

JUSTINO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

PARECER

DATA: 06.11.2012

CONSULENTE: AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO DAS BACIAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E JUNDIAÍ – ARES-PCJ.

REF.: Direito administrativo. Serviço público de saneamento básico. Município. Agência reguladora. Consórcio público. Regulação e fiscalização. Gestão associada. Delegação de poderes. Convênio e cooperação.

Parecerista: Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira – Professor de Direito Administrativo na USP. Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Professor Visitante de Direito Administrativo na Universidade de Lisboa (2012-2013).

ÍNDICE

1.	Compreensão e interpretação do quesito	3
2.	Contextualização necessária do regime jurídico-normativo de saneamento básico no Brasil	3
2.1	Breve histórico do saneamento básico no Brasil	3
2.2	Natureza jurídica do saneamento básico	4
2.3	Formas de gestão do serviço de saneamento básico	6
3.	Titularidade dos entes federativos quanto ao serviço público de saneamento básico.....	8
3.1	Competências constitucionais e titularidade do serviço de saneamento básico	8
3.2	Competências infraconstitucionais e titularidade do serviço de saneamento básico	12
3.3	Competências e titularidade do serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas.....	13
3.4	Competências e titularidade dos consórcios públicos nos serviços de saneamento básico	18
4.	Atividades administrativas de regulação e de fiscalização: consórcios públicos na prestação direta, delegação e cooperação federativa	21
4.1	Natureza jurídica das atividades de regulação e de fiscalização.....	21
4.2	A entidade reguladora e o titular da atividade.....	22
4.3	Exercício direto do titular e delegação das atividades de regulação e de fiscalização pelos consórcios públicos.....	24
4.4	Regime de cooperação federativa e consórcios públicos.....	25
5.	Conclusão e resposta ao quesito.....	26

1. Compreensão e interpretação do quesito

A Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARES-PCJ muito nos honra com a consulta cuja finalidade é obter parecer jurídico para responder ao seguinte quesito:

“1. A ARES-PCJ foi constituída na forma de consórcio público e teve delegação de poderes pelos Municípios para a plena regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico. Os poderes delegados podem ser repassados a terceiros através de convênio ou outro instrumento de cooperação? O poder de polícia é ato delegável no presente caso?”

Introdutoriamente, estabelecemos que numa forma mais adequada de responder a contento ao quesito formulado, este será dividido em duas partes. A justificativa da resposta a ser apresentada está desenvolvida ao longo deste parecer, sendo que as questões específicas estão consolidadas junto com a conclusão, ao final do trabalho.

As bases interpretativas que orientarão a resposta deste parecer assentam-se na mais recente tecnologia jurídica de Direito Administrativo, ou seja, empregaremos conceitos advindos da Reforma do Estado¹, da Administração Pública Consensual, do novo modelo estatal de Estado Regulador, e dos desdobramentos do regime de cooperação federativa para saneamento básico.

Como metodologia de trabalho para elaboração do parecer realizamos a interpretação de leis, doutrina e jurisprudência. Foram ainda analisados documentos oficiais de órgãos e agentes governamentais do sistema de saneamento básico, bem como documentos fornecidos pela ARES-PCJ, e obtidos autonomamente, relativos à constituição desta Agência. Também foram analisadas estruturas já formatadas, análogas à da Agência.

2. Contextualização necessária do regime jurídico-normativo de saneamento básico no Brasil

2.1 Breve histórico do saneamento básico no Brasil

¹ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2012.

O saneamento básico foi sempre visto com uma questão de relevância nacional, e sua evolução acompanha o grande processo migratório da população rural, devido a diversos fatores como a industrialização, rumo às cidades ao longo do século XX. Porém os investimentos e políticas públicas, não foram proporcionais a este processo, explicando assim o grande déficit para com a demanda encontrado até o início da década de 30.

Mudanças contundentes e de abrangência nacional no quadro de saneamento básico só puderam ser encontradas a partir de 1967 com as políticas que estruturariam, posteriormente, o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA). Neste período o Banco Nacional da Habitação (BNH) ficou responsável pelo gerenciamento do Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), sendo este sistema e o Plano de Metas e Bases para Ação do Governo – criado em 1969 – bases do PLANASA.

A particularidade do PLANASA foi, através de uma grande modificação estrutural, ter expandido os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, tendo a União como ente responsável pela coordenação e apoio financeiro. Sua extinção, em 1992, deixou o sistema de saneamento básico à mercê de políticas públicas infrutíferas como o Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), explicando o atual quadro confuso de competências em matéria de saneamento básico.

A participação privada no setor se acentua na década de 1990 com o Programa de Assistência Técnica à parceria Público-Privada em Saneamento (PROPAR) e o Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Saneamento (FCP/SAN).

O vigente marco regulatório foi criado no Governo Lula, durante o qual a política do PMSS foi rompida, em busca de uma remodelagem institucional do setor, sendo a Lei Federal nº 11.445/07 (responsável pelas diretrizes nacionais para o saneamento básico e pela política federal de saneamento básico, e regulada pelo Decreto Federal nº 7.217/10).

2.2 Natureza jurídica do saneamento básico

A expressão “saneamento básico” não encontra um conceito unívoco no ordenamento jurídico pátrio e na doutrina. Nascida do Decreto-Lei nº 248/67, a expressão se limitava ao plexo de atividades de abastecimento de água e

esgotamento sanitário. De outra senda, a concepção de saneamento básico pode ser mais abrangente, chegando-se a argumentar que o saneamento básico cola-se por essencial à dignidade humana, sendo elevado à categoria de direito fundamental².

Por conseguinte, outros diplomas legais – de ordem constitucional, inclusive – optam por ampliar o rol de atividades para abranger atividades de higidez ambiental, vinculando o saneamento básico à saúde pública e à qualidade de vida. Tal o caso da Constituição do Estado de São Paulo, que prevê (*art. 216, §3º*):

“as ações de saneamento deverão prever a utilização racional da água, do solo e do ar, de modo compatível com a preservação e melhoria da qualidade da saúde pública e do meio ambiente e com a eficiência dos serviços públicos de saneamento”

A própria Lei Federal nº 11.445/07, marco regulatório do setor, adota conceito extensivo de saneamento básico ao compreender as atividades de abastecimento de água potável (*art. 3º, I, “a”*), esgotamento sanitário (*art. 3º, I, “b”*), limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (*art. 3º, I, “c”*), e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (*art. 3º, I, “d”*).

Interessante notar que o conceito de saneamento básico abrange atividades cujos regimes jurídicos distintos, e que não são executadas de forma unificada; iremos revisitar esta questão em momento posterior.

Mas se voltando à questão da natureza jurídica do saneamento básico *per se*, fato é que, pelo modo como a Constituição Federal de 1988 apresenta o saneamento básico, elencado em dispositivos que apontam núcleos de atuação estatal, deve aquele ser entendido como *um plexo de serviços públicos*. Servindo-se do inobjetável conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público seria:

“Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”³

² DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 143.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p-665.

