

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO FORMOSO

PROCESSO Nº 02088e21

PARECER Nº 00258-21

EMENTA: CONSULTA. GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. ENTES FEDERATIVOS. MUNICÍPIOS. IMPLANTAÇÃO DE UMA “CASA DE APOIO”. INSTRUMENTO JURÍDICO. CONSÓRCIO PÚBLICO REVESTIDO NAS FORMAS E CONDIÇÕES DA LEI Nº 11.107/05. ÁREA DE ATUAÇÃO RESTRITA A SOMA DOS TERRITÓRIOS DOS MUNICÍPIOS ENVOLVIDOS. EXTRAPOLAÇÃO. PELA IMPOSSIBILIDADE.

O instrumento jurídico adequado para uma gestão associativa entre dois municípios, que tem como objeto a implantação de uma “Casa de Apoio” destinada a prestar serviço de assistência social, é a formação de um consórcio público, nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005, consoante previsto pelo art. 241 da CRFB. Ocorre que, nos termos do art. 4º, § 1º, I, da Lei nº 11.107/05, a área de atuação do consórcio está restrita a soma dos territórios dos municípios envolvidos, não sendo permitida sua atuação em território que extrapole essa área delimitada.

O Chefe do Poder Executivo do município de **CAMPO FORMOSO**, Sr. Elmo Aluízio Vieira Nascimento, por intermédio de Ofício s/n, endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCMBA), aqui protocolado sob o nº 02088e21, solicita parecer consultivo acerca do seguinte questionamento:

QUESITO 01: “É possível a formalização de instrumento jurídico entre os Municípios de Campo Formoso e Senhor do Bonfim objetivando a instalação e funcionamento de Casa de Apoio, no Município de Salvador, através do qual sejam estabelecidas obrigações recíprocas, com definição de valores, regras e critérios de participação financeiras para o rateio proporcional das despesas operacionais pertinentes à locação e manutenção deste espaço acolhedor, destinado à assistência digna aos pacientes campo-formosense e bonfinenses em tratamento fora do domicílio?”

QUESITO 02: “Em caso afirmativo, é possível que o instrumento jurídico de pactuação entre os Municípios de Campo Formoso e Senhor do Bonfim estabeleça a obrigação de que o processo de locação do imóvel, observadas as exigências da Lei nº. 8.666/93 e disposições correlatas, assim como as despesas comuns com serviços públicos de energia elétrica, água, esgoto, aluguéis e demais custos operacionais, sejam assumidas por um dos celebrantes, mediante reembolso das parcelas despendidas, observado os critérios de desembolso mensal estabelecidos no rateio proporcional das despesas?”

Da legitimidade. Verifica-se que a presente consulta se enquadra na regra prevista no artigo 208 da Resolução TCM nº 1392/2019, haja vista se tratar de autoridade competente (art. 208, I – Prefeito) para formular Consulta a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares concernentes à matéria que lhe seja legalmente afeta.

Registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **são confeccionados sempre em tese**, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Resolução TCM nº 1392/2019 (Regimento Interno), razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

Ademais, cumpre-nos observar que o Tribunal de Contas não pode atuar em substituição ao assessor jurídico ou contábil de seus jurisdicionados, nem se prestam a validar atos dos gestores municipais.

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União enfatiza a impossibilidade das Cortes de Contas serem órgãos consultivos dos atos da Administração Pública:

Não pode o TCU substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar. O Tribunal não é órgão consultivo da Administração Pública, cabendo ao gestor efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para, então, decidir sobre sua forma de ação. (TCU - Acórdão 222/2018-Plenário, 07.02.2018)

De regra, o TCU não é órgão consultivo da Administração Pública, responsável pelo controle prévio dos atos de gestão. Cabe ao gestor, com base em pareceres de órgãos competentes, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para então decidir sobre sua forma de ação. (TCU - Acórdão 1901/2009-Plenário, 26.08.2009) (g.n)

Isso porque, em matéria de consulta, compete a esta Corte apenas a resolução de dúvida de jurisdicionado acerca da aplicação da lei.

Em tempo, impende ainda ressaltar que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Preliminarmente, cumpre-nos esclarecer que à gestão associada de serviços públicos entre entes federados, cerne do primeiro questionamento do Consultante, está prevista no art. 241 da Constituição Federal (CRFB), senão vejamos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de **lei os consórcios públicos** e os **convênios de cooperação** entre os entes federados, **autorizando a gestão associada de serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A gestão associada de serviços públicos consiste no compartilhamento, entre diferentes entes federativos, do desempenho de certas funções ou serviços públicos de interesse comum. Trata-se, portanto, de uma forma de cooperação federativa e deve estar consubstanciada em um instrumento jurídico que estabeleça as bases do relacionamento entre os Entes abrangidos. Veja que o dispositivo constitucional remete a operacionalização na formação de consórcios públicos ou mediante convênios de cooperação.

