

**FUNDAÇÃO DE AMPARO À ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – ENA
BRASIL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO LATO SENSU EM CONTROLE EXTERNO NAS
CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

JAQUELINE MATTOS SILVA PEREIRA

**POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO TCE/SC NO CONSÓRCIO REGULATÓRIO
ARIS**

FLORIANÓPOLIS

2013

JAQUELINE MATTOS SILVA PEREIRA

POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO TCE/SC NO CONSORCIO REGULATÓRIO

ARIS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação de Amparo à Escola Nacional de Administração – ENA Brasil, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista.

Orientador: Evandro José da Silva Prado

FLORIANÓPOLIS

2013



JAQUELINE MATTOS SILVA PEREIRA

**POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO TCE/SC NO CONSÓRCIO
REGULATÓRIO ARIS**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em *Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos* pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.

Orientador: _____

Mestre Evandro José da Silva Prado
Tribunal de Contas de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica _____

Claudia Regina Castellano Losso
Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 22 de agosto de 2013.

O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução nº TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCESC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA .

Título da Monografia:

Aluno (a):

Orientador:

RESUMO

PEREIRA, Jaqueline Mattos Silva. **A possibilidade de atuação do TCE/SC no consórcio regulatório Aris**. 2013. 73f. Trabalho de Conclusão (Curso de Especialização *lato sensu* em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos) – Fundação de Amparo à Escola Nacional de Administração - ENA BRASIL. Convênio com o Tribunal de Contas de Santa Catarina/Instituto de Contas – ICON, Florianópolis, 2013.

As Agências Reguladoras foram criadas para fiscalizar a prestação de serviços públicos praticados pela iniciativa privada, possuindo funções que se assemelham as desempenhas pelos poderes legislativo, executivo e judiciário. São entes de direito público criados, em regra, sob a forma de autarquias em regime especial. Com o advento da Lei nº 11.445/07, que regula os serviços públicos de saneamento básico, tornou-se possível a criação de consórcios regulatórios para a regulação da prestação dos serviços desse setor. Dentro desse contexto, foi criada no Estado de Santa Catarina, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – Aris, um consórcio regulatório, constituído por diversos municípios catarinenses. O presente trabalho visa analisar a Aris, que tem por objetivo regular e fiscalizar todas as atividades do saneamento básico: abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo dos resíduos sólidos, limpeza urbana e drenagem pluvial, caracterizada como consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, integrante da administração indireta dos municípios consorciados, sendo passível de fiscalização pelo TCE/SC. Nesse sentido, no contexto das normas aplicáveis a questão, o presente trabalho busca analisar a competência do Tribunal de Contas de Santa Catarina e os tipos de fiscalização que este pode exercer sobre a Aris.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Agência Reguladora. Consórcio Regulatório. Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – Aris. Fiscalização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	8
2.1 AGÊNCIAS REGULADORAS.....	8
2.1.1 Conceito e natureza jurídica.....	9
2.1.2 Competência e atribuições.....	12
2.1.3 Independência administrativa e financeira	15
2.1.4 Estabilidade dos dirigentes.....	16
2.2 CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	19
2.2.1 Finalidade.....	22
2.2.2 Constituição, alteração e extinção do consórcio.....	24
2.2.3 Direito de retirada.....	29
2.2.4 Responsabilidade do consórcio e dos seus entes	30
2.2.5 Contrato de programa.....	31
2.2.6 Contrato de rateio.....	35
2.3 CONTROLE EXTERNO E TRIBUNAIS DE CONTAS.....	36
2.3.1 Funções exercidas pelos Tribunais de Contas.....	39
3 CONSÓRCIO REGULATÓRIO: A EXPERIÊNCIA EM SANTA CATARINA..	42
3.1 AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO - ARIS.	42
3.2 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA NO CONSÓRCIO REGULATÓRIO ARIS.....	54
4 CONCLUSÃO.....	62
5 REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

As Agências Reguladoras começaram a surgir no Brasil nos anos 90 em razão da instituição de um novo modelo organizacional do Estado que possibilitou a significativa redução de sua participação na atividade econômica, permitindo a iniciativa privada a atuar em setores que cabiam exclusivamente ao poder público.

