

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA



CBHSF

**RELATÓRIO CONTENDO VERSÃO PRELIMINAR
DE ESTUDOS DE ALTERNATIVAS DE MODELOS
INSTITUCIONAIS DE AGÊNCIAS DE BACIAS
ADEQUADOS À SITUAÇÃO ATUAL DA BACIA DO
RIO SÃO FRANCISCO**

PRODUTO 3

MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA

Julho de 2007

Versão de 25.07.2007

INDICE

1. INTRODUÇÃO	6
2. AGÊNCIA DE ÁGUA.....	7
2.1. ENTIDADE NOVA	8
2.1.1. AUTARQUIA.....	8
2.1.1.1. Vinculação administrativa	8
2.1.1.2. Procedimentos legais – União e Estados - para criação da entidade.....	9
2.1.1.3. Patrimônio.....	9
2.1.1.4. Estrutura organizacional	9
2.1.1.5 . Dirigentes e pessoal	10
2.1.1.6. Contratações	10
2.1.1.7. Controle	10
2.1.2. FUNDAÇÃO PÚBLICA	11
2.1.2.1. Vinculação administrativa	15
2.1.2.2. Procedimentos legais - União e Estados - para criação da entidade.....	15

	3	
2.1.2.3. Patrimônio.....	162.1.2.4. Estrutura organizacional	17
2.1.2.5. Dirigentes e servidores		17
2.1.2.6. Contratações		17
2.1.2.7. Controle		17
2.1.3. CONSÓRCIO PÚBLICO DE DIREITO PÚBLICO.....		18
2.1.3.1. Vinculação administrativa		21
2.1.3.2. Procedimentos legais – União e Estados - para criação da entidade.....		23
2.1.3.3. PATRIMÔNIO		27
2.1.3.4. Estrutura organizacional		29
2.1.3.5. Dirigentes e servidores		31
2.1.3.6. Contratações		32
2.1.3.7. Controle		33
2.2. ENTIDADES EXISTENTES, COM ATUAÇÃO NA BACIA DO RIO SÃO FRANCISCO		34
2.2.1. COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA - CODEVASF.....		34
2.2.2. DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS DE COMBATE ÀS SECAS - DNOCS.....		36

	4
3. ENTIDADES DELEGATÁRIAS	39
3.1. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO	39
3.1.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA	40
3.1.2 PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA CRIAÇÃO DA ENTIDADE	41
3.1.3. PATRIMÔNIO	41
3.1.4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL.....	41
3.1.5. DIRIGENTES E SERVIDORES	42
3.1.6. CONTRATAÇÕES.....	42
3.1.7. CONTROLE.....	42
3.2. CONSÓRCIO PÚBLICO DE DIREITO PRIVADO	43
3.2.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA	45
3.2.2. PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA CRIAÇÃO DA ENTIDADE	45
3.2.3. PATRIMÔNIO	49
3.2.4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL.....	51
3.2.5. DIRIGENTES E SERVIDORES	52
3.2. 6. CONTRATAÇÕES.....	53
3.2.7. CONTROLE.....	54

	5
3.3. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS	55
3.3.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA	57
3.3.2. PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA CRIAÇÃO DA ENTIDADE	57
3.3.3. PATRIMÔNIO	58
3.3.4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL.....	58
3.3.5. DIRIGENTES E SERVIDORES	59
3.3.6. REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÕES.....	59
3.3.7. CONTROLE.....	60
3.4. ORGANIZAÇÕES CIVIS DE RECURSOS HÍDRICOS.....	60
3.4.1. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL	61
3.4.2 ASSOCIAÇÃO DE USUÁRIOS	62
3.4.3. ORGANIZAÇÕES TÉCNICAS E DE ENSINO E PESQUISA	62
3.4.4. ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS - ONGS.....	63
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1. INTRODUÇÃO

O Relatório 3 tem por objeto apresentar as alternativas de modelos jurídicos – públicos e privados - existentes no direito brasileiro, que poderão ser adotados para constituir a Agência da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco. O detalhamento de cada alternativa deverá servir de apoio às negociações e deliberações no âmbito do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco.

Nessa linha, as variáveis a serem estudadas referem-se a: 1. Agência de Água, nos termos da Lei nº 9.433/97, cujo modelo institucional já foi estudado no Relatório 2 e 2. Entidade Delegatária, regida pela Lei nº 10.881/04, também objeto de estudo no Relatório 2.

Para a alternativa Agência de Água, será detalhada 1. a formatação jurídica e institucional de uma entidade nova, a ser criada especificamente para exercer as funções de Agência de Água. Nesse capítulo, será feita a descrição do regime jurídico de cada modelo a ser estudado: 1. autarquia; 2. fundação de direito público e 3. consórcio público de direito público. Serão também abordadas, sob o prisma das normas instituidoras, duas entidades que já atuam na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco: a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF e o Departamento Nacional de Obras Contra a Seca – DNOCS.

Para o modelo de Entidade Delegatária, será descrito o regime jurídico de cada alternativa: 1. fundação de direito privado, 2. consórcio público de direito privado e 3. associação civil sem fins lucrativos. Nesse último item, serão abordados os consórcios intermunicipais, as associações de usuários, as organizações técnicas, as organizações não governamentais - ONG's, passíveis de receber delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH - para exercerem as atribuições das Agências de Água, exceto a cobrança, mediante celebração de contrato de gestão com a ANA, o mesmo valendo para os Estados que tiverem previsão legal desse modelo em sua legislação.

O detalhamento regime jurídico de cada uma das alternativas conterà os seguintes aspectos:

1. Vinculação administrativa, de acordo com a natureza pública ou privada da entidade. Se pública, ao Ente Federado e se privada, ao setor interessado;
2. Procedimentos legais para criação da entidade, de acordo com a natureza jurídica da mesma;
3. Patrimônio: natureza pública, privada ou mista;
4. Estrutura organizacional da entidade, consistindo dos órgãos que a compõem;
5. Dirigentes e Servidores, no que se refere às normas sobre indicação para nomeação dos dirigentes e contratação de pessoal;
6. Regime jurídico de contratações, englobando serviços, obras e fornecimentos de bens e materiais;
7. Controle dos atos dos representantes da entidade, no exercício de suas atribuições.

2. AGÊNCIA DE ÁGUA

A Agência de Água é entidade necessariamente instituída por lei,¹ caracterizando a sua natureza pública². Sendo de natureza pública, e desde que sua lei de criação o autorize, a Agência pode proceder à cobrança pelo uso dos recursos hídricos de domínio do ente que a tiver instituído.

¹ O art. 37, XIX da Constituição Federal determina que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

² As exceções dessa afirmação seriam a empresa pública e a sociedade de economia mista, modelos que não serão considerados no presente estudo, já que sua natureza jurídica refoge às funções da Agência. A fundação pública de direito privado é abordada em item específico.

2.1. ENTIDADE NOVA

No modelo institucional da Agência de Água, serão estudadas, no item das entidades que seriam criadas com o propósito específico de atuarem como Agências de Água: 1. a autarquia; 2. a fundação pública e 3. o consórcio público.

2.1.1. AUTARQUIA

A figura jurídica da autarquia está definida no Decreto-lei nº 200/67, em seu art. 5º, inciso I. Trata-se de “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

As autarquias possuem personalidade jurídica própria, sujeitando-se a direitos e encargos, sempre como pessoa jurídica pública.

O regime jurídico das autarquias é o que consta de cada lei específica, no ato de criação. Não existe, como no caso dos consórcios públicos, uma norma geral dispendo sobre essa entidade, além do DL nº200/67.

2.1.1.1. Vinculação administrativa

A autarquia vincula-se administrativamente ao ente Federativo que a criou. Se for uma autarquia federal, estará necessariamente vinculada a um Ministério, se estadual, a uma Secretaria de Estado e, se municipal, a uma Secretaria Municipal.

Nas autarquias, a vinculação ocorre apenas com um único ente político: União, ou Estado, ou Município, inexistindo, no campo das autarquias, a possibilidade de vinculação a mais de um ente político. Entende-se que a vinculação tem como referência o órgão da Administração direta cujas competências se coadunem com as finalidades da entidade.

2.1.1.2. Procedimentos legais – União e Estados

- para criação da entidade

A autarquia somente pode ser instituída por lei específica (CF/88, art. 37, XIX). Em termos de procedimento, cabe ao Poder Executivo propor a criação, encaminhando ao Legislativo a proposta de criação da entidade, mediante minuta de anteprojeto de lei, resultante de um processo administrativo que tramitou na Administração Direta interessada em criar a nova entidade.

A autarquia ingressa no mundo jurídico quando o Poder Executivo sanciona e publica a lei de criação da fundação aprovada pelo Congresso Nacional, Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores, de acordo com a entidade Federativa que a criar.

2.1.1.3. Patrimônio

Para atingir suas finalidades legais, a autarquia, possui patrimônio e receita próprios, fixados pela lei de sua criação, ou seja, os bens das autarquias não se confundem com os bens da Administração direta a que estão vinculadas. Esses bens são geridos pelas próprias autarquias, consoante as normas de direito financeiro aplicáveis.

A autarquia será vinculada a um único ente Federativo – União ou Estado, assim como sua contabilidade e sistema de direito financeiro.

Poderá administrar recursos de outros Estados, em conta específica, desde que autorizada por leis estaduais para exercer essa atribuição. Nesse caso, cada Estado reconheceria, mediante lei, a entidade como sua Agência de Água, dispondo de suas atribuições.

2.1.1.4. Estrutura organizacional

A estrutura organizacional da autarquia é definida na lei de criação. Tendo em vista que se aplicam à autarquia os mesmos preceitos que informam a

atuação dos órgãos da Administração Direta³, qualquer que seja a estrutura organizacional não se prevê a participação da sociedade civil em seus conselhos. Em geral, possui um Presidente e Diretores ou Superintendentes. Poderá ter conselho Deliberativo ou Consultivo.

2.1.1.5 . Dirigentes e pessoal

Os dirigentes das autarquias são livremente nomeados e exonerados pelo Chefe do Executivo da Administração direta a que a entidade está vinculada.

A contratação de pessoal deve ser precedida de processo seletivo e o vínculo é da CLT ou o dos funcionários públicos (CF/88, art. 37, II), conforme definido na lei de criação. Independe de concurso público a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF/88, art. 37, IX).