No caso em tela, informa o Peticionante que, a gestão associada seria entre dois municípios por intermédio de uma “Casa de Apoio” a ser instalada, ou seja, uma “governança descentralizada”, portanto não seria realizada diretamente pelos municípios envolvidos. Desta sorte, o instrumento jurídico não poderia ser um mero convênio de cooperação entre os entes públicos envolvidos, de natureza precária. Ademais as atividades desenvolvidas não seriam prestadas por um órgão ou entidade de um ente federado de titularidade de outro ente federado.

Observa-se também que, nos estritos termos do quanto questionado, a consulta não se refere a termos de parceria com entidades filantrópicas, disciplinadas pela Lei nº

13.019/14, mas sim à gestão associada de serviços públicos entre dois municípios que atuariam de forma cooperada e descentralizada.

Diante do contexto apresentado, e em tese, resta-nos verificar quanto a possibilidade de formação de um consórcio público, outra hipótese de gestão associada entre entes federados, para *“instalação e funcionamento de Casa de Apoio”* (em um município distinto dos dois entes federados associados), *“através do qual sejam estabelecidas obrigações recíprocas, com definição de valores, regras e critérios de participação financeiras para o rateio proporcional das despesas operacionais pertinentes à locação e manutenção deste espaço acolhedor, destinado à assistência digna aos pacientes (...) em tratamento fora do domicílio”*.

Os consórcios públicos travestem-se em formas de associação e de coordenação entre entes federativos no intuito de gerir serviços públicos de maneira conjunta ou coordenada, por meio do regramento da prestação dos serviços e da alocação de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais conforme as necessidades e as possibilidades de cada um dos Entes envolvidos. As normas gerais de contratação de consórcios públicos são regidas pela Lei nº 11.107/05 e regulamentadas pelo Decreto nº 6.017/07.

Os consórcios públicos têm natureza CONVENIAL, portanto exigem a criação de obrigações recíprocas entre as partes, com vista a bem atingir o objetivo de interesse comum. O artigo 2º, I, do Decreto nº 6.017/07, traz o conceito de consórcio público, enfatizando o fato de sua formação, necessariamente sob a forma de associação pública, ou seja, dispondo de personalidade jurídica própria, seja de direito público ou privado, e o tratamento diferenciado dado a cada hipótese:

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

I - consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

Dito isso, cumpre pontuar que o art. 241 da CRFB estabelece como principal objetivo dos Consórcios “a *gestão associada de serviços públicos*”. Nesta direção, é importante recorrermos a doutrina administrativista com o fito de auxiliar na análise acerca do alcance do termo “*serviços públicos*”, abaixo conceituado:

“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”¹.

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.²

Os conceitos retromencionados guardam assento comum na medida em que sinalizam que prestação estatal deve objetivar a **satisfação de necessidades coletivas**; atendidas estas estar-se-ia diante de um típico serviço público, podendo, portanto, ser gerido de forma associada.

Assim, pode-se dizer que os consórcios públicos são parcerias formadas por dois ou mais entes da federação, mediante autorização legislativa, com a finalidade de propiciar a gestão associada de serviços de interesse comum, principalmente nas áreas de saúde, assistência social e saneamento básico.

Destacadas tais premissas, seguiremos na análise quanto a possibilidade da gestão associada de serviços públicos objetivando a instalação e funcionamento de uma “Casa de Apoio”. A Resolução 109/2009 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) define “Casa-Lar” como um serviço de acolhimento institucional, portanto de natureza socioassistencial. Senão vejamos:

Art. 1º. Aprovar a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, conforme anexos, organizados por níveis de complexidade do SUAS: Proteção Social Básica e Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade, de acordo com a disposição abaixo:

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual., Malheiros: São Paulo, 2003, p 319.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. ref. ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p 612.

[...]

III — Serviços de Proteção Social Especial de Alta Complexidade:**a) Serviço de Acolhimento Institucional, nas seguintes modalidades:**

- abrigo institucional;
- **Casa-Lar**;
- Casa de Passagem;
- Residência inclusiva.