São entes de direito público criados para normatizar, controlar e fiscalizar as atividades econômicas ou a prestação de serviços públicos por particulares, em regra, sob a forma de autarquias em regime especial.

A Lei nº 11.445/07, que regula os serviços públicos de saneamento básico, permitiu que a regulação desse setor pudesse ser realizada por meio de consórcio público integrado pelos titulares dos serviços.

Tal previsão legal permite que os consórcios municipais de saneamento atuem como instrumentos de efetivação das atividades de regulação em entes federados que não a possuíam ou a possuíam de forma deficitária, permitindo a melhoria da qualidade e ampliação dos serviços de saneamento básico.

Assim, foi criada em 1º de dezembro de 2009, em Santa Catarina, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS com o fim de regular e fiscalizar todas as atividades do saneamento básico: abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo dos resíduos sólidos, limpeza urbana e drenagem pluvial, possuindo, hoje 156 municípios consorciados.

A Aris pode ser caracterizada como consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, constituída como associação pública, integrante da administração indireta dos municípios consorciados, estando sujeita a fiscalização do TCE/SC.

Dentro desse contexto, esse trabalho tem por objetivo geral verificar a possibilidade de atuação do TCE/SC na Aris, destacando as formas de fiscalização que poderão ser exercidas.

O presente estudo está dividido em dois capítulos. No primeiro, serão analisadas as Agências Reguladoras, os consórcios públicos e o controle externo e Tribunais de Contas. No que tange as Agências Reguladoras serão destacadas o processo histórico que gerou sua criação, conceito, natureza jurídica e principais

características dessas entidades. Em relação aos consórcios públicos, estes serão analisados de forma mais aprofundada com intuito de se conhecer melhor sobre o assunto, possibilitando que se verifique, no segundo capítulo, se a Aris se enquadra nos preceitos constitucional e infralegal atinentes aos consórcios públicos. No que diz respeito ao controle externo e Tribunais de Contas, serão tratadas a previsão constitucional, competências e funções exercidas pelos Tribunais de Contas.

No segundo capítulo, será estudada a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS, sua criação, municípios consorciados, competência, enquadramento legal, estrutura, além do estudo da possibilidade de atuação do TCE/SC sobre o referido consórcio regulatório, destacando sua competência, tipos de fiscalização, o que foi feito até o momento e o que poderá ser realizado.

Dentre a metodologia trabalhada, o delineamento da pesquisa é o estudo de caso, com o intuito de privilegiar o conhecimento prático aplicável ao Tribunal de Contas de Santa Catarina.

Pretende-se com a presente monografia, contribuir para promover a difusão entre os servidores do TCE/SC e demais interessados a respeito dos consórcios regulatórios, suas peculiaridades e a possibilidade de atuação do TCE/SC sobre os mesmos. Além disso, espera-se contribuir para a melhoria da atuação do TCE/SC e conseqüentemente dos serviços de saneamento básico.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

A idéia de criação das agências reguladoras no Brasil surgiu no início dos anos 90 em razão da instituição de um novo modelo organizacional do Estado. A materialização desse modelo deu-se após o advento do Plano Nacional de Desestatização (PND), amparado pela Lei nº 8.031 de 1990 e alterado posteriormente pela Lei 9.491 de 1997¹.

A particularidade deste novo modelo de Estado se dá pela significativa redução de sua participação na atividade econômica, permitindo que a iniciativa privada atue em setores que antes eram totalmente dirigidos pelo poder público, como foram os casos das telecomunicações e da energia elétrica. Essa participação do setor privado se dá por meio de desregulamentação, desestatização ou desmonopolização de atividades e técnicas de delegação, colaboração e gestão privada. (Cuellar, 2001, p. 58).