2.1.1.6. Contratações

As autarquias submetem-se à Lei nº 8.666/93 e legislação correlata para as licitações e contratações (arts. 1º, § único e 119).

2.1.1.7. Controle

A autarquia, como entidade da Administração Indireta, sujeita-se ao controle do Tribunal de Contas do ente político que a tiver criado (CF/88, arts. 70⁴ e 71⁵), assim como ao controle parlamentar.

³ Conforme Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, São Paulo: RT, 2001, p. 79.

⁴ CF/88 - Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

⁵ CF/88 - Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II

2.1.2. FUNDAÇÃO PÚBLICA

Antes de tratar especificamente das fundações de direito público, cabe tecer algumas considerações sobre o instituto da fundação no direito brasileiro, que se aplicam tanto às fundações públicas como às de fundações de direito privado.

A figura da fundação origina-se no Direito Civil e tem por finalidade servir a um fim de utilidade pública. Seu elemento essencial é um patrimônio⁶ destinado à realização de certos fins, que ultrapassam o âmbito da própria entidade e de seus instituidores, indo beneficiar terceiros estranhos a ela⁷. Esse patrimônio é vinculado ao fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas.

- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

⁶ A fundação não é uma associação de pessoas: os instituidores são pouco relevantes para a sua atuação. O que vale é a finalidade à qual o patrimônio está vinculado.

⁷ Di Pietro, M. Sylvia, Direito Administrativo, 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 427.

A fundação pode ser instituída por pessoas físicas ou jurídicas. As pessoas jurídicas são de direito público ou de direito privado. Interessa aqui tratar das fundações instituídas pelo Poder Público, denominadas fundações públicas.

As fundações públicas foram introduzidas na Lei nº 7.596/87, que alterou a redação dos arts. 4º e 5º do Decreto – lei nº 200/67, diploma legal que estabelece normas gerais sobre a organização da Administração Pública Federal e a Reforma Administrativa.

A expressão “normas gerais” significa que a aplicabilidade da lei possui abrangência em todo o território nacional. Não se restringe à União. E os Estados podem detalhar as normas gerais estabelecidas, para adequação às necessidades e características locais, assim como os Municípios, quando for o caso. Mas sempre prevalecerá a norma geral.

Segundo Alice Gonzalez Borges, “normas gerais são aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência. A bem da ordem harmônica que deve manter coesos os entes federados, evitam-se, desse modo, atritos, colidências, discriminações, de possível e fácil ocorrência.”⁸ A esse respeito, José Afonso da Silva enfatiza que “a competência da União para legislar sobre *normas gerais* não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados” e do Distrito Federal.⁹

Voltando às fundações públicas, a lei determina que se trata de “entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem fins

⁸ *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, RT, 1991, p. 27.

⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 477.

lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes” (Lei nº 7.596/87, art. 5º, inciso IV). Fazem parte da Administração Indireta (Lei nº 7.596/87, art. 4º, I) e do ente político a que estão vinculadas. Note-se que a Lei nº 7.596/87, que introduziu essa figura na Administração Pública nacional é anterior à Constituição de 1988. A nova Carta colocou a fundação, de um modo geral, sob as mesmas regras das autarquias, o que significa que as fundações públicas de direito privado então existentes, que não se submetiam de forma estrita ao controle nem às regras do direito público, passaram a possuir natureza autárquica, por força da CF/88.

Isso não eliminou a figura da fundação pública de direito privado. Quando o Poder Público institui uma pessoa jurídica sob a forma de fundação, ainda pode atribuir a ela o regime jurídico de direito público, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou de direito privado, subordinado ao Código Civil. Mas fica assegurada, sempre, a aplicabilidade das normas de direito público, sobretudo no que se refere a contratações, pessoal e controle, tendo em vista a participação do Estado. Essa interpretação decorre, como já foi dito, do fato de a Constituição Federal ter incluído as fundações públicas – independentemente de sua personalidade jurídica – no rol das entidades regidas pelo art. 37¹⁰, equiparando essas entidades, às autarquias.

¹⁰ O art. 37 estabelece que a Administração Pública rege-se pelos seguintes princípios: legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. A legalidade refere-se à necessidade de norma legal para fundamentar as ações do Poder Público. A publicidade consiste na necessidade de expor à sociedade as ações desenvolvidas pela Administração, com base no princípio da transparência. A impessoalidade tem a ver com a objetividade com que devem ser tratadas as questões públicas, independentemente das pessoas envolvidas. A moralidade administrativa corresponde ao cumprimento das normas e demais princípios aplicáveis ao direito administrativo. A eficiência, para os propósitos deste estudo, relaciona-se com a efetiva aplicação das normas legais, de modo a realmente modificar a situação anterior à norma.

Em qualquer dos casos, trata-se da categoria da fundação, patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

À vista dessas considerações, pode-se definir a fundação instituída pelo Poder Público como patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com a capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei¹¹.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são as seguintes as características ¹² da fundação instituída pelo Poder Público:

1. dotação patrimonial, que pode ser inteiramente do poder público ou semi-pública e semi privada;
2. personalidade jurídica, pública ou privada, atribuída por lei;
3. desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social, ficando presente a idéia de descentralização de uma atividade estatal e também a de que a fundação é a forma adequada para o desempenho de funções de ordem social, como saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras, precisamente pelo fato de ela objetivar fins que beneficiam terceiros estranhos à entidade;
4. capacidade de auto-administração;
5. sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração Direta, nos limites estabelecidos em lei.

No que se refere às fundações públicas com personalidade jurídica de direito público, são características das mesmas:

1. presunção de veracidade e executoriedade dos seus atos administrativos;

¹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 428.

¹² *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 428.

2. inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, pois sua personalidade jurídica já decorre de lei;
3. não submissão à fiscalização do Ministério Público;
4. impenhorabilidade dos seus bens e sujeição ao processo especial de execução estabelecido no art. 100 da Constituição juízo privativo (Fazenda Pública).

De qualquer modo, no caso das fundações públicas de direito privado, permanece a obrigatoriedade de submissão ao regime jurídico de direito público para as contratações, pessoal e controle.

Cabe salientar que a Constituição Estadual de Minas Gerais, em seu art. 14, § 5º, somente permite ao Estado instituir e manter fundação cuja natureza jurídica seja de direito público, o que equivale, na prática, a uma autarquia.

2.1.2.1. Vinculação administrativa

A fundação pública vincula-se administrativamente ao ente que a criou. Se for uma fundação federal, estará necessariamente vinculada a um Ministério; se estadual, a uma Secretaria de Estado e, se municipal, a uma Secretaria Municipal. Entende-se que a vinculação tem como referência o órgão da Administração direta cujas competências se coadunam com as finalidades da entidade.

Nas fundações públicas, a vinculação ocorre apenas com um único ente político: União, ou Estado, ou Município, inexistindo, no campo das fundações públicas, a possibilidade de vinculação a mais de um ente político.

2.1.2.2. Procedimentos legais - União e Estados - para criação da entidade

A fundação pública somente pode ser instituída por lei específica (CF/88, art. 37, XIX), cabendo a lei complementar definir sua área de atuação. Em termos de procedimento, compete ao Poder Executivo propor a sua criação,

encaminhando ao Legislativo a respectiva proposta, mediante minuta de anteprojeto de lei, resultante de um processo administrativo que tramitou na Administração Direta interessada em criar a nova entidade.

A fundação pública com personalidade jurídica de direito público ingressa no mundo jurídico quando o Poder Executivo sanciona e publica a lei de criação da mesma, aprovada pelo Congresso Nacional, Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores, de acordo com a instância federativa.

No caso da fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, após a publicação da lei, é ainda necessária a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (DI 200/67, art. 4º, §3º).

A Constituição Estadual de Minas Gerais, em seu art. 14, § 5º, somente permite ao Estado instituir e manter fundação cuja natureza jurídica seja de direito público.

2.1.2.3. Patrimônio

A fundação possui patrimônio próprio, instituído pelo ente Federativo que a criou, sendo, portanto, de natureza pública. Seu funcionamento é custeado por seu instituidor ou oriundo de outras fontes.

A fundação pública deve ser criada sem fins lucrativos, o que não impede que tenha receita resultante do modelo de gestão adotado. De todo modo, tais recursos financeiros devem ser aplicados nos fins da entidade.

Além disso, a entidade será vinculada a um único ente Federativo – União ou Estado, assim como sua contabilidade e sistema de direito financeiro. Poderá administrar recursos de outros Estados, em conta específica, desde que autorizada por leis estaduais para exercer essa atribuição. Nesse caso, cada

Estado reconheceria, mediante lei, a entidade como sua Agência de Água, dispondo sobre suas atribuições.

2.1.2.4. Estrutura organizacional

Não há regra jurídica que defina a estrutura organizacional da fundação pública. É a lei de sua criação que estipula essa estrutura, podendo remeter tal decisão ao estatuto da entidade.

Todavia, um modelo largamente adotado nas fundações existentes consiste em: Conselho Curador, Conselho Fiscal e Diretoria, cabendo ao estatuto da entidade estabelecer a participação dos Conselhos.

2.1.2.5. Dirigentes e servidores

Sendo entidade da Administração Indireta, os Diretores das Fundações são nomeados pelo Chefe do Executivo do Ente Federativo à qual se vincula a entidade.

A contratação de pessoal deve ser precedida de processo seletivo e o vínculo é da CLT. Se o regime for o dos funcionários públicos, cabe o concurso público, para provimento de cargo público. (CF/88, art. 37, II), conforme definido na lei de criação. No que se refere à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF/88, art. 37, IX), lei específica deve estabelecer as respectivas regras.

2.1.2.6. Contratações

As fundações públicas submetem-se à Lei nº 8.666/93 e legislação correlata para as licitações e contratações (arts. 1º, § único e 119).

2.1.2.7. Controle

A fundação pública, independentemente de sua natureza jurídica, sujeita-se ao controle do Tribunal de Contas do ente político que a tiver criado (CF/88, arts. 70 e 71), assim como ao controle parlamentar.