Assim, há uma identidade jurídica entre os serviços de saneamento básico e o conceito de serviço público. O saneamento básico é um plexo de atividades de incumbência estatal, ainda que admitida a execução privada, preconizada pelo artigo 175 da Constituição Federal. Ainda, constitui serviços que são intrínsecos à garantia de um patamar mínimo de qualidade de vida humana digna.

A Lei Federal nº 11.445/07 sedimenta este entendimento, afastando qualquer dúvida acerca da natureza da atividade, se de *serviço público* ou de *atividade econômica* nos moldes do artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal. A referida lei, em seus dispositivos, associa o saneamento básico a serviço público, a exemplo de seu art. 2º, que trata dos princípios vetores dos “serviços públicos de saneamento básico”.

2.3 Formas de gestão do serviço de saneamento básico

Um dos princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, e que justamente representa um dos maiores desafios – se não o maior – para a formulação de políticas públicas do setor, é a **universalização do acesso ao saneamento básico**.

Nas palavras de Vinícius Marques de Carvalho,

“(...) o saneamento não admite excluídos. É imperioso entender que a universalização dos serviços de saneamento básico é um objetivo que não pode ser tratado, pelo menos numa sociedade periférica, em que vige um processo de urbanização espacialmente e socialmente segregador, de maneira segmentada. A universalização exige, para a sua própria eficácia social, estratégias concertadas e planejadas, até porque universalizar os serviços de saneamento significa, em primeiro lugar, garantir a todos o acesso à rede de distribuição de água e de coleta de esgoto, assegurar que ninguém seja excluído do serviço devido à incapacidade de pagamento e, por fim, garantir o tratamento do esgoto coletado.”⁴

Neste sentido, temos defendido que

“(...) a elaboração de uma política estatal de modernização é mais condizente com o que a sociedade contemporânea espera do Estado: atualização constante frente às demandas sociais, promoção dos necessários ajustes e afastamento de indesejáveis

⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de. *O Direito do Saneamento Básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 334

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

distorções em sua estrutura e funcionamento, gerando, por meio de suas ações, intervenções e regulações, melhores e maiores benefícios à população.”⁵

Assim, não se poderia vislumbrar que o exercício da gestão do saneamento básico – que envolve a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços –, ficasse adstrito ao ente titular dos serviços.

Sem a pretensão de ora esgotar o tortuoso tema da titularidade do serviço, tema que merecerá capítulo próprio neste parecer, impende tratar da atual forma de gestão do serviço público de saneamento básico.

Desprendendo-se do monopólio natural do Estado no setor de saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445/07 segue os ventos da reforma administrativa⁶ e, na esteira do artigo 241 da Constituição Federal⁷, prevê i) a gestão associada e ii) a participação privada na gestão dos serviços.

A gestão associada consiste na “associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público”⁸, a quem o titular delega a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços de saneamento básico⁹. Quanto à participação privada na gestão dos serviços, por meio de concessões normatizadas pela Lei nº 8.987/95, ainda que tormentoso seja o tema¹⁰, é uma realidade inconteste no que toca a prestação do serviço público essencial de saneamento básico.

Para os fins desse parecer, daremos relevo à gestão associada por consórcios públicos, modelo de gestão que privilegia a cooperação entre os entes

⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 44.

⁶ “Reforma administrativa exprime uma das vertentes da *reforma do Estado*, representando um conjunto de medidas direcionadas a modificar as estruturas, organização, funcionamento, tarefas e instrumentos da Administração Pública, com a finalidade de melhor capacitá-la para servir aos fins do Estado e aos interesses da sociedade.” (OLIVEIRA, Gustavo Justino. Op. cit., p. 37-38).

⁷ 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).

⁸ Art. 3º, “d”, II, Lei Federal 11.445/07.

⁹ Art. 8º, Lei Federal 11.445/07.

¹⁰ “Embora com relação aos aspectos econômicos e financeiros a concessão dos serviços [de saneamento básico], de modo geral, tenha acarretado um aumento de investimentos na expansão dos serviços, no tocante à sustentabilidade social e ambiental não houve avanços importantes.” (CARVALHO, Vinícius Marques de. Op. cit., p. 422)

federativos titulares do serviço, tendo o condão de promover segurança jurídica aos gestores públicos e assegurar o atendimento ao direito social ao saneamento básico.

3. Titularidade dos entes federativos quanto ao serviço público de saneamento básico

3.1 Competências constitucionais e titularidade do serviço de saneamento básico

O federalismo é a forma adotada pelo Estado brasileiro, declarado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, de modo que seus entes federados são dotados de autonomia, importando capacidade de autogoverno circunscrita pelas competências¹¹ delineadas pela Constituição Federal.

Logo, a natureza federativa de um Estado pressupõe repartição de competências – modalidades de poder – a fim de que se possa garantir a autonomia dos entes federados, estabelecendo-se, assim, equilíbrio entre eles.

O sistema de repartição de competências dos entes federados eleito pela Constituição Federal de 1988 consiste em enumerar poderes reservados à União e aos Municípios, conferindo-lhes a possibilidade de delegação. Quanto aos estados-membros, estes ficam com os poderes remanescentes; na melhor técnica, “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.” (art. 25, §1º, CF).

O sistema de repartição de competências é orientado pelo princípio da predominância de interesses: à União caberão poderes relativos a questões de interesse nacional; aos Estados, os de interesse regional; e, aos Municípios, os assuntos de interesse local, aposentando-se a expressão “peculiar interesse”.

O entrelaçamento de interesses de diversas naturezas – nacional, regional e local – é comum à realidade do Estado moderno. Neste sentido, não há se falar em exclusividade de um interesse (federal, estadual ou municipal), mas sim a

¹¹ “Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções” *In*: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 479.

preponderância de um deles sobre os demais, utilizando-se, então, o *critério da predominância* para apontar a competência do ente federado.

Contudo, é forçoso reconhecer que não há uma parametrização estanque da Constituição Federal, estabelecendo critérios incontestáveis para se atestar a preponderância de um interesse sobre o outro, relativamente a algumas matérias.

E diante desta ausência de parametrização, assenta-se a dificuldade de determinação da titularidade específica dos serviços públicos de saneamento básico entre os entes federativos.

Em relação à União, o texto constitucional estabelece como de sua competência *fixar diretrizes para o saneamento básico* (art. 21, XX). Tais diretrizes não são de ordem meramente programática, mas evidenciam competência executiva e estruturante da União para fixar as políticas públicas e soluções a serem adotadas para o desenvolvimento deste setor.

Fica então para a União o papel de coordenar as funções públicas para o setor de saneamento básico e, pelo que veremos adiante, assinala um desejo de um relacionamento cooperativo para a execução destas funções.