Di Pietro (2008, p. 177) entende também que o marco inicial desse processo de criação de agências reguladoras foi o movimento de Reforma do Estado e da introdução da idéia de competição entre concessionárias de serviços públicos, havendo a necessidade de se regular as atividades objeto de delegação a empresas privadas, para assegurar regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência.

Antes mesmo de se consolidar o processo de privatização de empresas estatais no país, a Constituição Federal, nos seus artigos 21, XI e 177, § 2º, III já havia previsto a criação das Agências Reguladoras para os setores de telecomunicações e petrolífero conforme segue:

Art. 21. Compete à União:

¹ Nesse diapasão, surgiram também emendas constitucionais que permitiram a delegação ao setor privado da prestação de serviços públicos que até então eram explorados exclusivamente pelo Estado, tais como a de nº 5, de 15 de agosto de 1995, que transferiu aos Estados a competência para exploração diretamente, ou mediante concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado; nº 6, de 15 de agosto de 1995, que pôs fim a distinção entre o capital nacional e estrangeiro; nº 7 de 15 de agosto de 1995, que tratou da abertura para navegação de cabotagem; nº 8, de 15 de agosto de 1995, que flexibilizou o monopólio dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de imagens; e nº 9, de 9 de novembro de 1995, que flexibilizou o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural.

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

Anos mais tarde, já com a quebra do monopólio das telecomunicações e do petróleo, foram instituídas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.427/97) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/97). Destaque-se que as referidas Agências foram criadas para regulação e controle de atividades até então exercidas pelo Estado como monopólio.

Ressalte-se que a outorga do direito de explorar atividade essencialmente pública pelo setor privado se deu através da Lei de Concessões dos serviços públicos, Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que passou a regular a concessão destes serviços que até então eram exercidos pelo Estado.

2.1.1 Conceito e natureza jurídica

As Agências Reguladoras são entes de direito público criados para exercerem funções típicas de Estado, em regra, sob a forma de autarquias em regime especial.

Ratificando esse entendimento, Di Pietro (2008, p. 178) assim se manifesta:

[...]agência reguladora, em sentido amplo, é, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. **Em sentido restrito, e abrangendo apenas o modelo mais recente, agência reguladora é entidade da Administração Indireta, em regra autarquia de regime especial, com a função de regular a matéria que se insere em sua esfera de competência, outorgada por lei.**

O artigo 5º, inciso I, do decreto-lei 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal traz a definição de autarquia, como segue:

Art. 5º Para fins desta lei, considera-se:

I – Autarquia – o 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 descentralizado.

Hely Lopes Meirelles (2000, p. 326) leciona:

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que ele deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz de que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalístico do serviço autárquico.

Como as autarquias do modelo tradicional eram vinculadas ao Poder que as criou (Poder Executivo) e para garantir que as delegações de serviços fossem realizadas e fiscalizadas por entidades com maior autonomia administrativa, financeira e técnica foram criadas as autarquias de regime especial ou simplesmente, Agências Reguladoras.

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 81) afirma:

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, tais “órgãos foram sendo criados, sob a forma de autarquias de regime especial, e nominados de “agências reguladoras”, em virtude de sua atribuição fundamental: o exercício da função regulatória. Apesar da expansão de semelhante regime, entendemos que a única novidade foi a criação de autarquias especificamente voltadas para os setores desestatizados. Com efeito, autarquias sempre foram concebidas para a execução de tarefas tipicamente estatais e, antes das novas agências, outras autarquias

existiam com função de controle. A novidade, repetimos, decorreu do inevitável atrelamento entre o programa de desestatização e as novas autarquias – agora cognominadas de “agências”.