2.1.3. CONSÓRCIO PÚBLICO DE DIREITO PÚBLICO

Antes de tratar especificamente do consórcio público de direito público, cumpre tecer alguns comentários acerca dessa nova figura jurídica, prevista no art. 241 da Constituição Federal ¹³. O seu regime jurídico foi estabelecido pela Lei nº 11.107, de 06/04/05, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, o que significa que sua aplicação possui abrangência nacional. A regulamentação da norma foi objeto do Decreto nº 6.017, de 17/01/07, que estabelece normas para sua execução.

A expressão “normas gerais”, como já mencionado, significa que a aplicabilidade da norma possui abrangência em todo o território nacional. Não se restringe à União. E os Estados podem detalhar as normas gerais estabelecidas, para adequação às necessidades e características locais, assim como os Municípios, quando for o caso.

Tendo em vista que a criação do consórcio público depende de lei editada por parte de cada um dos entes consorciados, os Estados incluirão, quando da edição desse ato normativo, regras entendidas como necessárias para suplementar a norma geral estabelecida.

Conforme definido no art. 2º, I do Decreto nº 6.017/07, consórcio público é “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107/05, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”.

¹³ “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 da EC nº 19/98.

Somente podem participar do consórcio público, como consorciados, os entes Federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aqui, algumas observações a fazer. O consórcio público de direito público possui natureza autárquica. Como já foi visto neste estudo, a sociedade civil não participa das autarquias tradicionais, não porque haja vedação legal, mas porque, em geral, não se prevê essa participação nas leis específicas que criam essas entidades.

Todavia, no consórcio público, ainda que de natureza autárquica, a lei prevê, expressamente, a participação da sociedade civil nos órgãos constitutivos da entidade, salvo na assembléia geral, órgão máximo do consórcio. Essas considerações estão explicitadas no item relativo à estrutura organizacional do consórcio público com natureza jurídica de direito público.

Os objetivos do consórcio público são determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais¹⁴. O art. 3º, VII, do Decreto nº 6.017/07, com vistas a direcionar a utilização da entidade pelos entes Federativos, já estabelece alguns desses objetivos, prevendo, entre os mesmos, “o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas”. Fica claro que, na concepção do consórcio público, foi considerada a possibilidade de que essa figura jurídica seja utilizada como entidade do Sistema Nacional de Recursos Hídricos.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 11.107/05, para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

1. firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

¹⁴ Lei nº 11.107/05, art. 2º.

2. nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público;
3. ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Releva notar que os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado (§2º).

O prazo de duração do consórcio público pode ser determinado ou indeterminado, de acordo com o objetivo a ser alcançado, devendo essa definição constar do protocolo de intenções, assim como a denominação, a finalidade e a sede da entidade¹⁵.

A lei menciona que a área de atuação do consórcio público consiste na soma dos territórios dos entes consorciados¹⁶. Em relação a uma bacia hidrográfica, a lei de ratificação do protocolo de intenções pode restringir essa área, adequando ao espaço territorial da bacia.

A Lei nº 11.107/05, em seu art. 1º, §2º, dispõe que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados”. A idéia subjacente a esse dispositivo é evitar que os Municípios se consorciem com a União, sem a presença dos respectivos Estados no consórcio público. Não é restringir a presença na União nessas entidades, como consorciada.

¹⁵ Lei nº 11.107/05, art. 4º, I.

¹⁶ Lei nº 11.107/05, art. 4º, § 1º.

Nessa linha, a presença da União nos consórcios públicos, embora não conste das alternativas elencadas no art. 4º, § 1º, da Lei nº 11.107/05, é prevista no Decreto nº 6.017/07 art. 2º, II, que define a área de atuação dos consórcios, “independentemente de figurar a União como consorciada”, o que significa que, a rigor, em cada alternativa pode ocorrer a presença da União.

Assim, o consórcio público com personalidade jurídica de direito público, para atuar como Agência de Água da Bacia Hidrográfica, teria, como cenário ideal, a participação de todos os entes Federativos envolvidos: União, Estados de Alagoas, Bahia, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Sergipe e o Distrito Federal.

Todavia, poderá ser constituído o consórcio sem a participação de todos os entes mencionados. Os demais podem aderir ao longo do tempo, nas condições legalmente estabelecidas. Os formatos podem ser: 1. União e Estados e 2. somente Estados e Distrito Federal (todos ou alguns), celebrando convênio com a União.

2.1.3.1. Vinculação administrativa

O consórcio público – associação pública - é pessoa jurídica de direito público interno ¹⁷ e integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (Lei nº 11.107/05, art. 6º, §1º)¹⁸.

O fato de o consórcio público de natureza jurídica de direito público vincular-se a mais de um ente da Federação implica conseqüências de natureza financeira e orçamentária, assim como de controle. Na Administração Pública

¹⁷ Código Civil, art. 41, alterado pela Lei nº 11.107/07, art. 16 que inseriu, no inciso IV, no rol das pessoas ali indicadas, as autarquias, inclusive as associações públicas.

¹⁸ Trata-se de modelo inovador ou mesmo inusitado na estrutura administrativa do Estado brasileiro, pois o consórcio público é a única figura jurídica da Administração Pública direta ou indireta com essa característica.

brasileira, tradicionalmente, todo o sistema administrativo e financeiro de um ente político – União, Estados, Distrito Federal e Municípios é gerido por parte de cada um deles, de modo independente, aplicando a Lei nº 4.320/64 – Normas Gerais de Direito financeiro e a Lei complementar nº 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal. A aplicação dessas normas é controlada pelos respectivos Tribunais de Contas da União, de cada Estado e das Capitais dos Estados. Os demais Municípios são controlados pelos Tribunais de Contas dos seus Estados respectivos.

A partir do momento em que se instituiu no direito pátrio uma figura que se vincula a mais de um ente político, o sistema financeiro e de controle dessa entidade precisa receber um tratamento normativo específico, pois não há previsão para tal situação nas normas em vigor, quando da edição da Lei nº 11.107/05. Assim, principalmente as regras de transferência de recursos dos associados ao consórcio – situação inédita – assim como os repasses decorrentes de convênios, sem mencionar as questões contábeis da entidade, devem ser objeto de regulamentação.

Daí ter o Decreto nº 6.017/07 estabelecido, no art. 40¹⁹, que, para que a gestão financeira e orçamentária dos consórcios públicos se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal, a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda:

1. disciplinará a realização de transferências voluntárias ou a celebração de convênios de natureza financeira ou similar entre a

¹⁹ Art. 40. Para que a gestão financeira e orçamentária dos consórcios públicos se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal, a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda: I - disciplinará a realização de transferências voluntárias ou a celebração de convênios de natureza financeira ou similar entre a União e os demais Entes da Federação que envolvam ações desenvolvidas por consórcios públicos; II - editará normas gerais de consolidação das contas dos consórcios públicos, incluindo: a) critérios para que seu respectivo passivo seja distribuído aos entes consorciados; b) regras de regularidade fiscal a serem observadas pelos consórcios públicos.

União e os demais Entes da Federação que envolvam ações desenvolvidas por consórcios públicos;

2. editará normas gerais de consolidação das contas dos consórcios públicos, incluindo: a) critérios para que seu respectivo passivo seja distribuído aos entes consorciados; b) regras de regularidade fiscal a serem observadas pelos consórcios públicos.

A razão desse dispositivo explica-se pela necessidade de adequar as normas atualmente em vigor sobre direito financeiro à figura do consórcio público, tendo em vista que se trata de entidade vinculada à Administração Indireta de mais de um Ente Federado.

2.1.3.2. Procedimentos legais – União e Estados - para criação da entidade

Nos termos da Lei nº 11.107/05, art. 3º, “o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.” Embora a norma legal estabeleça que o consórcio público constitui-se por contrato, para que isso ocorra é ainda necessária a condução de um procedimento específico, que envolve as seguintes fases:

1. subscrição de protocolo de intenções (art. 3º);
2. publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º);
3. promulgação da lei por parte de cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art.4º, § 4º);
4. celebração do contrato (art. 3º).

O protocolo de intenções é o contrato preliminar, resultado de uma ampla negociação política entre os entes federados que participarão do consórcio. É nele que as partes contratantes definem todas as condições e obrigações de cada um e, uma vez ratificado mediante lei, converte-se em contrato de consórcio.

Como se verifica, a fase da negociação do protocolo de intenções é o grande momento da negociação política entre os entes federados não podendo nenhum ente da Federação ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado.

O protocolo de intenções define o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembleia geral, órgão máximo da entidade, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado. O número de votos independe da contribuição de cada ente ao consórcio.

Além disso, são cláusulas obrigatórias do protocolo de intenções, sob pena de nulidade do instrumento²⁰:

1. a denominação, as finalidades, o prazo de duração e a sede do consórcio público, admitindo-se a fixação de prazo indeterminado e a previsão de alteração da sede mediante decisão da Assembleia Geral;
2. a identificação de cada um dos entes da Federação que podem vir a integrar o consórcio público, podendo indicar prazo para que subscrevam o protocolo de intenções;
3. a indicação da área de atuação do consórcio público;
4. a previsão de que o consórcio público é associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou pessoa jurídica de direito privado;
5. os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
6. as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
7. a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

²⁰ Lei nº 11.107/07, art. 4º.

8. a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
9. o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados do consórcio público;
10. os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
11. as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão, nos termos da Lei nº 9.649/98 ou termo de parceria, na forma da Lei nº 9.790/99;
12. a autorização para a gestão associada de serviço público, explicitando: a) competências cuja execução será transferida ao consórcio público; b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; c) a autorização para licitar e contratar concessão, permissão ou autorizar a prestação dos serviços; d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de nele figurar como contratante o consórcio público; e e) os critérios técnicos de cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como os critérios gerais a serem observados em seu reajuste ou revisão²¹;
13. o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplentes com as suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Se, antes da subscrição do protocolo, o ente federado já tiver disciplinado por lei a sua participação no consórcio público, fica dispensada a ratificação²². A publicação da ratificação, no consórcio público de direito público, converte-se no próprio contrato, não havendo necessidade do Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Após a publicação²³ da ratificação do protocolo de intenções serão tomadas apenas as medidas burocráticas junto ao Ministério da Fazenda para registro no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas - CNPJ.

²¹ Tendo em vista que o objeto deste relatório não se reporta aos serviços públicos, não serão abordados os dispositivos dessa lei que tratam da matéria.

²² Lei nº 11.107/07, art. 5º, § 4º.