Aliás, este relacionamento cooperativo é expresso pelo art. 23, IX, CF, ao dispor que:

“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Delineado o papel da União no sistema de saneamento básico, resta a polêmica questão da determinação da titularidade dos Estados-membros e Municípios para a gestão do saneamento básico.

Antes de adentrar no tema, pontuamos aqui algumas premissas.

Inicialmente, entendemos que a questão não deve ser abordada sob a ótica de um conflito de competências constitucionais em matéria de saneamento básico, justamente pelo fato de que a Constituição não é clara neste sentido.

Devemos compreender que a polêmica acerca da titularidade dos serviços de saneamento básico advém de disputas político-ideológicas para fazer valer o interesse de um ente federativo em detrimento de outro. De certa forma, o cenário é positivo quando Estados-membros e Municípios querem fazer predominar seu interesse para serem titulares do serviço, pois assim haveria concordância quanto à necessidade de efetiva prestação do serviço aos usuários, o que seria diferente

num cenário em que os entes federativos se abstêm, por entender que não seria de sua competência exercê-lo.

Por outro lado, para que a disputa pela titularidade do serviço se traduza num benefício ao usuário, deve haver consonância entre Estados-membros e Municípios para se unirem em cooperação, superando o entrave e proporcionando aos usuários a fruição da utilidade pública. Sem o intuito de nos adiantarmos, este posicionamento em favor da cooperação, entabulado pelas diretrizes gerais emanadas da União e pelo próprio sistema federativo, é o que defendemos.

Tendo sido feitas estas considerações, adentramos no tema das competências constitucionais dos Estados-membros e Municípios quanto aos serviços públicos de saneamento básico.

A competência municipal em matéria de prestação de serviços públicos é disciplinada na Constituição Federal pelo artigo 30, V, *in verbis*:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”

Entendemos ser este dispositivo aplicável aos serviços públicos de saneamento básico, eis que possuem caráter essencial. Contudo, novamente vem à luz a questão do interesse local, o que nos remete ao já tratado princípio da preponderância de interesses. Para se afirmar que o serviço público de saneamento básico é de titularidade do Município, teria de ser serviço de interesse predominantemente local e, diante da ausência de uma parametrização objetiva, a aferição do interesse local é feita de forma casuística.

Quanto aos Estados-membros, sua competência para a prestação de serviços públicos – à exceção dos serviços locais de gás canalizado, cuja titularidade é expressamente sua (art. 25, § 2º, CF) – é residual, ou seja, aqueles que não são de titularidade da União (art. 21, X, XI, XII, “a” a “f”, CF) nem dos Municípios (art. 30, V, CF).

Outra forma de enfrentar a questão parte de uma análise de competências constitucionais de cada atividade que compõe o sistema de saneamento básico, retomando o conceito trazido pelo artigo 3º, I, da Lei Federal nº 11.445/07. Ou seja, desmembra-se o plexo de atividades que compõem o saneamento, para então se aferir qual o titular de cada uma delas.

A distribuição de água, a captação e o tratamento de esgoto são atividades que evidentemente possuem sensível interesse local, podendo ser prestadas singularmente pelos Municípios, prescindindo da participação do Estado-membro e da União.

Nesse ponto argumenta-se que o fato da titularidade dos recursos hídricos - essenciais para a prestação dos serviços de saneamento básico - não ser do Município, poderia retirar dele a titularidade destes serviços¹². Vemos por discordar.

A titularidade do bem não necessariamente induz à titularidade do serviço. Entendemos que a titularidade dos recursos hídricos pela União (art. 20, III, CF) ou pelos Estados-membros (art. 26, I, CF) não tem o condão de atribuir a estes entes a titularidade dos serviços públicos correlatos. Primeiro porque não há regime jurídico uno ou concentrado para as atividades de abastecimento e distribuição de água, esgotamento e a própria produção do bem. Em segundo lugar, a Lei Federal nº 11.445/07 expressamente dispõe que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico (art. 4º).

Dessa forma, reconhecemos que sempre haverá interesse local na prestação dos serviços de saneamento básico, de forma que *mister* se faz a participação municipal na execução de políticas deste setor, mesmo que por outras vias legislativas se reconheça a competência estadual ou federal para determinadas atividades de saneamento básico.

Ademais, não é outro o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“Muitas, entretanto, são as atividades que, embora tuteladas ou combatidas pela União e pelos Estados-membros, deixam remanescer aspectos da competência local, e sobre os quais o Município não só pode como deve intervir, atento a que a ação do Poder Público é sempre um poder-dever. Se o Município tem o poder de agir em

¹² Para Marçal Justen Filho, “mas há outro critério de cunho objetivo que permite identificar a titularidade do serviço. Trata-se da titularidade dos bens públicos dos quais se extraem as utilidades materiais necessárias à prestação do serviço público. Se um serviço público envolver a exploração de bens públicos, a titularidade do serviço deverá reputar-se como pertencente ao ente público titular de seu domínio.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado pelo professor doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a minuta de anteprojeto da lei da política nacional de saneamento básico*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf> e complementado pelo <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_2.pdf>. Acesso em 15 out. 2012.)

determinado setor, para amparar, regulamentar ou impedir uma atividade útil ou nociva à coletividade, tem, correlatamente, o dever de agir, como pessoa administrativa que é, armada de autoridade pública e de poderes próprios para a realização de seus fins.”¹³

3.2 Competências infraconstitucionais e titularidade do serviço de saneamento básico

A Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, conhecida como Lei de Saneamento Básico, além de marco regulatório do sistema é também marco do exercício pela União de sua competência constitucional¹⁴ em matéria de saneamento básico, no sentido de definir diretrizes para o sistema.

A expectativa era de que referida lei pudesse resolver a tortuosa questão da titularidade dos serviços de saneamento básico, ao apontar sobremaneira qual o ente federativo titular.

Porém, a par de complicações que poderiam advir deste ato jurígeno, a atribuição de competências a um ente federativo em detrimento de outros por norma infraconstitucional cujo papel seria de definir diretrizes, a lei restou silente e se limitou a mencionar, em seu artigo 8º¹⁵, a existência de *titulares*, preocupando-se em verdade com a *forma de exercício* desta titularidade.

Também resposta não se encontrou no Decreto Federal nº 7.217, editado em 21 de junho de 2010. Ao regulamentar a Lei de Saneamento Básico, o decreto definiu como titular “*o ente da Federação que possua por competência a prestação de serviço público de saneamento básico*” (art. 2º, VII).

Como se percebe, o Decreto visa a se reportar à Constituição Federal para desvendar a questão das competências. Longe de solucionar a questão, apenas faz retornar à origem do problema.

O silêncio infraconstitucional federal quanto à titularidade dos serviços de saneamento básico reverbera nas esferas legislativas estaduais. É o caso da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1.025/07, que criou a Agência

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 123.

¹⁴ Art. 21, XX, CF

¹⁵ 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.

Reguladora ARSESP e traz regulação especial para o saneamento básico e gás canalizado no Estado.