Sérgio Guerra (2005, p. 92) entende que as Agências Reguladoras justamente pela “necessidade de serem titulares de funções públicas, têm a natureza jurídica de autarquia especial e integram a administração indireta do ente político titular da competência descentralizada”.

Importante ressaltar novamente que as atividades de regulação são em regra exercidas por agências independentes, sob a forma de autarquias especiais, que gozam de autonomia administrativa, orçamentária e decisória. Em regra, porque a partir da Lei nº 11.445/07, que regula os serviços públicos de saneamento básico, a regulação desse setor pode ser realizada por meio de consórcio público. Dispõem os artigos 8º e 15, II da lei em referência:

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

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

I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

II – por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Ressalte-se que a criação do consórcio regulatório justifica-se no caso de municípios não abrangidos por nenhuma atividade de regulação ou que não delegaram o serviço de saneamento a agência estadual ou a inexistência de entidade regulatória de abrangência estadual ou municipal.

Marques Neto (2009, p. 186) tratando sobre o tema da regulação do saneamento básico afirma:

Ponto bastante importante da Lei Nacional de Saneamento é a possibilidade de que a atividade de regulação seja delegada a um ente plurifederativo (v.g., um consórcio) ou para um regulador integrante da administração pública de outra esfera da federação (CF, art. 23, § 1º). Tal possibilidade se mostra especialmente importante, pois, tendo os serviços de saneamento características predominantemente locais, predicando titularidade municipal, nem sempre será conveniente instituir um órgão regulador em cada município titular dos serviços. Para além de implicar alguma ineficiência econômica, a multiplicação de órgãos reguladores municipais tenderia a criar reguladores menos apetrechados e mais vulneráveis à captura por

prestadores integrantes de grupos (públicos ou privados) com atuação em vários municípios.

Destaque-se que os consórcios regulatórios, da mesma forma que as autarquias em regime especial, devem apresentar autonomia administrativa, orçamentária e financeira, conforme preconiza o artigo 21, da Lei nº 11.445/2007.

2.1.2 Competência e atribuições

Quanto às competências e atribuições, as agências reguladoras possuem funções que se assemelham as funções desempenhas pelos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Em relação ao Poder legislativo, possuem função normativa publicando seus atos administrativos por meio de resoluções, portarias e instruções normativas a fim de regularem os setores que foram delegados a iniciativa privada, justificando, assim, o nome do órgão regulador ou agência reguladora.

Em relação ao Poder Executivo, a função de poder de polícia pela qual a agência impõe coercitivamente aos entes regulados que sejam cumpridas as regras estabelecidas sob pena de sofrerem sanções administrativas.

E por fim, em relação ao poder judiciário, porque possuem função quase-jurisdicional, resolvendo, no âmbito de suas atividades controladas, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público e entre estes e os usuários de serviço público. Como as agências possuem conhecimento técnico do respectivo setor econômico, nada mais justo que esta dirima os conflitos surgidos. Ressalte-se que não se trata de decisão jurisdicional, não havendo afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, podendo estas decisões ser apreciadas pelo Judiciário.

Para Marques Neto as Agências Reguladoras reúnem os poderes: normativo consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); de outorga, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com a políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; de fiscalização do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de

modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios; sancionatório, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; de conciliação, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica; e por fim de recomendação, consistentes na prerrogativa, muitas vezes previstas na lei que cria a agência, de o regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas. (2005, p. 60).