²³ A publicação na imprensa oficial de cada consorciado pode ser resumida, desde que indique o sitio na internet que contém a íntegra do texto (Decreto nº 6.017/07, art. 8º, §4º).

Ao ratificar o protocolo de intenções, o ente federativo pode estabelecer reservas (indicando especificamente o artigo, inciso, parágrafo) quanto ao campo obrigacional, desde que os demais consorciados aceitem essa reserva, condição para a admissão do ente no consórcio²⁴. A ratificação que demorar mais de 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá da homologação da assembléia geral do consórcio público. Não há penalidade para a recusa ou demora na ratificação²⁵, ficando dispensado da ratificação o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público²⁶.

Cabe salientar que o contrato de consórcio público, caso assim esteja previsto no protocolo de intenções, poderá ser celebrado por apenas uma parcela dos seus signatários, sem prejuízo de que os demais venham a integrá-lo posteriormente²⁷. O ingresso de ente da Federação não mencionado no protocolo de intenções como possível integrante do consórcio implica a alteração do contrato e exige nova publicação.

A retirada de ente consorciado depende de ato formal do representante legal, na forma definida em lei²⁸. Os bens destinados ao consórcio pelo ente retirante só reverterem a ele se houver previsão expressa no contrato ou no instrumento de transferência²⁹. As obrigações assumidas anteriormente à retirada permanecem obrigatórias³⁰.

A exclusão de ente consorciado somente poderá ocorrer por justa causa, precedida necessariamente de suspensão, para reabilitação. Mediante processo administrativo, com direito à ampla defesa e ao contraditório. A exclusão

²⁴ Lei nº 11.107/07, art. 5º, §2º.

²⁵ Decreto nº 6.017/07, art. 6º, §1º.

²⁶ Lei nº 11.107/05, art. 5º, § 3º.

²⁷ Decreto nº 6.017/07, art. 6º, §4º.

²⁸ Lei nº 11.107/05, art. 2º, § VI.

²⁹ Decreto nº 6.017/07, art. 25, § 1º.

³⁰ Lei nº 11.107/05, art. 25, § 2º.

ocorrerá se o ente consorciado, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, não incluir dotações suficientes para suportar as despesas que, nos termos do orçamento do consórcio público, prevê-se devam ser assumidas por meio de contrato de rateio³¹.

Nos termos do art. 12 da Lei nº 11.107/05, a alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

2.1.3.3. PATRIMÔNIO

Embora caiba aos entes consorciados dotar o consórcio público de patrimônio próprio, no protocolo de intenções somente pode haver transferências por meio de doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis³².

Outras contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público somente podem ser efetuadas por meio de contrato de rateio, sendo nula a cláusula do contrato que preveja determinadas transferências³³.

Os recursos entregues por meio de contrato de rateio, inclusive os oriundos de transferências ou operações de crédito, para o atendimento de despesas classificadas como genéricas³⁴ - modalidades de aplicação indefinidas. Nessas despesas não se incluem nem administração nem planejamento, desde que previamente classificadas pela aplicação das normas de contabilidade pública.

Caberá a formalização de um contrato de rateio a cada exercício financeiro, com observância da legislação orçamentária e financeira do ente

³¹ Lei nº 11.107/05, art. 8º, §5º.

³² Decreto nº 6.017/07, art. 5º, § 6º.

³³ Lei nº 11.107/05, art. 4º § 3º e Decreto nº 6.017/07, art. 13.

³⁴ Decreto nº 6.017/07, art. 15.

consorciado contratante. Essa formalização depende da previsão de recursos orçamentários que suportem o pagamento das obrigações contratadas.

O prazo de vigência do contrato de rateio não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual.

Celebrar contrato de rateio sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas em Lei constitui, conforme determina o Decreto nº 6.017/07, art. 13. § 3º, ato de improbidade administrativa, nos termos do disposto no art. 10, inciso XV, da Lei nº 8.429/92.

O contrato de rateio é, assim, o instrumento que vincula as previsões orçamentárias ao efetivo repasse de recursos ao consórcio público, podendo o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio desse contrato, ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão³⁵.

No que se refere às normas de direito financeiro, o consórcio público deve fornecer as informações financeiras necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as receitas e despesas realizadas, de forma a que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos³⁶.

Havendo restrição na realização de despesas, de empenhos ou de movimentação financeira, ou qualquer outra derivada das normas de direito

³⁵ Lei nº 11.107/05, art. 8º, § 5º.

³⁶ Decreto nº 6.017/07, art. 17.

financeiro, o ente consorciado, mediante notificação escrita, deverá informá-la ao consórcio público, apontando as medidas que tomou para regularizar a situação, de modo a garantir a contribuição prevista no contrato de rateio³⁷. Parágrafo único. A eventual impossibilidade de o ente consorciado cumprir obrigação orçamentária e financeira estabelecida em contrato de rateio obriga o consórcio público a adotar medidas para adaptar a execução orçamentária e financeira aos novos limites.

2.1.3.4. Estrutura organizacional

Os estatutos do consórcio público disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos³⁸. Embora somente possam participar da entidade como consorciados os entes da Federação, a lei estabelece a possibilidade de participação da sociedade civil organizada nos órgãos constitutivos, exceto a assembléia geral, órgão máximo do consórcio e cuja participação é exclusiva dos entes consorciados.

A declaração de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público, o número de votos para as suas deliberações, assim como as normas de convocação e funcionamento da mesma, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público, são cláusulas necessárias do protocolo de intenções³⁹.

Além disso, são atribuições legalmente previstas da assembléia geral:

1. ser o órgão no qual o ente da Federação que quiser retirar-se do consórcio público deve apresentar de ato formal, de acordo com o for previamente disciplinado por lei⁴⁰.

³⁷ Decreto nº 6.017/07, art. 14.

³⁸ Lei nº 11.107/05, art. 7º.

³⁹ Lei nº 11.107/05, art. 4º, VI e VII.

⁴⁰ Lei nº 11.107/05, art. 11.

2. homologar a ratificação do protocolo de intenções realizada após 2 (dois) anos da subscrição do mesmo⁴¹.
3. Aprovar o instrumento de alteração ou a extinção de contrato de consórcio público, a ser ratificado mediante lei por todos os entes consorciados⁴².

As demais atribuições dos órgãos constitutivos do consórcio público estão em aberto, o que significa que há um amplo leque de possibilidades para que se construa a participação da sociedade civil⁴³ na condução do consórcio público, inclusive o papel do Comitê de Bacia Hidrográfica nas decisões sobre a Agência, e a indicação dos dirigentes.

Como a lei não especifica quais são os demais órgãos nem as respectivas atribuições, cabe ao protocolo de intenções e ao estatuto do consórcio público defini-los.

Dessa forma, com exceção da assembléia geral, será: 1. admitida a participação de representantes da sociedade civil nos órgãos colegiados do consórcio público e 2. admitido que órgãos colegiados do consórcio público sejam compostos por representantes da sociedade civil ou por representantes apenas dos entes consorciados diretamente interessados nas matérias de competência de tais órgãos⁴⁴.

Embora não se preveja expressamente que os municípios que não sejam consorciados possam participar dos órgãos constitutivos do consórcio público, à exceção da assembléia geral, entende-se que tal participação é permitida, na medida em que um dos objetivos dos consórcios públicos legalmente

⁴¹ Lei nº 11.107/05, art. 5º § 3º.

⁴² Lei nº 11.107/05, art. 12.

⁴³ A expressão “sociedade civil organizada” refere-se a todo o tipo de entidade de direito privado, sem fins lucrativos. Incluem-se nessa expressão as associações de usuários, as organizações de ensino e pesquisa, as associações técnicas e as organizações não governamentais – ONG’s.

⁴⁴ Decreto nº 6.017/07, art. 5º, §2º.

previstos consiste no sistema de recursos hídricos, do qual os municípios participam, em última análise, como usuários de recursos hídricos.

2.1.3.5. Dirigentes e servidores

Obrigatoriamente, o representante legal do consórcio deverá ser o Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado, enquanto estiver no exercício do cargo. A vaga é exclusiva do ocupante do cargo de Chefe do Poder Executivo. O mandato será de um ou mais exercícios financeiros e cessará automaticamente no caso de o eleito não mais ocupar a Chefia do Poder Executivo do ente da Federação que representa na assembléia geral, hipótese em que será sucedido por quem preencha essa condição⁴⁵. A forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público é cláusula necessária do protocolo de intenções⁴⁶.

Os demais dirigentes terão as atribuições e a forma de nomeação definidas no protocolo de intenções. Deve ser objeto de negociação qual o papel do Comitê nessas decisões.

O número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, sob o regime da CLT, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse são também cláusulas obrigatórias do protocolo de intenções⁴⁷.

Os entes da Federação consorciados, ou os com eles conveniados, poderão ceder-lhe servidores ao consórcio público, de acordo com a forma e

⁴⁵ Decreto nº 6.017/07, art. 5º, §4º.

⁴⁶ Lei nº 11.107/05, art. 4º, IX.

⁴⁷ Lei nº 11.107/05, art. 4º, VIII

condições da previstas legislação de cada um deles ou na própria lei que ratifica o protocolo de intenções ⁴⁸.

Com relação aos empregados públicos do consórcio público, os estatutos poderão dispor sobre o exercício do poder disciplinar e regulamentar, as atribuições administrativas, hierarquia, avaliação de eficiência, lotação, jornada de trabalho e denominação dos cargos⁴⁹.

2.1.3.6. Contratações

As contratações de obras e serviços e aquisição de materiais devem obedecer aos preceitos da Lei nº 8.666/93. Todavia, a Lei nº 11.107/05 introduziu um parágrafo 8º ao art. 23 da Lei 8.666/93, prevendo, no caso de consórcios públicos, a aplicação em dobro dos valores mencionados no *caput* do artigo quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. Esse dispositivo amplia, dessa forma, os valores máximos de dispensa de licitação, ao número de consorciados.

O art. 1º, § único, dispõe que subordinam-se ao regime da lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Cabe ainda mencionar que o Decreto nº 5.504, de 05/08/05 estabelece, em seu art. 1º, que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por

⁴⁸ Lei nº 11.107/05, art. 4º, § 4º.