Contra dispositivos¹⁶ desta lei tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4028-6. Dos principais argumentos nela contidos, tem-se o fato da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1.025/07 não determinar quais seriam os serviços de saneamento básico de titularidade estadual – uma questão de vício formal e material –, dessa forma, impossibilitando a aplicação harmônica e segura da lei¹⁷.

Logo, o substrato legal que pauta o sistema de saneamento básico não oferece subsídios para dirimir as dúvidas quanto à titularidade destes serviços.

O que se pode inferir é que efetivamente existe amparo e incentivo legais para a criação de modelos de gestão compartilhada de serviços públicos de seus *titulares*, pretendendo-se com isso que a indeterminação dos entes federativos competentes não represente óbices à concretização do sistema, podendo-se eleger ajustes casuísticos.

3.3 Competências e titularidade do serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas

A concepção de um agrupamento regional de territorialidades com a finalidade de desenvolvimento conjunto de localidades não é inovação na história urbanística do país.

A região metropolitana é uma manifestação da ciência jurídica brasileira que, sob os auspícios da Constituição Federal de 1967, e movida pelo processo desordenado de urbanização no país, articulou-se face às disparidades econômicas, sociais e políticas que surgiam em municipalidades contíguas.

O regime jurídico das regiões metropolitanas é trazido pelo artigo 25, §3º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual

“os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de

¹⁶ Artigos 1º, 6º, 7º, 11, 14, 39, 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 63.

¹⁷ Vide petição inicial, p.30 §4, disponível para consulta em www.stf.jus.br, Acesso em: 24 out. 2012.

municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”.

Pretendendo ser exaustiva, a Constituição Estadual de São Paulo dispõe em seu artigo 153, §1º:

“considera-se região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assumam destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração sócio-econômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.”

Impende pontuar que houve mudanças no tratamento jurídico ofertado à região metropolitana, no que tange à titularidade de seu instituidor, desde a sua origem pela Emenda Constitucional nº 848 à Constituição Federal de 1967 até o advento da atual Constituição Federal que hoje a disciplina. Inobstante, a região metropolitana jamais foi concebida como um ente federativo autônomo, não sendo dotada de personalidade jurídica política.

A região metropolitana é criada pelo Estado-membro, à sua conveniência e discricionariedade, tendo caráter de divisão administrativa. Como tal, é unidade parte da Administração direta ou indireta do Estado-membro, a depender da lei complementar estadual que a originou. E sendo parte integrante do Estado-membro, sua atuação se restringe a matérias de competência estadual.

Significa dizer então que a criação de uma região metropolitana não extrai a autonomia dos demais entes federados – premissa fundamental do federalismo brasileiro –, muito menos a autonomia municipal¹⁸.

A região metropolitana busca reunir áreas conurbadas, a melhor dizer, Municípios, para ordenar as funções públicas que não podem ser geridas de forma isolada ou parcial, quando se pretende o desenvolvimento destes Municípios de forma igualitária. Contudo, isto - definitivamente - não implica retirada de competências que lhes foram constitucionalmente outorgadas.

Isto é, não se poderia vislumbrar que o legislador constituinte tenha pretendido dotar o Estado-membro de uma ferramenta jurídica de natureza discricionária, que tivesse o condão de avocar competências municipais e cedê-las

¹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O Saneamento Básico e o Direito - Uma Visão Dos Principais Problemas Jurídicos in Direito Público: Estudos Em Homenagem Ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 511-522.

ao Estado-membro¹⁹. Seria negar o pacto federativo, ao negar a capacidade do Município de decidir sobre sua própria organização política e legislativa.

O que pode ocorrer dentro de uma região metropolitana é a atuação conjunta, consciente e legalmente autorizada, de Estado-membro e Municípios diante de decisões de interesse regional, de titularidade do primeiro. Dessa forma, ações dos entes federados, conjuntas de persecução do interesse regional são estimuladas, porém, daí a afirmar a avocação de competências municipais pela criação de uma região metropolitana é um tortuoso caminho que se trilha.

Sedimentando este entendimento, para Pedro Estevam Alves Pinto Serrano,

“(...) a Região Metropolitana tem como um de seus traços caracterizadores tratar-se de ente integrante da administração estadual, realizando atos no interior da esfera de competência do Estado-membro. Assim, o que será objeto da gestão da Região Metropolitana são os serviços e atividades que incumbem ao Estado-membro e que se realizam no interior da Região Metropolitana.”²⁰

Dessa forma, é seguro dizer que a região metropolitana pode exercer as competências que a Constituição atribuiu aos Estados. Por ser uma unidade administrativa estadual, a região metropolitana exerce competência de titularidade do Estado-membro.

Neste ponto, abordaremos a questão da titularidade do serviço público de saneamento básico no âmbito de uma região metropolitana, sem eleger o ente titular do serviço, mas sim pretendendo demonstrar que a inserção de um Município em região metropolitana não retira dele eventual titularidade do serviço.

Isso posto, restabelecemos que a titularidade dos entes federados concernente ao serviço de saneamento básico em nada se altera em face da instituição da região metropolitana.

A melhor dizer, serviços de titularidade do Município não deixam de sê-lo, ainda que este integre uma região metropolitana, nem Estados-membros são agraciados com titularidade que deles não seja originariamente.

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão Associada de Serviços Públicos e Regiões Metropolitanas in Direito Público: Estudos Em Homenagem Ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 549-560.

²⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Região Metropolitana e seu regime constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.p. 193

O que ocorre é o dever municipal de observância a condicionantes para a prestação desse serviço de forma regionalizada, por conta do interesse metropolitano. Em se tratando do saneamento básico, esse interesse metropolitano se justifica por uma preocupação de que Municípios conurbados adotem soluções de gestão do saneamento básico completamente dissonantes, gerando, assim, um colapso no sistema e o pleno desatendimento às necessidades sanitárias dos munícipes.

Devemos ter em consideração a seguinte ressalva:

“A homogeneidade material de serviços municipais conurbados não os torna integrantes da competência estadual por este simples fato. O serviço de coleta de lixo, por exemplo, é prestado por cada um dos Municípios de determinada Região Metropolitana. Não é o fato de serem prestados concomitantemente por Municípios conurbados que autoriza o Estado a avocar sua gestão, como propõe parte da doutrina já anteriormente referida. Este não é o significado da expressão “serviço comum” que enseja a criação da Região Metropolitana.”²¹

A existência de interesses metropolitanos – que superam os limites deste ou daquele Município – na gestão do saneamento básico não transfere a titularidade destes serviços ao Estado-membro. Exige, em verdade, coordenação e integração de soluções por meio dos entes titulares do serviço.

Aliás, este é o desiderato da Lei Federal nº 11.445/07 ao instituir a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico (art. 14), que demanda unicidade na prestação dos serviços, uniformidade na fiscalização e regulação destes, e compatibilidade de planejamento – são estes os condicionantes a que aludimos.