Leila Cuéllar (2001, p. 81) tendo em vista seu elenco de funções afirma que as agências reguladoras:

1. São entes reguladores, ou seja, atribui-se-lhes uma gama de competências que tornam as agências aptas a definir o regime legal específico de determinado feixe de atividades. Tal se dá de forma imediata (através da positivação de regras) e mediata (através da aplicação executiva de regras preexistentes);
2. São entes que promovem e firmam as contratações pertinentes à sua atividade. Ou seja, detêm competência administrativa para outorgar (mediante licitações e contratos) o exercício de atividades (serviços públicos) a terceiros;
3. São entes fiscalizadores, no sentido de que controlam o cumprimento dos contratos administrativos e a execução dos serviços cuja execução foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas em sentido estrito;
4. São entes com competência sancionatória, pois podem punir, aplicando sanções àqueles que descumprirem as normas vinculadas aos serviços ou atividades econômicas.
5. São entes que mantêm contacto direto com o usuário dos serviços (ou atividade econômica) a eles vinculados, exercendo papel de ouvidor de reclamações e denúncias, proporcionado a arbitragem de conflitos, bem como possibilitando a participação dos usuários ou consumidores a audiências públicas.

Importante ressaltar que parte da doutrina não aceita que as agências, órgãos administrativos, reúnam funções típicas de outros poderes.

Florian Azevedo não vê impedimento constitucional na multiplicidade de funções das agências, entendendo que a tripartição dos poderes não envolve nem

de longe, uma segregação estanque de cada função estatal, citando a título de exemplo a competência do Tribunal de Contas da União de aplicar sanções diretamente aos administradores públicos, sanções pela prática de despesa ilegal ou irregular que em si poderíamos considerar uma função quase judicial. (2005, p. 107)

Corroborando do entendimento acima, manifesta-se Leila Cuéllar (2001, p. 119/110) como segue:

[...] a separação dos poderes não implica (não tem condições fáticas de implicar) o bloqueio de “funções atípicas”. São questões que se desdobram em diferentes perspectivas: de um lado, está a necessidade de controle recíproco dos poderes outorgados a cada um dos órgãos estatais; de outro, a necessidade de emanação de atos extraordinários, atípicos e diversos daquela competência que lhes é “originalmente” outorgada. Uma realidade não exclui a outra: não será a prática de um provimento atípico excludente do controle a ser exercido pelos demais poderes. Daí por que, *verbi gratia*, o Poder Legislativo pode julgar seus membros e o Poder Judiciário criar seus Regimentos Internos (normas que geram direitos e deveres para os particulares).

A respeito da concessão, permissão e autorização do serviço público, a autora citada entende que as atribuições das Agências Reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público, resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar o ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste (quando for o caso), controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao poder público na concessão, permissão e autorização. Isso significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas as atribuições para colocá-las nas mãos da agência. (2008, p. 179).

Sobre o assunto traz-se lição de Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 118) que enfatiza:

A autonomia das agências reguladoras existe, em maior ou menor escala, frente a todos os poderes do Estado, revelando-se mais sensível em face do Poder Executivo, tendo em vista o maior número de pontos de contato que com ele possui, e a tradicional, mas ultrapassada, idéia de subordinação hierárquica ao Chefe do Governo de todos os agentes e entidades do aparato administrativo.

2.1.3 Independência administrativa e financeira

A independência das agências reguladoras é essencial para que possam cumprir satisfatoriamente seus objetivos de maneira imparcial e técnica, sem sofrer ingerências externas.

Corresponde inicialmente à ausência de vínculo hierárquico formal entre a Agência Reguladora e a pessoa administrativa central, identificando-se, igualmente, com a autonomia de atuação e a autonomia financeira, visando evitar a captura das agências por interesses políticos ou econômicos.

A autonomia administrativa surge com a própria lei instituidora que garante as agências o poder de gerir seus próprios recursos financeiros tendo orçamento próprio desvinculado do órgão executivo central.

Para Floriano de Azevedo (2005, p. 76) a independência administrativa cuida de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador, tratando de dotá-lo “de recursos e de instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder Central”.

Já a autonomia financeira se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros não dependerão da gestão do tesouro.

Nesse caso, o legislador apontou que outras fontes de receitas poderão ser utilizadas, além das dotações orçamentárias como os recursos oriundos de: a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados, (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, (c) rendimentos de operações financeiras, (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhe forem destinados, f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências. (Cuéllar, 2001, p. 94).