⁴⁹ Decreto nº 6.017/07, art. 5º, § 2º.

entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública – pregão e pregão eletrônico, para os casos em que se aplicam tais modalidades, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

2.1.3.7. Controle

Os consórcios públicos deverão obedecer ao princípio da publicidade, tornando públicas as decisões que digam respeito a terceiros e as de natureza orçamentária, financeira ou contratual, inclusive as que digam respeito à admissão de pessoal, bem como permitindo que qualquer do povo tenha acesso a suas reuniões e aos documentos que produzir, salvo, nos termos da lei, os considerados sigilosos por prévia e motivada decisão⁵⁰.

A execução das receitas e das despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas⁵¹.

O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio⁵².

O fato de o controle do consórcio público ser exercido pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo, representante legal do consórcio, não tem o condão de afastar a competência de outros Tribunais de Contas dos demais entes consorciados, sob pena de

⁵⁰ Decreto nº 6.017/07, art. 5º, § 3º.

⁵¹ Decreto nº 6.017/07, art. 11.

⁵² Decreto nº 6.017/07, art. 12.

infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas⁵³. Essa questão deverá ser suscitada quando da negociação do protocolo de intenções

Os entes da Federação consorciados respondem subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público. Os dirigentes do consórcio público responderão pessoalmente pelas obrigações por ele contraídas caso pratiquem atos em desconformidade com a lei, os estatutos ou decisão da assembléia geral.

Por ter personalidade jurídica própria, o consórcio público responde por seus atos, sendo a responsabilidade dos entes da Federação consorciados apenas subsidiária pelas obrigações assumidas pelo consórcio.

2.2. ENTIDADES EXISTENTES, COM ATUAÇÃO NA BACIA DO RIO SÃO FRANCISCO

Na linha de citar as entidades já existentes, que atuam na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, serão objeto de análise das respectivas normas instituidoras a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF e o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS.

2.2.1. COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA - CODEVASF

A Lei nº 6.088, de 16/07/74, autorizou o Poder Executivo a criar a Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco - Codevasf, nos termos do art. 5º, inciso II, do Decreto-lei nº 200/67 e do art. 5º do Decreto-lei nº 900/69,

⁵³ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 467.

como empresa pública vinculada ao Ministério do Interior (art. 1º). A vinculação da CODEVASF, hoje, é com o Ministério da Integração Nacional.

A Lei nº 9.954, de 06/01/2000, autorizou a alteração da razão social da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco - CODEVASF para Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF, alterando a redação dos arts. 2º e 4º e o inciso III do art. 9º da Lei nº 6.088/74. Dessa forma, a CODEVASF passou a atuar nos vales dos rios São Francisco e Parnaíba, nos Estados de Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Minas Gerais, Goiás, Distrito Federal, Piauí e Maranhão, podendo instalar e manter, no País, órgãos e setores de operação e representação (art. 2º).

O art. 4º da citada Lei nº 9.954/00 determina que a CODEVASF tem por finalidade o aproveitamento, para fins agrícolas, agropecuários e agroindustriais, dos recursos de água e solo dos vales dos rios São Francisco e Parnaíba, diretamente ou por intermédio de entidades públicas e privadas, promovendo o desenvolvimento integrado de áreas prioritárias e a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários, podendo, para esse efeito, coordenar, executar, diretamente ou mediante contratação, obras de infra-estrutura, particularmente de captação de águas para fins de irrigação de canais primários ou secundários e também obras de saneamento básico, eletrificação e transportes, conforme Plano Diretor, em articulação com os órgãos federais competentes.

Entre as atribuições da entidade, previstas no art. 9º, incluiu-se a de elaborar, em colaboração com os demais órgãos públicos federais, estaduais ou municipais que atuem na área, os planos anuais e plurianuais de desenvolvimento integrado dos vales dos rios São Francisco e Parnaíba, indicando desde logo os programas e projetos prioritários, com relação às atividades previstas na lei. Permaneceram as demais competências:

1. estimular e orientar a iniciativa privada, promover a organização e participar do capital de empresas de produção, beneficiamento e industrialização de produtos primários;

2. promover e divulgar, junto a entidades públicas e privadas, informações sobre recursos naturais e condições sociais, infraestrutura e econômicas, visando a à realização de empreendimentos no Vale do São Francisco;
3. elaborar, em colaboração com os demais órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, que atuam na área, os planos anuais e plurianuais de desenvolvimento integrado do Vale do São Francisco, indicando desde logo os programas e projetos prioritários, com relação às atividades previstas na presente Lei;
4. projetar, construir e operar obras e estruturas de barragem, canalização, bombeamento, adução e tratamento de águas, saneamento básico;
5. projetar, construir e operar projetos de irrigação, regularização, controle de enchentes, controle de poluição e combate à seca.

Releva notar que, conforme disposto no art. 8º, “constituirá receita da Empresa produto de cobrança da utilização da água e da retribuição pela prestação de serviços.” Cumpre esclarecer que, embora com terminologia equivalente, essa cobrança não se confunde com o instrumento econômico das políticas de recursos hídricos. Refere-se à prestação de serviços em perímetros irrigados, incluindo, evidentemente, as obras de captação, canalização e distribuição do recurso. Segundo dispõe o art. 13, no desempenho de suas tarefas a CODEVASF atuará, preferencialmente, por intermédio de entidades estaduais, municipais e privadas, recorrendo sempre que possível à execução indireta de trabalhos mediante contratos e convênios.

Da análise das disposições mencionadas, fica clara a finalidade da CODEVASF como Agência de desenvolvimento regional. A atuação da CODEVASF como Agência de Água depende de alteração da lei federal em vigor. Os Estados, para reconhecerem a CODEVASF como Agência dos rios afluentes do São Francisco, de domínio estadual, devem editar leis específicas para tanto.

2.2.2. DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS DE COMBATE ÀS SECAS - DNOCS

O Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS órgão do Ministério da Viação e Obras Públicas, foi constituído em entidade autárquica, administrativa e técnica com sede e foro na capital da República pela Lei nº 4229, de 01/06/63.

Suas atribuições, na área compreendida dentro do Polígono das Secas, compreendiam, entre outros itens: 1. executar obras e serviços destinados a prevenir e atenuar os efeitos das secas; 2. orientar, superintender, planejar, estudar, projetar, executar, fiscalizar e controlar empreendimentos ou assuntos relativos a construção, operação, exploração e modificação de obras de hidráulica, aproveitamento dos recursos d'água, compreendendo, fundamentalmente, irrigação, perfuração de poços, utilização de águas subterrâneas e açudagem.

Com a edição da Política Nacional de Recursos Hídricos, alterou-se o escopo das competências da entidade, destacando-se as seguintes, em sua área de atuação:

1. Contribuir para a implementação dos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, tais como definidos no art. 2º da Lei nº 9.433/97;
2. Contribuir para a elaboração do plano regional de recursos hídricos, em ação conjunta com a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e os governos estaduais de sua área de atuação;
3. elaborar projetos de engenharia e executar obras públicas de captação, acumulação, condução, distribuição, proteção e utilização de recursos hídricos, em conformidade com a Política e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de que trata a Lei nº 9.433/97;
7. colaborar na preparação dos planos regionais de operação, manutenção e segurança de obras hidráulicas, incluindo atividades de manutenção preventiva e corretiva, análise e avaliação de riscos e planos de ação emergencial em casos de acidentes;
8. promover ações no sentido da regeneração de ecossistemas hídricos e de áreas degradadas, com vistas à correção dos impactos ambientais decorrentes da implantação de suas obras,

podendo celebrar convênios e contratos para a realização dessas ações;

10. promover, na forma da legislação em vigor, a desapropriação de terras destinadas à implantação de projetos e proceder à concessão ou à alienação das glebas em que forem divididas;

12. colaborar na concepção, instalação, manutenção e operação da rede de estações hidrológicas e na promoção do estudo sistemático das bacias hidrográficas, de modo a integrar o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos;

14. cooperar com outros organismos públicos no planejamento e na execução de programas permanentes e temporários, com vistas a prevenir e atenuar os efeitos das adversidades climáticas;

Nos termos do § 1º do art. 2º, o DNOCS deverá atuar em articulação com Estados, Municípios, outras instituições públicas, inclusive, e a iniciativa privada na execução de suas competências, objetivando a implementação de ações que contribuam para a promoção do desenvolvimento sustentável, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional e com a Política Nacional de Recursos Hídricos.

Determina o § 2º que as ações do DNOCS, relativas à gestão das águas decorrentes dos sistemas hídricos por ele implantados ficam sujeitas à orientação normativa do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, tal como estabelecem a Lei nº 9433/97.

A área de atuação do DNOCS corresponde à região abrangida pelos Estados do Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, à zona do Estado de Minas Gerais situada no denominado "Polígono das Secas" e as áreas das bacias hidrográficas dos Rios Parnaíba e Jequitinhonha, nos Estados do Maranhão e de Minas Gerais, respectivamente." (§ 3º).

Fica clara, nos termos da legislação mencionada, a natureza do DNOCS como órgão de apoio à execução da Política Nacional de Recursos Hídricos, entre outras atribuições. A atuação do DNOCS como Agência de Água depende de alteração da lei federal em vigor. Os Estados, para reconhecerem o

DNOCS como Agência dos rios afluentes do São Francisco, de domínio estadual, devem editar leis específicas para tanto.

3. ENTIDADES DELEGATÁRIAS

A partir do modelo institucional descrito no Relatório 2, sobre as Entidades Delegatárias, regidas pela Lei nº 10.881/04, as possibilidades de figura jurídica a serem estudadas são a fundação de direito privado, o consórcio público de direito privado e a associação civil sem fins lucrativos. Dessa última, serão detalhadas os consórcios intermunicipais, as associações de usuários, as organizações técnicas, as ONG's, que podem ser delegatárias do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, para exercer as funções de Agência de Água.

Cabe salientar que, em face se sua natureza de direito privado, as Entidade Delegatárias não estão autorizadas a proceder à cobrança pelo uso de recursos hídricos, na forma do disposto na Lei nº 10.881/04.

3.1. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Conforme mencionado no item relativo às fundações públicas, trata-se a fundação de direito privado de uma entidade típica do Direito Civil, correspondendo a um acervo de bens – patrimônio - que recebe personalidade para realizar uma certa finalidade.