Tomemos como exemplo, portanto, a Lei Complementar Estadual paulista nº 870, de 19 de junho de 2000, que cria a região metropolitana de Campinas. O dispositivo nela inserido, prevê:

*“Art. 10 - As funções públicas de interesse comum serão definidas pelo Conselho de Desenvolvimento entre os seguintes campos funcionais:
(...)
IV - saneamento básico”*

A redação do dispositivo indica meramente que os serviços públicos de saneamento básico são de interesse metropolitano, e comportam solução concertada entre Estado-membro e Municípios. Ou seja: abre-se o caminho para

²¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves. *Op. cit.*, p. 195

adoção dos mecanismos de cooperação entre os entes federativos estabelecidos pelas diretrizes gerais da União quando da edição da Lei Federal nº 11.445/07.

Tal entendimento, porém, não emerge sem polêmicas.

Mencionamos a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1842/RJ, no ano de 1998, questionando a instituição de região metropolitana do Rio de Janeiro atraindo competências municipais.

O julgamento desta ADIn pelo Supremo Tribunal Federal ainda não se concluiu, porém há votos que pugnam pelas duas vertentes: o então relator, Ministro Maurício Corrêa, proferiu voto no sentido da legitimidade da assunção das competências municipais pelo Estado-membro, enquanto o Ministro à época, Nelson Jobim, entendeu pela inconstitucionalidade da lei, eis que a região metropolitana é meramente unidade administrativa, não sendo dotada de personalidade política.²²

Outro precedente jurisprudencial ressonante é o da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de lei municipal nº 109.600.0/3, proposta contra a Lei Municipal de São Paulo nº 13.670/03, que dispunha sobre serviços públicos municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Ao julgar procedente a ação, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que

“Ainda que o Município de São Paulo possa legislar sobre saneamento básico, considerando que, no caso, existe um interesse regional, não desponta interesse local exclusivo do Município da Capital que justifique a edição da lei inquinada. Se são de vários municípios os interesses na existência de um sistema de saneamento básico, essencial para a saúde das populações da região metropolitana, não há restringir-se a competência tão somente ao Município de São Paulo para legislar sobre o tema, que se insere no contexto maior da entidade regional, coordenada pelo Estado”²³

Por outro lado, como pondera Ricardo Marcondes Martins, citando precedentes,

“apesar de considerar que o serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas é de titularidade estadual, o Tribunal de Justiça de São Paulo,

²² Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Estadual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

²³ Trecho retirado da ementa do acórdão.

quando aprecia questões de responsabilidade civil relacionadas ao serviço de saneamento, sempre condena o Município e não o Estado."²⁴

À nossa vista, assim, não se opera transferência de titularidade da organização, prestação, fiscalização ou regulação dos serviços de saneamento básico. A titularidade do Município, quando advinda de competência constitucional, no sentido da predominância do interesse local, não é objeto de avocação pelo Estado-membro, mesmo que se sustente haver nela uma tônica regional. Aliás, a Constituição Federal, em seu artigo 35, *caput*, traz regra clara da não intervenção estadual nos Municípios.

Portanto, a região metropolitana não retira do Município a sua autonomia – a capacidade de autogoverno, autolegislação, autoadministração, e do exercício de suas competências constitucionais. A região metropolitana, como divisão administrativa estadual, apenas confere caminhos para o ordenamento de soluções conjuntas, visando um desenvolvimento igualitário e concreto de áreas urbanas absolutamente interligadas.

Ao inserir no texto constitucional a possibilidade da criação de regiões metropolitanas, o constituinte pretendeu fornecer um mecanismo jurídico para fazer cumprir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF). Jamais pretendeu fornecer a um dos entes federados um instrumento legal de avocação de competências constitucionais, pondo em risco, assim, o pacto federativo que lhe foi tão caro.

3.4 Competências e titularidade dos consórcios públicos nos serviços de saneamento básico.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, trouxe a redação vigente do artigo 241 da Constituição Federal, formatando um modelo gerencial de serviços públicos cooperativo entre os entes federados: o consórcio público.

Dela erigiu a Lei Federal nº 11.107/05, a Lei Geral de Consórcios, a qual seria posteriormente regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.017/07.

24 MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. In: DAL POZZO, A., OLIVEIRA, J. (Coord.). *Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 127.

O consórcio público resulta da livre associação das entidades federativas, para perseguir objetivos que lhes sejam comuns. O consórcio público é constituído por meio de contrato, antecedido de subscrição do protocolo de intenções (art. 3º, Lei Federal nº 11.107/05) e posteriormente ratificado pelo legislativo competente.

Diferentemente de figuras como a região metropolitana, aglomerações urbanas, microrregiões, os consórcios públicos são dotados de personalidade jurídica própria, de direito público ou privado²⁵. Para fins deste parecer, focaremos nos consórcios constituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito público.

A dotação de personalidade jurídica pública própria ao consórcio, inovação trazida pela Lei Federal nº 11.107/05²⁶, permite que ele efetivamente possa perseguir os objetivos que sejam a razão de sua instituição, por exemplo, a consecução de serviços públicos, sem se sujeitar a interesses pontuais dos entes federativos que dele participam.

Para além da inovação da personalidade jurídica, a Lei Geral de Consórcios atribui a eles maiores poderes para perseguir seus objetivos, como previsto no art. 2º, § 3º:

“(...)outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor”.

Neste sentido, entendemos que

“O parágrafo explicita a atribuição dos consórcios públicos para outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos, revestindo-se, portanto, da qualidade de poder concedente.”²⁷

Fazemos alguns comentários.

Na gestão associada de serviços públicos, aos consórcios públicos são transferidas competências dos entes federados consorciados (art. 4º, XI, “a”, Lei

²⁵ Arts. 1º, § 1º e 6º, Lei Federal nº 11.107/05.

²⁶ BORGES, Alice Maria Gonzáles. *Os consórcios públicos na sua legislação reguladora*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, jul. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31330>>. Acesso em: 03 nov. 2012.

²⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MEDAUAR, *Op. cit.*, p. 45 .

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Federal nº 11.107/05), de natureza diversa daquela esposada pelo artigo 175²⁸ da Constituição Federal.

Porém, quando afirmamos que os consórcios públicos se revestem da qualidade de poder concedente, não significa que eles recebam a titularidade da competência dos entes consorciados.

A transferência de competência aos consórcios públicos é feita pelo contrato precedido do protocolo de intenções, ou seja, tem *origem contratual*. Diversamente do que ocorre com outras figuras da Administração Pública descentralizada, cuja competência tem origem *ex lege*²⁹.

Por isso, não comungamos da tese de que na prestação de serviço público, a dotação de personalidade jurídica tem o condão de conferir a ele a titularidade do serviço³⁰.