A respeito disso, Marques Neto (2006, p. 77/78) assevera:

[...] o ideal e corrente é serem criadas fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória (especialmente mediante a instituição de taxa para fazer frente às diversas manifestações de poder de polícia encontradas nas agências). Quando as receitas das agências provierem da cobrança de taxas, é importante dizer, *os recursos auferidos deverão ser necessariamente despendidos no exercício da atividade regulatória.*

[...]

Daí por que temos insistido que, inobstante a nobreza dos seus objetivos, o cerceamento da autonomia financeira das agências pelas autoridades fazendárias, para além de comprometer a atividade dos reguladores, pode

produzir um efeito deletério para as finanças públicas. A autonomia financeira de resto é imprescindível para que o regulador tenha meios adequados para o exercício de suas atividades. A pior captura que pode acometer uma agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício transformando-a num simulacro.

Assim, verifica-se que a autonomia financeira possibilita que a agência planeje a aplicação de seus recursos a fim de atingir seus objetivos na regulação e fiscalização dos setores econômicos regulados, ficando longe da ingerência do poder central.

2.1.4 Estabilidade dos dirigentes

A independência orgânica das agências reguladoras é assegurada pela ausência de vinculação dos responsáveis pela direção à Administração Direta evitando-se, assim, que sofram influências políticas ou sejam capturados por interesses políticos ou econômicos.

Segundo Leila Cuéllar (2001, p. 95):

De acordo com os diplomas legais analisados, uma das garantias à independência dos órgãos de direção das agências reside na estabilidade e inamovibilidade que é conferida aos administradores. A estabilidade se concretiza através da forma de escolha e nomeação dos dirigentes, mas também pela fixação, prévia e certa, de um mandato e impossibilidade de exoneração desmotivada dos dirigentes por parte do Chefe do Poder Executivo.

A lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, determina que os dirigentes das agências serão escolhidos pelo chefe do Poder Executivo, dependendo de aprovação pelo Senado Federal.

Além disso, prevê que as agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores sendo um deles seu Presidente ou Diretor Geral ou Direto-presidente.

De acordo com o art. 6º, o mandato dos Diretores será o estabelecido pela Lei instituidora de cada agência.

Os casos de perda do mandato de Diretores e Conselheiros previstos na supracitada lei são renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. Ressalte-se que a lei permite ainda que lei de criação de cada Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

Sobre o assunto manifesta-se Leila Cuéllar (2001, p. 96) como segue:

Almejando-se sempre uma desvinculação maior dos entes reguladores, em geral a direção e a administração das agências cabem a órgãos colegiados. Procura-se dessa maneira garantir uma atuação imparcial, impedindo-se, por exemplo, que a opinião de uma única pessoa prevaleça.

De regra, é determinado um período para o exercício da função – um mandato, tendo por escopo impedir a demissão desmotivada de administradores e evitar, igualmente, que sejam alvos de influências políticas ou econômicas.

Quanto à forma de exoneração, os diretores das agências não podem ser demitidos discricionariamente pelo Chefe do Poder Executivo, sendo-lhes garantida uma sorte de estabilidade provisória, enquanto ocupam o cargo, após os primeiros meses de mandato. Autoriza-se a destituição motivada, circunscrita às situações estabelecidas em lei e desde que cumpridos os requisitos procedimentais necessários.

Algumas das hipóteses que autorizam a destituição antes de findo o mandato são: renúncia, condenação transitada em julgado, decisão em procedimento administrativo disciplinar, ato de improbidade administrativa, violação de regras de incompatibilidade para exercício da função, prática de atos lesivos aos interesses ou patrimônio da agência.

Importante ressaltar que com o objetivo de preservar a independência das agências, as leis que as criaram não admitem a demissão *ad nutum* dos membros responsáveis pela sua direção. Tal previsão vem ocasionando discussões a respeito de sua inconstitucionalidade.