O âmbito de atuação das fundações restringe-se a fins religiosos, morais, culturais ou de assistência, finalidades que se amoldam à origem histórica dessas instituições (Código Civil, art. 62, § único). Em face dessa restrição, caberia indagar se uma Entidade Delegatária, com atividades relacionadas com a gestão dos recursos hídricos, poderia constituir uma fundação.

Essa dúvida encontra-se no momento superada, pois, nos termos do Enunciado 8 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, órgão vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, incluem-se nesse parágrafo único os fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente⁵⁴. Nesse caso, é possível a interpretação de que a Agência de Bacia, assim como todo o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, tem por finalidade a melhoria dos aspectos qualitativos e quantitativos dos recursos hídricos, enquadrando-se nas finalidades voltadas à proteção ambiental.

De qualquer modo, a interpretação do § único do art. 62 do Código Civil é no sentido de excluir as entidades com fins lucrativos⁵⁵.

3.1.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Sendo a fundação ora estudada uma entidade exclusivamente de direito privado, não há vinculação administrativa a nenhum órgão da Administração Pública. A vinculação existente refere-se à finalidade a que foi destinado o seu patrimônio. O cumprimento dessa finalidade é objeto do acompanhamento do Ministério Público, por intermédio da Curadoria de Fundações.

⁵⁴ O Centro de Estudos Judiciários – CEJ, órgão do Conselho da Justiça Federal - CJF, tem a atribuição de desenvolver estudos, pesquisas e serviços de informação jurídica para o aperfeiçoamento do Sistema Judiciário. Suas atividades objetivam, basicamente, a atualização e a ampliação de conhecimentos, o incentivo à pesquisa e o intercâmbio de idéias, permitindo que o Conselho da Justiça Federal atenda à finalidade prevista no parágrafo único do artigo 105, da Constituição Federal, qual seja atuar, junto ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, supervisionando a Justiça Federal de 1º e 2º graus. No exercício de suas atribuições, o CEJ aprovou uma série de enunciados, durante a Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002, tendo por objeto a interpretação dos dispositivos do Novo Código Civil, dentre os quais o Enunciado 8, com a seguinte redação: “A constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no Código Civil, artigo 62, parágrafo único”.

⁵⁵ Negrão, Teotônio, Gouvêa, José Roberto F., Código Civil e Legislação Civil em Vigor. São Paulo: Saraiva, 2004, p.55.

3.1.2 PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA CRIAÇÃO DA ENTIDADE

“Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública [...], dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”⁵⁶. Na constituição da fundação existem dois momentos básicos: 1. o ato de fundação propriamente dito, que é sua constituição emanada de vontade dos instituidores e 2. o ato de dotação de um patrimônio, que lhe dá vida. O patrimônio é elemento essencial para as fundações, ao contrário do que ocorre com as demais pessoas jurídicas. Nas fundações, os fins não podem ser modificados porque são fixados pelo instituidor, enquanto em outras figuras jurídicas é possível alterar a finalidade social. A constituição da fundação só ocorre no ato de personificação, não bastando a destinação de bens. É necessário o registro da entidade no Registro Civil das Pessoas Jurídicas

3.1.3. PATRIMÔNIO

O patrimônio da fundação – de natureza privada - se personaliza quando a fundação adquire sua existência legal.

3.1.4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

A instituição é regida por seus estatutos. O código civil não estabelece regras para a sua organização. Em geral, institui-se um Conselho de Administração, cujo presidente representa a entidade, podendo instituir-se, também, de acordo com a necessidade, um Conselho Executivo, um Conselho Fiscal e outros órgãos colegiados.

⁵⁶ “ (Código Civil, art. 62).

No que se refere, porém, à alteração do estatuto das fundações, o Código Civil determina que, “para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: 1. seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; 2. não contrarie ou desvirtue o fim desta e 3. seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado⁵⁷ .

3.1.5. DIRIGENTES E SERVIDORES

Os dirigentes serão escolhidos conforme dispuser o estatuto da associação.

Ainda que com personalidade jurídica de direito privado, e totalmente desvinculada da administração pública, na medida em que uma fundação recebe recursos públicos, passa a obrigar-se, para a contratação de pessoal, ao regime jurídico de direito público, cabendo a realização de concurso para a admissão de pessoal, sendo obrigatório o regime trabalhista o da CLT.

3.1.6. CONTRATAÇÕES

Ainda que com personalidade jurídica de direito privado e totalmente desvinculada da administração pública, na medida em que uma fundação recebe recursos públicos, passa a obrigar-se, para as contratações, ao regime jurídico de direito público, sujeitando-se à Lei nº 8.666/93 e normas correlatas.

3.1.7. CONTROLE

O art. 66 do Código Civil estabelece a competência do Ministério Público do Estado onde estão situadas para “velar” pelas fundações. Se

⁵⁷ Código Civil, art. 67.

funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal. 2o Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Na medida em que uma fundação recebe recursos públicos, ainda que com personalidade jurídica de direito privado, e totalmente desvinculada da administração pública, passa a submeter-se aos controles vigentes para os órgãos e entidades públicas – Tribunal de Contas e Poder Legislativo, além do Ministério Público.

3.2. CONSÓRCIO PÚBLICO DE DIREITO PRIVADO

O consórcio público de direito privado é um dos tipos de natureza jurídica do consórcio público, prevista na Lei nº 11.107, de 06/04/05, regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 17/01/07.

Conforme definido no art. 2º, I do Decreto nº 6.017/07, consórcio público é “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107/05, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”.

Somente participam do consórcio público, como consorciados, independentemente da natureza jurídica ser pública ou de direito privado, os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A natureza jurídica do consórcio público de direito privado é de associação civil, disciplinada pelo Código Civil, salvo as derrogações expressas na Lei nº 11.107/05.

Dessa forma, as associações se constituem pela união de pessoas (físicas ou jurídicas – no caso, pessoas políticas) que se organizem para fins não econômicos (art. 53), não havendo, entre os associados, direitos e obrigações recíprocas, mas apenas para com a entidade à qual se associaram (art. 53, § único).

As seguintes condições devem constar obrigatoriamente dos estatutos da associação (art. 54), sob pena de nulidade:

1. denominação, os fins e a sede da associação, que devem atender aos preceitos da Lei nº 11.107/05;
2. requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados, que devem ser os previstos na Lei nº 11.107/05;
3. os direitos e deveres dos associados, fixados no protocolo de intenções;
4. fontes de recursos para sua manutenção, que devem obedecer às regras previstas na Lei nº 11.107/05, sobretudo no que se refere ao contrato de rateio ;
5. o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos⁵⁸, ressalvado que a assembleia geral é o órgão máximo e na qual só participam os entes consorciados, conforme disposto na Lei nº 11.107/05;
6. as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução, observadas as normas da Lei nº 11.107/05.
7. a forma de gestão administrativa⁵⁹ e de aprovação das respectivas contas, observadas as normas da Lei nº 11.107/05.

A assembleia geral é órgão necessário da associação civil, exercendo função legislativa. A ela compete privativamente destituir os administradores e alterar o estatuto (Código Civil, art. 59⁶⁰), exigida a deliberação da assembleia

⁵⁸ Redação dada pela Lei nº 11.127/05, que alterou o Código Civil.

⁵⁹ Incluída pela da Lei nº 11.127/05.

⁶⁰ Redação dada pela Lei nº 11.127/05, que alterou o Código Civil.

especialmente convocada para esse fim, cujo *quorum* é o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.

A convocação dos órgãos deliberativos faz-se na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la (Código Civil, art. 60) A gestão da associação civil é exercida por um diretor ou uma diretoria, podendo ser criados outros órgãos auxiliares, como conselhos consultivos, fiscais etc.

Os consórcios públicos de direito privado não podem exercer todas as competências que um consórcio público de direito público porque, por se revestir do direito privado, está em posição de igualdade com os demais particulares, pelo que não pode exercer sobre eles poderes de autoridade. Por isso, não podem tomar decisões que venham a atingir direitos de particulares (por exemplo: não podem exercer poder de polícia)⁶¹.

3.2.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Sendo pessoa jurídica de direito privado, o consórcio público não se vincula à Administração Pública.

3.2.2. PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA CRIAÇÃO DA ENTIDADE

Nos termos da Lei nº 11.107/05, art. 3º, “o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.”

⁶¹ RIBEIRO, Wladimir António. Cooperação Federativa e a Lei de Consórcios Públicos. – Brasília DF: CNM, 2007, p. 24.

Embora a norma legal estabeleça que o consórcio público constitui-se por contrato, para que isso ocorra, é necessária a condução de um procedimento específico, que envolve as seguintes fases:

1. subscrição de protocolo de intenções (art. 3º);
2. publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º);
3. promulgação da lei por parte de cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art.4º, § 4º);
4. celebração do contrato (art. 3º);
5. atendimento das disposições da legislação civil, no caso específico do consórcio público de natureza jurídica de direito privado, ou seja, a inscrição da escritura de constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e publicação do registro, como condição de existência jurídica da entidade.

O protocolo de intenções é o instrumento preliminar, resultado de uma ampla negociação política entre os entes federados que participarão do consórcio. Nenhum ente da Federação pode ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado. É no protocolo de intenções que as partes contratantes definem todas as condições e obrigações de cada um e, uma vez ratificado mediante lei, será constituído o contrato de consórcio. Ou seja, a fase da negociação do protocolo de intenções é o grande momento da negociação política entre os entes federados.

O protocolo de intenções define o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembleia geral, órgão máximo da entidade, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado. O número de votos independe da contribuição de cada ente ao consórcio. Além disso, são cláusulas obrigatórias do protocolo de intenções, sob pena de nulidade do instrumento⁶²:

⁶² Lei nº 11.107/07, art. 4º.