Entendemos que as competências são transferidas para o consórcio, para que faça as vezes do titular, mas não que passam a sê-lo. Ainda, os objetos dos consórcios públicos devem se restringir às competências constitucionais dos entes federativos que os integram³¹, não se podendo vislumbrar que realizem atividades cuja competência é de ente federativo distinto.

“Se de um lado, vulnera a autonomia municipal a avocação de serviços e atividades municipais de Municípios conurbados pela Região Metropolitana, de outro lado vulnera a competência estadual constitucionalmente estabelecida a assunção por consórcios Municipais de serviços de natureza regional, titularizados pelo Estado-membro.”³²

Em se tratando de um consórcio público intermunicipal, não se pode pretender que este tome por si e para si serviços de competência estadual ou

²⁸ “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

²⁹ Art. 37, XIX, Constituição Federal

³⁰ “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.” In DALLARI, Adilson Abreu. *Consórcio Públicos e Saneamento Básico in Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1975. p. 63

³¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MEDAUAR, Odete. *Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35.

³² SERRANO, Pedro Estevam Alves. *Op. cit.*, p. 194

federal, a menos que se entenda que tais competências se encontrem no rol de competências comuns do artigo 23 da Constituição Federal.

Lembrando que tais competências comuns não esgotam as matérias de interesse comum que poderiam levar os entes federativos a se associarem, de forma que não há necessidade de identidade entre objetivos de interesse comum e competências constitucionais comuns.

Em matéria de saneamento básico, o consórcio público demonstra que a indeterminação do titular do serviço não é óbice para a consecução deste, pois incentiva uma pluralidade de ações. Observe-se o dispositivo da Lei nº 11.445/07:

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.

Assim, à medida que o ente federativo se associa em consórcio público para fins de gestão do sistema de saneamento básico, como melhor veremos no item 4.3, o consórcio público passa a executar diretamente as atividades de regulação, organização e fiscalização do serviço.

4. Atividades administrativas de regulação e de fiscalização: consórcios públicos na prestação direta, delegação e cooperação federativa

4.1 Natureza jurídica das atividades de regulação e de fiscalização

A Lei Federal nº 11.445/07, além de representar marco legal para o sistema de saneamento básico, foi também o início de uma maior presença da regulação na prestação destes serviços públicos, haja vista que dedica a ela todo o Capítulo V.

Veremos a seguir que as atividades de regulação e fiscalização são parte de um processo de modificação do modelo estatal, e cuja natureza jurídica possui independência do conceito clássico de poder de polícia.

A reforma administrativa do Estado, à qual já fizemos menção, começou a dar contornos regulatórios firmes ao Estado. O modelo do Estado regulador traz uma concepção de subsidiariedade, e não de intervencionismo, no sentido de que o Estado, ao deixar de ser executor exclusivo, assume o compromisso político de regular e fiscalizar a execução das utilidades de interesse público.

A marca deste novo modelo de Estado é, portanto, a regulação, da qual a fiscalização é consequência. Neste contexto, a regulação é uma atividade estatal de ingerência nos comportamentos de sujeitos públicos e privados, com o diferencial de que busca orientar estas condutas para a efetivação das políticas públicas.

“Uma característica essencial da regulação reside na sua natureza exclusivamente normativa. A regulação consiste na adoção de normas e outros atos estatais, sem se traduzir na aplicação dos recursos estatais para o desempenho direto de alguma atividade no domínio econômico-social. A regulação estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados.”³³

A regulação, assim, embora empreste competências do poder de polícia administrativa para seu exercício, com ela não se identifica. O poder de polícia, na concepção clássica, é uma competência estatal que limita a liberdade e a propriedade do particular em favor da coletividade, resguardando, assim, a ordem pública.

Neste sentido, o poder de polícia administrativa se destina a disciplinar a autonomia privada, como forma de manutenção de um *status quo* de ordem pública. Por outro lado, a regulação se destina a investir contra condutas (de origem pública ou privada) que possam obstar a execução de políticas públicas, impedindo, assim, o próprio desenvolvimento nacional. Com a regulação não se busca a manutenção, mas sim a transformação.

Portanto, ainda que empreguem instrumentos característicos do poder de polícia administrativa, a regulação e a fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico não integram, a rigor, o conceito de polícia administrativa. Em verdade, constituem-se em atividade estatal derivada do modelo de Estado regulador, para implementação de diretrizes do saneamento básico.

4.2 A entidade reguladora e o titular da atividade

Ensina-nos Hely Lopes Meirelles que

“A regulamentação e controle do serviço público e de utilidade pública caberão sempre e sempre ao poder público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros,

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 649.

estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controla-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público”³⁴

Assim, não se pode vislumbrar a possibilidade de se transferir esta atividade estatal a ente alheio à Administração Pública. Portanto, salutar o Decreto Federal nº 7.217/10, instrumento regulamentador da Lei Federal nº 11.445/07, ao indicar a Administração Pública como possível executor da regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Confira-se o que dispõe o mencionado decreto:

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

IV - entidade de regulação: entidade reguladora ou regulador: agência reguladora, consórcio público de regulação, autoridade regulatória, ente regulador, ou qualquer outro órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados”.

Deste conceito, obtemos alguns dados. É inconteste que quem regula e fiscaliza não pode ser um particular nem o próprio prestador do serviço.

Enfim, esta variedade de sujeitos só é possível por conta da possibilidade de delegação da regulação pelos titulares do serviço de saneamento básico, que exploraremos a seguir. Aqui, fazemos uma observação: o mencionado decreto, ao disciplinar sobre a titularidade, elege o ente federativo constitucionalmente competente para a prestação do serviço. Não devemos interpretar que o titular é o prestador do serviço, porque esse pode ser tanto pessoa de direito público como privado.

A prestação a que faz referência o decreto ao tratar do titular, é a prestação genérica, ou seja, direta – a oferta da utilidade pública fruível – e indireta – a fiscalização, regulação, organização.

Conforme percebido, se não é possível admitir o exercício da atividade de regulação por particular, muito menos se pode afirmar que um particular possa ser o detentor originário desta atividade.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p-355.

4.3 Exercício direto do titular e delegação das atividades de regulação e de fiscalização pelos consórcios públicos

O artigo 23, § 1º, da Lei Federal nº 11.445/07 autoriza que:

“A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.”

Assim, ao mencionar entidade reguladora, remetemo-nos à gama de sujeitos trazida pelo art. 2º, IV, do Decreto Federal nº 7.217/10. Desta miríade de sujeitos, damos enfoque àquele aventado pelo art. 8º da Lei Federal nº 11.445/07: o consórcio público.

Por força deste dispositivo, o ente federativo titular delega ao consórcio público a regulação e a fiscalização da prestação dos serviços de saneamento básico.

Como vimos alhures, os entes federados transferem competências ao consórcio público para que possam executar diretamente o objeto causa de sua constituição (art. 4º, XI, “a”, Lei Federal nº 11.107/05). Assim, a atuação do consórcio público tem, como regra geral, natureza delegada.