Para Floriano (2006, p. 99) a tese de inconstitucionalidade dos mandatos e da estabilidade dos dirigentes cai por terra diante do próprio texto constitucional. Devendo-se interpretar conjuntamente o artigo 84, II com o artigo 52, III, “f” da Constituição Federal que prevê a competência também privativa do Senado Federal para aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de (...) titulares de outros cargos que a lei determinar.

E continua afirmando:

Ora, seria um despropósito constitucional que a constituição previsse a hipótese de envolvimento do Senado da República no processo de nomeação de cargos dirigentes de órgão estatal para, ato contínuo, admitir que o Presidente da República os possa exonerar livremente. Temos, portanto, que a Constituição, ao permitir que a lei preveja um regime de nomeação de titulares de cargos mediante processo complexo, também admitiu que essa mesma lei conferisse a estes cargos um regime de estabilidade (interdição a exoneração imotivada por ato exclusivo do chefe do poder executivo).

[...] A tese não se sustente, pois. Muito ao contrário, o que o inciso XI do artigo 52 determina é justamente a necessidade de que o Senado seja envolvido não só no processo de escolha, mas também possa deliberar no caso de destituição daquele por ele referendado. (2006, p. 100).

Nesse sentido, cita-se entendimento do STF ao julgar liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.949-RS na qual se questionava a independência da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS , entendendo pela constitucionalidade do envolvimento do legislativo na indicação do membro dirigente da agência, quanto a impossibilidade de que este seja demitido a qualquer tempo.

Com relação aos mandatos não coincidentes do chefe do Poder Executivo e do dirigente da Agência Reguladora, entende Floriano que tal prática permite a estabilização das políticas regulatórias, o qual permite que, inobstante as naturais alternâncias de poder, haja uma continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que novas orientações estejam amadurecidas, (2006, 103).

Em sentido contrário, manifesta-se Leila Cuélar (2001, p. 101):

Embora se pretenda garantir a autonomia das agências através da limitação das hipóteses de exoneração de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior. Sabemos que esta afirmação é perigosa, pois pode vir a desnaturar um pouco a independência que se quer conferir aos entes reguladores. Porém, note-se que a independência da agência não deriva do ato de nomeação e seu dirigente, mas das garantias quanto ao exercício das prerrogativas que são atribuídas a entidade. Desta forma e rigorosamente, a singela substituição do presidente por sujeito que apresente afinidades técnico-políticas com o projeto social (e econômico) da Presidência da República (no caso de agências federais) não implicaria agressão à prestigiada independência política que se pretende conferir às agências, talvez fosse oportuno que se estabelecesse uma regra fixa acerca da substituição dos seus diretores, de governo a governo. Reitere-se, ainda, que a alteração do titular do cargo não viola a independência da agência. Esta continua a ser independente, vez que os demais itens relativos à independência permanecem inalterados.

Importante ressaltar que a legislação vigente, no sentido de preservar a independência dos diretores das agências, estabelece para o período de duração do mandato um regime de incompatibilidades para o exercício de função pública ou política, atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, ou manutenção de vínculo com empresa sob fiscalização da agência.

Impõem ainda um prazo de quarentena para os ex-administradores de agências reguladoras, com duração de doze meses após findo o mandato. Ao longo

deste período o ex-administrador de agência reguladora não poderá exercer atividade controlada pela agência em que atuou.

Vedam também ao ex-dirigente representar qualquer pessoa ou interesse perante Agência em que trabalhou e a utilização, em benefício próprio, de informações privilegiadas, obtidas durante o exercício do cargo.

2.2 CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A Emenda Constitucional 19/98 acrescentou à redação do artigo 241 da Constituição Federal de 1988 a figura dos consórcios públicos, sendo publicada posteriormente, a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que trata de normas gerais sobre contratações de consórcios públicos.