1. a denominação, as finalidades, o prazo de duração e a sede do consórcio público, admitindo-se a fixação de prazo indeterminado e a previsão de alteração da sede mediante decisão da Assembléia Geral;
2. a identificação de cada um dos entes da Federação que podem vir a integrar o consórcio público, podendo indicar prazo para que subscrevam o protocolo de intenções;
3. a indicação da área de atuação do consórcio público;
4. a previsão de que o consórcio público é associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou pessoa jurídica de direito privado;
5. os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
6. as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
7. a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
8. a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
9. o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados do consórcio público;
10. os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
11. as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão, nos termos da Lei nº 9.649/98 ou termo de parceria, na forma da Lei nº 9.790/99;
12. a autorização para a gestão associada de serviço público, explicitando: a) competências cuja execução será transferida ao consórcio público; b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; c) a autorização para licitar e contratar concessão, permissão ou autorizar a prestação dos serviços; d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de nele figurar como contratante o consórcio público; e e) os critérios técnicos de cálculo do valor das tarifas e

de outros preços públicos, bem como os critérios gerais a serem observados em seu reajuste ou revisão⁶³;

13. o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplentes com as suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

O prazo de duração do consórcio público pode ser determinado ou indeterminado, de acordo com o objetivo a ser alcançado, devendo essa definição constar do protocolo de intenções, assim como a denominação, a finalidade e a sede da entidade⁶⁴.

A lei menciona que a área de atuação do consórcio público consiste na soma dos territórios dos entes consorciados⁶⁵. Em relação a uma bacia hidrográfica, a lei de ratificação do protocolo de intenções pode restringir essa área, adequando ao espaço territorial da bacia.

A Lei nº 11.107/05, em seu art. 1º, §2º, dispõe que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados”. A idéia subjacente a esse dispositivo é evitar que os Municípios se consorciem com a União, sem a presença dos respectivos Estados no consórcio público. Não é restringir a presença na União nessas entidades, como consorciada.

Nessa linha, a presença da União nos consórcios públicos, embora não conste das alternativas elencadas no art. 4º, § 1º, da Lei nº 11.107/05, é prevista no Decreto nº 6.017/07 art. 2º, II, que define a área de atuação dos consórcios, “independentemente de figurar a União como consorciada”, o que significa que, a rigor, em cada alternativa pode ocorrer a presença da União.

⁶³ Tendo em vista que o objeto deste relatório não se reporta aos serviços públicos, não serão abordados os dispositivos da lei que tratam da matéria.

⁶⁴ Lei nº 11.107/05, art. 4º, I.

⁶⁵ Lei nº 11.107/05, art. 4º, § 1º.

Assim, o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado, para atuar como Agência de Água da Bacia Hidrográfica, teria, como cenário ideal, a participação de todos os entes Federativos envolvidos: União, Estados de Alagoas, Bahia, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Sergipe e o Distrito Federal.

Todavia, poderá ser constituído o consórcio sem a participação de todos os entes mencionados. Os demais podem aderir ao longo do tempo, nas condições legalmente estabelecidas. Os formatos podem ser: 1. União e Estados e 2. somente Estados e Distrito Federal (todos ou alguns), celebrando convênio com a União.

3.2.3. PATRIMÔNIO

Embora caiba aos entes consorciados dotar o consórcio público de patrimônio próprio, no protocolo de intenções somente pode haver transferências por meio de doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis⁶⁶.

Outras contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público somente podem ser efetuadas por meio de contrato de rateio, sendo nula a cláusula do contrato que preveja determinadas transferências⁶⁷.

Os recursos entregues por meio de contrato de rateio, inclusive os oriundos de transferências ou operações de crédito, para o atendimento de despesas classificadas como genéricas⁶⁸ - modalidades de aplicação indefinidas. Nessas despesas não se incluem nem administração nem planejamento, desde que previamente classificadas pela aplicação das normas de contabilidade pública.

⁶⁶ Decreto nº 6.017/07, art. 5º, § 6º.

⁶⁷ Lei nº 11.107/05, art. 4º § 3º e Decreto nº 6.017/07, art. 13.

⁶⁸ Decreto nº 6.017/07, art. 15.

Caberá a formalização de um contrato de rateio a cada exercício financeiro, com observância da legislação orçamentária e financeira do ente consorciado contratante. Essa formalização depende da previsão de recursos orçamentários que suportem o pagamento das obrigações contratadas.

O prazo de vigência do contrato de rateio não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual.

Celebrar contrato de rateio sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas em Lei constitui, conforme determina o Decreto nº 6.017/07, art. 13. § 3º, ato de improbidade administrativa, nos termos do disposto no art. 10, inciso XV, da Lei nº 8.429/92.

O contrato de rateio é, assim, o instrumento que vincula as previsões orçamentárias ao efetivo repasse de recursos ao consórcio público, podendo o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio desse contrato, ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão⁶⁹.

No que se refere às normas de direito financeiro, o consórcio público deve fornecer as informações financeiras necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as receitas e despesas realizadas, de forma a que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos⁷⁰.

⁶⁹ Lei nº 11.107/05, art. 8º, § 5º.

⁷⁰ Decreto nº 6.017/07, art. 17.

Havendo restrição na realização de despesas, de empenhos ou de movimentação financeira, ou qualquer outra derivada das normas de direito financeiro, o ente consorciado, mediante notificação escrita, deverá informá-la ao consórcio público, apontando as medidas que tomou para regularizar a situação, de modo a garantir a contribuição prevista no contrato de rateio⁷¹. Parágrafo único. A eventual impossibilidade de o ente consorciado cumprir obrigação orçamentária e financeira estabelecida em contrato de rateio obriga o consórcio público a adotar medidas para adaptar a execução orçamentária e financeira aos novos limites.

3.2.4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

Os estatutos do consórcio público disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos⁷². Embora somente possam participar da entidade como consorciados os entes da Federação, a lei estabelece a possibilidade de participação da sociedade civil organizada nos órgãos constitutivos, exceto a assembléia geral, órgão máximo do consórcio e cuja participação é exclusiva dos entes consorciados.

A declaração de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público, o número de votos para as suas deliberações, assim como as normas de convocação e funcionamento da mesma, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público, são cláusulas necessárias do protocolo de intenções (Lei nº 11.107/05, art. 4º, VI e VII).

Além disso, são atribuições da assembléia geral:

⁷¹ Decreto nº 6.017/07, art. 14.

⁷² Lei nº 11.107/05, art. 7º.

1. ser o órgão no qual o ente da Federação que quiser retirar-se do consórcio público deve apresentar de ato formal, de acordo com o for previamente disciplinado por lei⁷³.
2. homologar a ratificação do protocolo de intenções realizada após 2 (dois) anos da subscrição do mesmo⁷⁴.
3. Aprovar o instrumento de alteração ou a extinção de contrato de consórcio público, a ser ratificado mediante lei por todos os entes consorciados⁷⁵.

As demais atribuições dos órgãos constitutivos do consórcio público estão em aberto, o que significa que há um amplo leque de possibilidades para que se construa a participação da sociedade civil na condução do consórcio público. Como a lei não especifica quais são os demais órgãos nem as respectivas atribuições, cabendo ao protocolo de intenções e ao estatuto do consórcio público defini-los.

3.2.5. DIRIGENTES E SERVIDORES

Obrigatoriamente, ainda que a natureza jurídica seja a de direito privado, o representante legal do consórcio deverá ser o Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado, enquanto estiver no exercício do cargo. A vaga é exclusiva do ocupante do cargo de Chefe do Poder Executivo. O mandato será de um ou mais exercícios financeiros. A forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público é cláusula necessária do protocolo de intenções⁷⁶.

Sendo o consórcio público de direito privado componente da Administração Pública indireta, aplica-se ao mesmo todos os dispositivos do art. 37

⁷³ Lei nº 11.107/05, art. 11.

⁷⁴ Lei nº 11.107/05, art. 5º § 3º.

⁷⁵ Lei nº 11.107/05, art. 12.

⁷⁶ Lei nº 11.107/05, art. 4º, IX.

da Constituição federal, que dispõe sobre a Administração pública, inclusive a necessidade de concurso para admissão de pessoal.

O número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse são também cláusulas obrigatórias do protocolo de intenções⁷⁷.

Os entes da Federação consorciados, ou os com eles conveniados, poderão ceder-lhe servidores ao consórcio público, de acordo com a forma e condições da prevista legislação de cada um deles ou na própria lei que ratifica o protocolo de intenções⁷⁸.

3.2. 6. CONTRATAÇÕES

Independentemente de sua natureza jurídica, as contratações de obras e serviços e aquisição de materiais do consórcio público de direito privado devem obedecer aos preceitos da Lei nº 8.666/93. Todavia, a Lei nº 11.107/05 introduziu um parágrafo 8º ao art. 23 da Lei 8.666/93, prevendo, no caso de consórcios públicos, a aplicação em dobro dos valores mencionados no *caput* do artigo quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. Esse dispositivo amplia, dessa forma, os valores máximos de dispensa de licitação, ao número de consorciados.

O art. 1º, § único, dispõe que se subordinam ao regime da lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Cabe ainda mencionar que o Decreto nº 5.504, de 05/08/05 estabelece, em seu art. 1º, que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. Note-se que o dispositivo transcrito não distingue a personalidade jurídica do consórcio, o que significa que a regra vale para a entidade, independentemente de constituir-se sob o direito público ou o direito privado.

3.2.7. CONTROLE

Independentemente de sua natureza jurídica, o consórcio público de direito privado está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio⁷⁹.

Releva ponderar que o fato de o controle do consórcio público ser exercido pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio não tem o condão de afastar a competência de outros Tribunais de Contas dos demais entes consorciados, sob

⁷⁷ Lei nº 11.107/05, art. 4º, IX.

⁷⁸ Lei nº 11.107/05, art. 4º, § 4º.

⁷⁹ Decreto nº 6.017/07, art. 12

pena de infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas⁸⁰.

Os entes da Federação consorciados respondem subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público. Os dirigentes do consórcio público responderão pessoalmente pelas obrigações por ele contraídas caso pratiquem atos em desconformidade com a lei, os estatutos ou decisão da assembléia geral.

Por ter personalidade jurídica própria, o consórcio público responde por seus atos, sendo a responsabilidade dos entes da Federação consorciados apenas subsidiária pelas obrigações assumidas pelo consórcio.

A Lei nº 11.107/05, art. 18, incluiu duas hipóteses de configuração de improbidade administrativa no art. 10 da Lei nº 8.429/92: 1. celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei e 2. celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei."

3.3. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS⁸¹

A Constituição Federal assegura a plena liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII). A associação civil sem fins lucrativos é a forma mais flexível para a instituição de uma entidade no direito brasileiro. Regida pelo Código Civil, observa o princípio segundo o qual é permitida a fixação das condições que não estejam limitadas pela lei e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio. Qualquer atividade lícita pode ser buscada por uma associação.