Todavia, quiseram a Lei Federal nº 11.445/07 e mais tarde o Decreto Federal nº 7.217/10 dar trato diverso à natureza do exercício da competência transferida ao consórcio público, no que tange às atividades de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico.

Observe-se o Decreto Federal nº 7.217/10, que dispõe:

Art. 31. As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular:

I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou

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

§ 1º O exercício das atividades administrativas de regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá se dar por consórcio público constituído para essa finalidade ou ser delegado pelos titulares, explicitando, no ato de delegação, o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a ser desempenhadas pelas partes envolvidas [grifos nossos]

Como se vê, para o regime jurídico-normativo de saneamento básico, o exercício pelo consórcio público das atividades de regulação e fiscalização é equivalente ao exercício do titular destas atividades, ou seja, do ente federado.

Fazemos apenas uma nota quanto ao artigo em comento. Ao se referir à execução *direta* e à execução *mediante delegação*, ele faz distinção de que a primeira refere-se àquela que é realizada por consórcio do qual o titular participa, enquanto que a segunda é aquela feita por consórcio do qual o titular não participa. Por outro lado, a Lei Federal nº 11.445/07, em seu artigo 8º, fala em *delegação* do ente federado, titular da regulação e da fiscalização, ao consórcio público, sem fazer distinção de que faça parte ou não.

Devemos então entender que quando o artigo 8º da Lei Federal nº 11.445/07 trata de delegação, na verdade se refere ao *procedimento de atribuição de objeto ao contrato de consórcio público*, que deve ser celebrado pelos entes federativos tendo em vista objetivos de interesse comum, respeitados os limites constitucionais, na boa interpretação dos artigos 1º a 3º da Lei nº 11.107/05.

Assim, em se tratando de consórcios públicos de saneamento básico do qual o titular da competência faça parte, a execução da atividade objeto do contrato de consórcio é feita de maneira direta, como se pelo titular fosse.

Lembrando que esta atribuição de competências tem caráter contratual, de forma que mesmo para os consórcios públicos de saneamento básico, não há avocação da titularidade da competência. A peculiaridade dos consórcios públicos de saneamento básico é que, para as atividades acima referidas, são equiparados aos entes federativos titulares quanto ao modo de execução destas atividades.

4.4 Regime de cooperação federativa e consórcios públicos

No setor de saneamento básico, a cooperação federativa não é somente incentivada pelo regime jurídico-normativo a que se submete, como é essencial para a viabilização das diretrizes que regem o setor, em face da polêmica de titularidade dos serviços. Mencionamos, assim, a prestação regionalizada e a gestão associada.

Os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federativos são instrumentos de operacionalização da gestão associada. Pelo

objeto deste parecer, fixemo-nos na gestão associada, no papel dos consórcios públicos na cooperação federativa, com ênfase na regulação do serviço público de saneamento básico.

Temos então duas fases da gestão associada: a primeira sendo os entes federados reunidos em consórcio público, e a segunda a atuação dos consórcios públicos dentro da gestão associada.

A primeira fase é guiada precipuamente pela já mencionada lei de consórcios públicos, Lei Federal nº 11.107/05, e seu decreto regulamentador, Decreto Federal nº 6.017/07, no que tange à celebração do contrato que constitui o consórcio.

Quanto à segunda fase temos que, na atuação dos consórcios públicos na regulação e fiscalização, quando da realização de seus objetivos, podem eles firmar *contratos de programa* ou *convênios de cooperação*, a depender da finalidade destes instrumentos.

Entendemos que

“Ao determinar que os consórcios públicos têm personalidade jurídica, e portanto são sujeitos de direitos e obrigações por si próprios, a Lei Federal 11.107/2005 deixa claro, no art. 2º, § 1º, inc. I, ser possível celebrar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza. Quanto aos convênios, inúmeras são as possibilidades de formar tais ajustes com órgãos e entes públicos em geral, integrantes ou não do consórcio. (...) Citem-se ainda convênios com outros consórcios públicos e com entidades privadas, entre as quais empresas e organizações não governamentais. Em relação aos contratos, o inc. I utiliza o termo contrato em sentido amplo, sem especificação. Nos casos dos consórcios dotados de personalidade de direito público (associações públicas), não há dúvidas quanto à aplicação das normas de direito público, por exemplo, a Lei Federal 8.666/1993.”³⁵

5. Conclusão e resposta ao quesito

As atividades de saneamento básico são serviços públicos, cuja titularidade não foi especificada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Deram mais ênfase à cooperação entre os entes federados para a gestão destes serviços, pretendendo-se assegurar chances maiores de universalização do serviço e eficiência econômica e social.

³⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MEDAUAR, *Op. cit.*, p. 36 .

Emprega-se o *princípio da predominância de interesses* para aferir a competência dos entes federados, não sendo necessária a exclusividade de um interesse, seja ele local, regional ou nacional. Os serviços de saneamento básico sempre tem presente o interesse local, de forma que o Município é sempre co-titular da competência neste setor, que não seja de outra forma expressamente atribuída a outro ente federado. Nem mesmo a existência de interesse regional por conta da existência de região metropolitana tem o condão de afastar competência municipal de atuação em seu território.

Neste contexto de cooperação federativa, os consórcios públicos surgem como instrumento de viabilização da gestão associada da prestação em sentido amplo dos serviços de saneamento básico. Criados por entes federados para perseguir interesses comuns, os consórcios públicos passam a ser os titulares (art. 31, Decreto Federal nº 7.217/10). No regime jurídico-normativo de saneamento básico, o exercício da regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico por consórcios públicos é execução direta dos titulares, os entes federados que os integram.

Quanto às atividades de regulação e fiscalização dos serviços do setor, embora tenham nuances de poder de polícia, não o são. O modelo de Estado regulador advindo da reforma administrativa criou a atividade estatal de regulação orientadora da conduta de sujeitos privados e públicos, para não desviá-los da condução das políticas públicas para o desenvolvimento nacional.

Para a consecução de suas finalidades, os consórcios públicos são dotados de personalidade jurídica própria, o que os torna capazes de firmar atos contratuais, mormente *convênios* – que podem ser firmados com outros consórcios – e *contratos de programa*, dirigidos para a prestação de serviços em sentido estrito, firmados entre os consórcios públicos e outros entes federados.

Estabelecidas estas premissas, debruçamo-nos sobre o quesito formulado, passando a responde-lo pontualmente, considerando que as premissas de nossa resposta estão expressas ao longo deste parecer.

É o que segue.

A ARES-PCJ foi constituída na forma de consórcio público e teve delegação de poderes pelos Municípios para a plena regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico. Os poderes delegados podem ser

repassados a terceiros através de convênio ou outro instrumento de cooperação?

