445/2007, ao cuidar dos princípios fundamentais, reporta-se, expressamente, à universalização do acesso e depois destaca a eficiência e a sustentabilidade econômica das ações a serem desenvolvidas:

“Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

...

VII - eficiência e sustentabilidade econômica.”

Imediatamente em seguida, passa a cuidar da cooperação entre diferentes entidades governamentais, fazendo menção expressa aos consórcios públicos e formulando um conceito de gestão associada:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...

II - gestão associada: associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal;”.

Para que se possa entender o significado da universalização do serviço, imagine-se uma área metropolitana, onde haja um Município que não atende as regras referentes à poluição ambiental. Essa falha inevitavelmente prejudica os Municípios vizinhos, pois a poluição não obedece às fronteiras políticas. Existem certos serviços que só podem funcionar de maneira integrada, em conjunto e, em situações como essa, a diretriz de universalização do acesso vai permitir ou incentivar a busca daqueles Municípios menores, mais fracos, que não têm recursos, mas cuja participação é essencial para o funcionamento do conjunto.

Em relação à eficiência e à sustentabilidade, está se falando em afastar de uma vez por todas a improvisação, as soluções meramente temporárias ou paliativas. Em vez disso, é preciso buscar uma atuação eficaz, eficiente, econômica e durável, permanente, sustentável ao longo do tempo. Ou seja, algo que solucione definitivamente os problemas ambientais existentes, permitindo, inclusive, que as estruturas e práticas administrativas estejam aptas a enfrentar novos problemas emergentes.

Há também, nessa lei, alguns pontos específicos de especial relevância que precisam ser mencionados, como é o caso do disposto em seu art. 8º, que se transcreve:

“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.”

O primeiro ponto diz respeito aos titulares dos serviços públicos de saneamento básico que poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços. Quem são os possíveis titulares? Aqui é importante salientar que, além da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, também os consórcios públicos, por serem dotados de personalidade jurídica de direito público, podem ser titulares.

Esse assunto é esclarecido mais adiante, no artigo 14, quando a lei se reporta à prestação regionalizada. Está dito no dispositivo legal que a prestação regionalizada dos serviços públicos é caracterizada pelo único prestador do serviço constituído por vários municípios, contíguos ou não, e pela uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive sua remuneração.

Trata-se, portanto, de uma pluralidade de municípios atuando em conjunto, harmonicamente, exatamente pela observância das diretrizes constantes da lei federal, que devem ser seguidas como condição para a obtenção dos recursos. A lei federal cuida de incentivar a associação de Municípios, ou seja, de incentivar a criação, exatamente, desses consórcios públicos.

Confira-se o mandamento legal:

“Art. 14. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico é caracterizada por:

- I - um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não;
- II - uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração;
- III - compatibilidade de planejamento.”

Em seguida, no artigo 15, a lei estabelece que na prestação regionalizada de serviços públicos, as atividades de regulação e fiscalização podem ser feitas por um ente da federação, integrante desse consórcio, ou por um consórcio público. Ou seja, o consórcio público, sendo pessoa jurídica de direito público, tem condição de ser um ente regulador, que vai exercer a fiscalização, *in verbis*:

“Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

- I - por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;
- II - por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.”

O artigo 16, por sua vez, deixando bem claro que as atividades regulatórias não se confundem com a mera execução dos serviços, prescreve o seguinte:

“Art. 16. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico poderá ser realizada por:

- I - órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação;
- II - empresa a que se tenham concedido os serviços.”

Portanto, a prestação regionalizada de saneamento básico poderá ser executada, de maneira direta, descentralizada, por órgão, autarquia, fundação de direito público ou consórcio público. Mas pode, também, ser desempenhada, de maneira indireta, por empresa privada, mediante a concessão dos serviços.

Na verdade, a lei permite que a entidade personalizada, dotada de personalidade jurídica de direito público, o consórcio público, possa exercer duas funções: tanto pode ser o agente fiscalizador, regulador; quanto pode ser o executante. Vale dizer que o consórcio público pode, alternativamente, assumir uma entre essas duas funções. O que não pode acontecer é a sobreposição das duas funções ao mesmo tempo, porque ninguém pode se auto-fiscalizar.

Ou, de um lado, é possível constituir um consórcio para ser o agente regulador e fiscalizador, que vai cuidar das outorgas ou, de outro lado, alternativamente, é possível constituir um consórcio público para ser o agente, o executante dos serviços. Quando o consórcio for o executante, a regulação necessariamente será expedida pela União, pelo Estado ou Município, conforme o caso. Quando o consórcio for o agente regulador em fiscalização, o mesmo pode outorgar concessões, cabendo-lhe, portanto, controlar a empresa privada concessionária do serviço.

## 7. Considerações finais

Essa plasticidade permite um ajustamento às peculiaridades de cada caso. O que se deve ter em mente, como algo muito importante, é a utilização de critérios eficientes para atender às peculiaridades de cada região, procedendo-se criteriosamente à escolha da melhor forma de atuação, sem preconceitos e acima das meras conveniências políticas dos ocupantes temporários do Poder.