⁸⁰ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 467.

⁸¹ As disposições tratadas neste item referem-se a todas as organizações civis tratadas no art. 47 da Lei nº 9.433.

As associações civis se constituem pela união de pessoas (físicas ou jurídicas) que se organizem para fins não econômicos (art. 53), não havendo, entre os associados, direitos e obrigações recíprocas, mas apenas para com a entidade à qual se associaram (art. 53, § único).

Em princípio, os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais (art. 55). Caberá também ao estatuto definir se a qualidade de associado é intransmissível ou não, estabelecendo-se as condições de transferência, se for o caso (art. 56). Mas, se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência da mesma não importará, por si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto (parágrafo único).

As seguintes condições devem constar obrigatoriamente dos estatutos da associação (art. 54), sob pena de nulidade:

1. denominação, os fins e a sede da associação;
2. requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;
3. os direitos e deveres dos associados;
4. fontes de recursos para sua manutenção;
5. o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;⁸²
6. as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução;
7. a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas⁸³.

⁸² Redação dada pela Lei nº 11.127/05.

⁸³ Incluído pela Lei nº 11.127/05.

3.3.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Não há qualquer vinculação administrativa entre as associações civis e a Administração Pública. Os vínculos obrigacionais são sempre contratuais e não institucionais, no que tange ao Poder Público.

As associações civis, no que se refere não exatamente à vinculação administrativa, mas a vinculação a setores e interesses, varia indefinidamente, de acordo com as finalidades estatutárias e a identidade dos associados, o que indica a linha da atuação da entidade.

Assim, por exemplo, uma associação de fabricantes de tintas terá uma atuação no interesse de um determinado setor – a indústria de tintas – o que implica, inclusive, gestões junto ao Poder Público na busca de benefícios, isenções etc.

Já uma associação voltada à proteção ambiental de determinada área tem uma estrutura de ações diferente, na medida em que busca viabilizar, inclusive junto ao Poder Público, meios de proteger um determinado espaço com fragilidades ambientais.

Na linha das associações voltadas aos recursos hídricos, essa afirmação aplica-se da mesma forma: cada entidade, finalidades e natureza dos associados implica um tipo de atuação, como será mencionado adiante, no item 3.4.

3.3.2. PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA CRIAÇÃO DA ENTIDADE

O procedimento de criação de uma associação civil sem fins lucrativos segue os seguintes passos:

1. Celebração de reunião para aprovação dos estatutos da entidade, devidamente formalizada mediante ata de reunião. Essa ata conterá, necessariamente, o texto do estatuto aprovado;
2. Registro da ata no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas;
3. Registro da entidade junto à Receita Federal.

3.3.3. PATRIMÔNIO

O patrimônio das associações civis é privado. Todavia, a administração de recursos financeiros públicos remete a associação à submissão a regras publicísticas.

Cabe salientar a possibilidade de entidades do Poder Público participarem de uma associação civil sem fins lucrativos. Um exemplo é o consórcio Intermunicipal das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, inicialmente composto apenas por Municípios, devidamente autorizados por lei municipal para dele participar, inclusive com dotações orçamentárias específicas. Nesse caso, o patrimônio da associação civil pode assumir natureza pública, se, por exemplo, a sua sede tiver sido doada por uma entidade de direito público.

Posteriormente, vieram participar do consórcio empresas privadas e públicas, como a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, o que significa que o patrimônio do Consórcio passou a ter natureza mista.

3.3.4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

A assembléia geral é órgão necessário da associação, exercendo função legislativa. A ela compete privativamente destituir os administradores e alterar o estatuto (Código Civil, art. 59⁸⁴), exigida a deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo *quorum* é o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.

A convocação dos órgãos deliberativos faz-se na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la (art. 60). A gestão da associação é exercida por um diretor ou uma diretoria, podendo ser criados outros órgãos auxiliares, como conselhos consultivos, fiscais etc.

3.3.5. DIRIGENTES E SERVIDORES

Os dirigentes da associação serão escolhidos conforme dispuser o seu estatuto. Ainda que com personalidade jurídica de direito privado, e totalmente desvinculada da administração pública, na medida em que uma associação civil recebe recursos públicos, passa a obrigar-se, para a contratação de pessoal, ao regime jurídico de direito público, cabendo a realização de concurso, cabendo unicamente o regime da CLT.

3.3.6. REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÕES

Ainda que com personalidade jurídica de direito privado, e totalmente desvinculada da Administração Pública⁸⁵, na medida em que uma associação civil recebe recursos públicos, passa a obrigar-se, para as contratações, ao regime jurídico de direito público para licitar e contratar.

Nesse caso, para as entidades delegatárias existem normas específicas da ANA para contratação. O art. 9º da Lei nº 10.881/04 remete a norma própria da ANA os procedimentos que a entidade delegatária adotará para a seleção e recrutamento de pessoal, bem como para compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos públicos, consubstanciado na Resolução ANA

⁸⁴ Redação dada pela Lei nº 11.127/05.

⁸⁵ O fato de entes do Poder Público fazerem parte de uma associação civil não a torna uma entidade de direito público.

nº 454. Para as entidades equiparadas, previstas na Lei nº13.199/97, de Minas Gerais, aplica-se a Lei nº 8.666/93.

3.3.7. CONTROLE

Ainda que com personalidade jurídica de direito privado, e totalmente desvinculada da administração pública, na medida em que uma associação civil recebe recursos públicos, passa a submeter-se aos controle vigentes para os órgãos e entidades públicas – Tribunal de Contas e Poder Legislativo, além do Ministério Público.

3.4. ORGANIZAÇÕES CIVIS DE RECURSOS HÍDRICOS

No modelo das Entidades Delegatárias, regido pela Lei nº10.881/04, as organizações civis de recursos hídricos podem receber delegação do Conselho Nacional de Recursos hídricos – CNRH para exercerem as funções de Agência de Água, exceto no que toca à cobrança pelo uso da água. De um modo geral, todas as categorias elencadas no art. 47 da Lei nº 9.433/97 constituem associações civis, a saber:

1. consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas;
2. associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos;
3. organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos;
4. organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade;

Apenas as “outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos”, constantes do inciso V do citado artigo podem assumir outra natureza jurídica, que seria a fundação de direito privado.

Cabe, dessa forma, detalhar as espécies de associação civil acima relacionadas, enfatizando que todas as quatro possuem a natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos. O traço de distinção é unicamente a finalidade estatutária e o tipo de associado de cada grupo. Aponta-se, nesse passo, a exceção a isso, que constitui a fundação de ensino e pesquisa, enquadrada como “organização de ensino e pesquisa” na lei.

3.4.1. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL

O consórcio intermunicipal de que trata a Lei nº 9.433/97, em seu art. 47, não se confunde, em nenhuma hipótese, com a figura jurídica do consórcio público. O consórcio intermunicipal consiste em uma associação civil criada por municípios, devidamente autorizados por lei para dele participar e contribuir com a seu custeio e demais despesas, com finalidades das mais variadas, inclusive a proteção do meio ambiente e dos recursos hídricos. A expressão “consórcios intermunicipais” nada tem a ver com a natureza jurídica dessa associação.

Cabe aqui distinguir essa associação civil, dotada de personalidade jurídica própria, da antiga figura do consórcio administrativo, mero acordo celebrado entre municípios, sem qualquer personalidade jurídica, visando a um objetivo comum, que não mais vigora no direito pátrio, por ter sido substituído pelos consórcios públicos.

O consórcio intermunicipal, sendo associação civil regida apenas pelo Código Civil, diferentemente do consórcio público de direito privado, que rege-se igualmente pela Lei nº 11.170/05, pode ter, como associados, outros entes que não as pessoas políticas, mas empresas usuárias dos recursos hídricos.

É o caso, por exemplo, do consórcio Intermunicipal das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – Consórcio PCJ, objeto de estudo no Relatório 2, que conta com a participação de importantes empresas usuárias das bacias hidrográficas, inclusive entidades de direito privado da Administração Indireta, concessionários de serviços de saneamento, como a

SABESP (Estado de São Paulo) e a SANASA (Campinas). Releva notar que o citado Consórcio PCJ participa dos comitês dessas bacias hidrográficas no segmento dos usuários, constituindo, também, uma associação de usuários.

3.4.2 ASSOCIAÇÃO DE USUÁRIOS

As associações de usuários de recursos hídricos também são associações civis, compostas por pessoas jurídicas de direito público ou direito privado, usuárias do recurso. Assim, as associações de empresas de diversos setores constituem essa categoria, como as Federações das Indústrias nos Estados, as associações das Empresas de Energia Elétrica, Associações de Pescadores etc.

De acordo com a natureza das finalidades da associação, bem como das pessoas que dela fazem parte, a associação de usuários seguirá uma direção específica.

Releva notar que nem sempre os objetivos das associações de usuários são idênticos: as associações de pescadores lutam pela vazão e pela qualidade da água; as associações de usuários industriais buscam vazões e formas de diluir seus efluentes, por exemplo.

3.4.3. ORGANIZAÇÕES TÉCNICAS E DE ENSINO E PESQUISA

As organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos de recursos hídricos constituem entidades voltadas a aspectos acadêmicos e técnicos e não a questões setoriais ou empresariais.

Nessa linha as universidades não públicas, as fundações de ensino e pesquisa e as associações formadas por técnicos cuja atuação reporta-se aos recursos hídricos, constituem as denominadas “organizações técnicas de ensino e pesquisa”. Como exemplo, citam-se, a Associação Brasileira de Recursos Hídricos

– ABRH, a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas - ABAS e a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental – ABES.

3.4.4. ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS - ONGS

As Organizações Não Governamentais – ONG's são associações civis constituídas por pessoas físicas ou jurídicas, que não representam, na entidade, nenhum setor específico. Participam apenas como membros da sociedade civil, defensora dos direitos difusos: recursos hídricos, meio ambiente, florestas, saúde etc.

4. Referências Bibliográficas

Di Pietro, M. Sylvia. Direito Administrativo, 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas – Disciplina Jurídica das Águas Doces, 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: RT, 2001.

Negrão, Teotônio, Gouvêa, José Roberto F. Código Civil e Legislação Civil em Vigor. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Wladimir António. Cooperação Federativa e a Lei de Consórcios Públicos. Brasília DF: CNM, 2007.