O objetivo de interesse comum que encetou a criação da ARES-PCJ pelos Municípios consorciados, conforme expresso no artigo 6º do Estatuto Social da ARES-PCJ, é o *exercício da regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico* nas localidades destes entes consorciados.

O que se entende por *poderes delegados* (conforme o quesito) e *delegação de competências* dos Municípios paulistas à ARES-PCJ (art. 8º, I, Estatuto Social) nada mais é do que um depósito de capacidades no consórcio público, permitindo que ele seja o titular para atingir os objetivos comuns a todos estes Municípios, sem que haja algum entrave representado por interesses pontuais de determinado Município.

Tornando-se titular destas capacidades, poderia *prima facie* a ARES-PCJ dispor delas. Porém vejamos os fatores limitadores: i) existência de disposição estatutária autorizativa de celebração de atos contratuais pela ARES-PCJ; ii) conveniência e necessidade de celebração do instrumento cooperativo; iii) regime jurídico ao qual se submete o *terceiro*; iv) natureza e amplitude do objeto que se pretende “delegar”; v) possível anuência do Município consorciado interessado.

i) Existência de disposição estatutária autorizativa de celebração de atos contratuais pela ARES-PCJ

O Estatuto Social da ARES-PCJ, seguindo a Lei Federal nº 11.107/05, estipula em seu artigo 8º, II, que o consórcio, para cumprir suas finalidades e objetivos, pode firmar convênios, contratos, parcerias e acordos de qualquer natureza.

Logo, não há impedimento para a celebração de instrumentos de cooperação.

ii) Conveniência e oportunidade de celebração do instrumento cooperativo

Ao pretender celebrar o instrumento cooperativo, a ARES-PCJ deve fazer uma avaliação da conveniência e oportunidade da avença, isto é, parametrizar a real necessidade de estabelecimento de uma cooperação, e em que medida isso contribui para a consecução dos interesses comuns dos Municípios consorciados para os quais foi criada.

iii) Regime jurídico ao qual se submete o *terceiro*

As atividades de regulação e fiscalização dos serviços públicos só podem ser exercidas pelo Poder Público. Como os serviços públicos são voltados para o atendimento de necessidades da população, é presente o interesse público na sua escorreita consecução. Portanto, o seu titular não pode pretender delegá-lo a sujeito alheio à Administração Pública direta ou indireta, ainda mais porque há discricionariedade na execução das tarefas de regulação e fiscalização.

Estabelecida essa premissa, o terceiro a que se refere a ARES-PCJ em seu quesito deve necessariamente ser órgão da Administração Pública direta ou entidade da Administração Pública indireta.

Ademais, a natureza do instrumento de cooperação a ser celebrado pela ARES-PCJ dependerá também deste *terceiro* conveniente. Caso este seja outro consórcio, pode ser proposta a via do convênio; caso seja outro ente federativo, pode-se pensar em contrato de programa. Contudo, atemo-nos à resposta desse quesito à possibilidade ou não de celebração de instrumento de cooperação, e não na natureza jurídica do instrumento, vez que desconhecido o outro contratante.

iv) Natureza e amplitude do objeto que se pretende “delegar”

Não podem ser objeto de instrumento de cooperação as totalidades de capacidades atribuídas à ARES-PCJ pelos Municípios, de forma que se esvazie o objeto estatutário do consórcio. Isto é, não pode a ARES-PCJ pretender ceder competências, mesmo que num ambiente de cooperação, a ponto de tornar o consórcio sem razão de existir.

Aliás, também deve ser levado em consideração o fato de que por se tratar de um consórcio intermunicipal, a ARES-PCJ exerce apenas competências municipais. Dessa forma, não se pode vislumbrar um tipo de ajuste que possa transferir ou compartilhar competências que, primeiro, não sejam de titularidade municipal e, segundo, possam comprometer de alguma forma o pacto federativo pelo desequilíbrio de repartição de competências dos entes federados.

v) Possível anuência do Município consorciado interessado

O sistema de exercício de regulação dos serviços de saneamento básico proposto pela Lei de Saneamento Básico e seu decreto regulamentador institui que o exercício se dá por consórcio público ou é delegado pelo titular.

Apesar de o regime jurídico-normativo de saneamento básico atribuir a titularidade da função ao consórcio público, a questão não fica clara quanto à possibilidade de o consórcio público – criado para regulamentar e fiscalizar – disponibilizar estas capacidades, ainda que em cooperação federativa, sem conhecimento do ente federado que lhe as concedeu.

Dessa forma, seria recomendável à ARES-PCJ realizar consulta junto ao Município cujo interesse local se reflete diretamente na celebração do instrumento de cooperação, a fim de conferir transparência e tônica de legitimidade à avença. Demonstrando-se que não há intenção da ARES-PCJ de ceder competências em desfavor de determinado Município.

Inobstante, para conferir segurança à ARES-PCJ na realização desta consulta, recordemo-nos do *caput* do artigo 10 do Estatuto Social da ARES-PCJ, *in verbis*:

“É obrigação do Município consorciado adotar medidas administrativas que apoiem e viabilizem a consecução dos objetivos da ARES-PCJ, cumprindo e fazendo cumprir o presente Estatuto e o Contrato de Consórcio Público.”

O poder de polícia é ato delegável no presente caso?

Entendemos que a regulação e a fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico são atividades estatais que emprestam competências do poder de polícia administrativa, porém, polícia administrativa não o são.

Neste sentido, mostramos como interpretamos o *poder de polícia* ao qual se refere o art. 10, II, do Estatuto Social da ARES-PCJ.

O poder de polícia administrativa consiste numa competência de coibir a conduta dos particulares, limitando sua liberdade e propriedade para a manutenção de um estado de ordem. Devemos compreender que a reforma administrativa pela qual passa o Estado brasileiro fez surgir a figura da regulação que, ao se imiscuir nas condutas de particulares e sujeitos públicos, visa orientar estas condutas na consecução de políticas públicas para o desenvolvimento nacional. É desta figura que tratamos.

Dessa forma, vemos que a regulação e a fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, como entidades estatais, podem ser objeto de transferência, observando-se sempre que estas atividades repousem sobre o Poder Público, jamais a um particular.

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Não somente vemos possibilidade, como também reconhecemos ser salutar a medida - especialmente em se tratando de áreas de prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico - onde se deve ter a uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços.

Estabelecidas estas premissas e observadas as ressalvas feitas, não vislumbramos prejuízo na celebração de acordos cuja finalidade seja a efetiva cooperação da ARES-PCJ com demais entes, para que, além de cumprir com seus objetivos próprios, possa ofertar à população melhorias na gestão dos serviços públicos de saneamento básico.

É o nosso parecer, s. m. j.

São Paulo, 06 de novembro de 2012.



Gustavo Justino de Oliveira

Professor de Direito Administrativo na USP.

Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra.

Professor Visitante de Direito Administrativo na Universidade de Lisboa

Ex-Procurador do Estado do Paraná. Advogado em São Paulo. Árbitro.