(...) (g.n)

Dito isto, **quanto ao objeto**, vislumbra-se como possível a celebração de consórcio público na área de assistência social, a fim de garantir a assistência digna aos pacientes. Esse entendimento já foi objeto de manifestação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG) nos autos do processo de consulta nº 837.685³, cujo trecho extraímos:

Conclusão: quanto ao primeiro questionamento dos consulentes, respondo que a implantação de uma “casa-lar” destinada a acolher crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social poderá ser efetivada mediante consórcio público, nos termos da Lei Federal n. 11.107/2005, por envolver serviço socioassistencial de alta complexidade, passível de gestão associada. (g.n)

Porém, **quanto a abrangência territorial**, área de atuação do consórcio público, destacamos o que estabelece o inc. I, § 1º, do art. 4º, da Lei Federal nº 11.107/05:

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

[...]

III – a indicação da área de atuação do consórcio;

[...]

§ 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, **considera-se como área de atuação do consórcio público**, independentemente de figurar a União como consorciada, **a que corresponde à soma dos territórios:**

I – dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos; (g.n)

Portanto, segundo a norma supramencionada, a área de atuação do consórcio público corresponderá à soma dos territórios dos municípios, quando somente por estes constituído. Esse também é o entendimento manifestado pelo Ministério Público e Contas

3 Disponível na página <<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1737.pdf>>, visitada em 15/02/2021.

do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (MPC-GO) nos autos do processo de consulta 05/04260014⁴, do qual destacamos:

1) Qual será a atual abrangência de territorialização de participação de municípios em um determinado consórcio - seguirá critérios de organização associativas, ou das definidas no Plano Diretor de Regionalização da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina, ou de participação de municípios de diversas regiões do Estado, ou também poderá encampar municípios de fronteiras de outros Estados vizinhos?

A resposta a este questionamento parece estar visível na redação do art. 4º, § 1º, I, II e IV, da Lei nº 11.107/05, com as explicações das razões de veto aos incisos III e V:

Art. 4º [...]

§ 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

I – dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;

II – dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de 1 (um) Estado ou por 1 (um) ou mais Estados e o Distrito Federal;

III – (VETADO)

IV – dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios; e

V – (VETADO)

Segundo a norma supratranscrita, a área de atuação do consórcio público corresponderá à soma dos territórios dos municípios, quando somente por estes constituído, inclusive de territórios pertencentes a Estados distintos.

[...]

IV. CONCLUSÃO

[...]

2. Responder ao Consulente nos seguintes termos:

2.1 A área de atuação do consórcio público, nos termos do art. 4º, § 1º, I, da Lei nº 11.107/05, corresponderá à soma dos territórios dos municípios, quando somente por estes constituído, inclusive pertencentes a Estados distintos.

Dito isto, e **respondendo o primeiro questionamento do Consulente: o instrumento jurídico adequado para uma gestão associativa entre dois municípios, que tem como objeto a implantação de uma “Casa de Apoio” destinada a prestar serviço de assistência social, é a formação de um consórcio público, nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005, consoante previsto pelo art. 241 da CRFB. Ocorre que, no**

4 Disponível na página <<https://consulta.tce.sc.gov.br/relatoriosdecisao/relatoriotecnico/2822886.HTM>>, visitada em 16/02/2021.

caso em tela, a prestação desse serviço seria na área territorial de um terceiro município não consorciado. Porém, nos termos do art. 4º, § 1º, I, da Lei nº 11.107/05, a área de atuação do consórcio está restrita a soma dos territórios dos municípios envolvidos, não sendo permitida sua atuação em território que ultrapasse essa área delimitada. Conclui-se, portanto, que não se admite a criação de uma pessoa jurídica de caráter associativo, para a prestação de serviço público, que não seja revestida das formas e condições da Lei nº 11.107/05.

O **segundo questionamento** do Peticionante, qual seja: *“Em caso afirmativo, é possível que o instrumento jurídico de pactuação (...)”* resta prejudicado haja vista a impossibilidade descrita na primeira indagação.

É importante observar, porque oportuno, que nos processos consultas, o Tribunal não atua de ofício, mas por provocação. Desta sorte, nosso opinativo encontra-se adstrito ao quanto questionado, não sendo justificada a interpretação ampliativa do pedido. E conforme já mencionado neste parecer, a consulta não se referiu a termos de parceria com entidades filantrópicas, disciplinadas pela Lei nº 13.019/14, mas a gestão associada de serviços públicos entre dois municípios que atuariam de forma cooperada e descentralizada (instalação de “Casa de Apoio”).

Apenas a título de esclarecimento, no que se refere ao tema convênio, sugere-se a leitura do parecer AJU nº 01441-19, emitido nos autos do processo de consulta nº 11500e19⁵.

É o parecer. À consideração superior.

Em, 17 de fevereiro de 2021.

Karina Menezes Franco
Assessora Jurídica
Auditora de Controle Externo

Revisado por Alessandro Macedo – Chefe da AJU

5 Disponível na página <<https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/11500e19.odt.pdf>>, visitada em 16/02/2021.