Nesse passo, não é demais lembrar de que já fomos vítimas de um problema sério de preconceito contra as concessões para fins de privatização. Naquela oportunidade, muitos diziam que o concessionário teria por fim tão-somente a busca do lucro e, por isso, o serviço concedido ficaria mais caro. Ora, o concessionário precisa ter lucro, mas o lucro que ele pode obter vai depender de sua eficiência, daquilo que ele puder poupar com relação aos custos. A experiência tem demonstrado que os custos operacionais do concessionário são infinitamente menores de que os custos das mesmas obras e serviços realizados por administração direta.

Convém lembrar que o concessionário só poderá obter a concessão do serviço mediante licitação, ou seja, se obtiver a vitória em uma disputa com outros particulares interessados. Cabe ao Poder Público concedente zelar pela prestação do serviço pela menor tarifa possível. Quem fixa a tarifa é o poder concedente e, assim, para obter lucro, o concessionário tem, obrigatoriamente, que ser eficiente, já que não cabe a ele aumentar tarifas para compensar ineficiência ou desperdícios.

O que se pretende dizer, em síntese, é que não pode haver preconceitos; é preciso verificar diante de cada caso qual a melhor solução. Por isso, nesta abordagem genérica, somente é possível encaminhar alguma solução, posto que não existe uma solução, ótima, uniforme, que possa servir para todo e qualquer caso específico. É muito importante ressaltar que o consórcio público é um instrumento até agora não utilizado, mas que passou a ser disponível, na área de saneamento básico, com a edição das duas leis federais mencionadas anteriormente.

Vale destacar a perfeita adequação do consórcio público aos princípios e objetivos assinalados pela lei que estabelece as diretrizes nacionais de saneamento básico. As duas leis em questão, a que disciplina a instituição de consórcios públicos e a que estabelece o sistema nacional de saneamento básico, estão perfeitamente articuladas. Nesse sentido, o consórcio pode ser um instrumento eficiente de execução da política nacional de saneamento básico.

Certamente, iniciada a utilização dos consórcios públicos, surgirão dúvidas, contradições e questionamentos que serão resolvidos ao longo do tempo, através da experiência prática. Muitas vezes, com a maior diligência e a maior boa-fé, se imagina que uma dada solução se apresenta como sendo a melhor, mas a prática demonstra o contrário. Muitas vezes, no curso da execução do serviço, percebe-se alguma falha, mas isso pode ser corrigido ao longo do tempo.

A lei é muito nova e a doutrina não produziu nada mais aprofundado, até agora, a respeito dessa matéria. O mesmo se diz quanto à jurisprudência. No momento é importante mostrar o caráter dinâmico do direito. Há pouco tempo, as figuras analisadas sequer existiam; agora a legislação já possibilitou a sua criação, mas o delineamento completo delas vai ser construído aos poucos.

A reflexão se aplica à concessão de serviço público. Os grandes serviços públicos no Brasil desde o império se deram através de concessões. As primeiras ferrovias, ainda no tempo do Império, foram viabilizadas mediante concessões. Em São Paulo, os grandes serviços públicos no século passado eram prestados através de concessões.

Depois, durante muitos anos, nos tempos da estatização, a figura da concessão foi abandonada e substituída pelas empresas estatais. A concessão está sendo agora retomada, mas com um déficit muito grande de conhecimento a respeito disso, o que deverá ser corrigido pouco a pouco. O mesmo acontecerá com relação a essa matéria, qual seja a disciplina do funcionamento dos consórcios públicos.

Para ilustrar a evolução do direito, basta lembrar que a competência para a prestação de determinados serviços variou ao longo do tempo, especialmente porque a Constituição, quando se reporta ao Município, usa um conceito fluido, que é de peculiar interesse, ou predominante interesse, que não é exclusivo, mas apenas predominante. Esse conceito plástico permitiu ajustamentos ao longo do tempo, conforme aconteceu com o serviço de telefonia. Este já pertenceu à esfera municipal, e hoje é impensável falar em serviço de telefonia na esfera municipal.

Em matéria de saneamento básico, reporte-se à criação em São Paulo da COMASP, a Companhia Metropolitana de Águas de São Paulo. A COMASP era uma companhia metropolitana que foi criada antes que a Constituição tivesse qualquer previsão sobre áreas metropolitanas. Ou seja, no Estado de São Paulo já havia um serviço metropolitano antes da existência de previsão constitucional sobre a matéria.

No fundo, o grande critério para a definição da competência é a aptidão para a prestação do serviço: competente é quem for mais apto, quem tiver melhores condições para prestar o serviço. Diante dessa perspectiva, considerando que os consórcios públicos podem reunir, numa só entidade, várias pessoas governamentais que poderiam estar em disputa ou em conflito quanto à competência, é bastante provável que ele venha a funcionar como um instrumento que vai possibilitar o resgate de um déficit histórico vergonhoso na área de saneamento básico.