O artigo 241 da Constituição Federal prevê:

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

Da redação do artigo 241 da Constituição Federal pode-se extrair o conceito de consórcios públicos bem como alguns detalhes destes. Da simples leitura pode-se dizer que os consórcios públicos serão criados por lei com a finalidade única de executar a gestão associada de serviços públicos. Para esse fim a que se destinam os consórcios públicos, os entes consorciados, que podem ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no todo em parte, destinarão pessoal e bens essenciais à execução dos serviços transferidos.

Trata-se, portanto, de modalidade de delegação de serviços públicos distinta da autorização, permissão ou concessão, por meio de contrato. Assim, por ser contratual, a União tem competência legislativa para editar suas normas gerais (art. 22, XXVII, da CF).

Nessa linha, a Lei 11.107 dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum (art. 1º). Cada entidade política ao legislar a respeito da matéria deverá observar as normas gerais dessa Lei. A Lei veda a celebração de contrato ou outro instrumento, como acordo, que tenha por

objeto a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada sem observar as formalidades nela previstas. O descumprimento dessa proibição poderá caracterizar ato de improbidade administrativa, previsto no inciso XIV do art. 10 da Lei 8.429/1992, introduzido pelo art. 18 da Lei 11.107, que também acrescentou o inciso XV, que definiu como ato de improbidade “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei”. (MEIRELLES, 2011, p. 412).

Ressalte-se que antes da promulgação da Lei nº 11.107/05, havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e o consórcio como acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados) e o convênio, quando se tratava de entidades de níveis diferentes, como os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios.

A Lei nº 11.107/05 mudou a natureza jurídica do consórcio ao prever em seu artigo 6º o seguinte:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Para Harger (2007, p. 70):

A Lei nº 11.107/05, ao instituir o novo perfil dos consórcios públicos, alterou a tração até então existente no Direito brasileiro. O legislador utilizou a expressão contratos para referir-se aos consórcios públicos subvertendo a distinção até então predominante.

A ruptura com o modelo anterior, na realidade, é muito maior do que pode parecer inicialmente. Não se trata apenas de substituir uma denominação (ajuste ou avença) por outra (contrato). É que a nova figura, embora seja instituída por intermédio de um procedimento que culmina com a celebração de um instrumento contratual, tem identidade diversa da desse instrumento. Não se trata de um contrato destinado a regular relações jurídicas entre dois sujeitos de direitos que se mantêm autônomos enquanto partes signatárias do contrato. Trata-se de um instrumento contratual que objetiva criar uma nova pessoa jurídica, um novo sujeito de direitos e deveres, por intermédio da cooperação entre os contratantes (consorciados).

Há, portanto, duas espécies distintas de consórcios no Direito Brasileiro. A primeira é um tipo de relação jurídica entre entes federados da mesma

espécie objetivando atender a interesses comuns. A segunda é modalidade de pessoa jurídica criada por intermédio da associação de entes federativos que objetivam prestar serviços públicos de modo conjunto.

Assim, se tiver personalidade de direito público, constitui-se como associação pública e integrará a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados, tendo nesse caso todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público. Se tiver personalidade de direito privado se constituirá mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil, observadas as norma de direito público, no que se refere a realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Di Pietro (2008, p. 238/239) afirma que:

[...] o chamado consórcio público passa a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participem. Embora o art. 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo poder público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços.

Desse modo, se tiver personalidade de direito privado, reger-se-á pelo direito civil, em tudo que não for expressamente derogado por normas de direito público, tal como ocorre com as fundações governamentais instituídas com personalidade de direito privado e com as empresas estatais. A própria Lei nº 11.107 derroga parcialmente o direito privado, na medida em que se aplica aos consórcios públicos, independentemente de sua personalidade pública ou privada. Especificamente, o direito privado é derogado quando o art. 6º, § 2º, determina a sujeição dos consórcios com personalidade de direito privado às normas sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal.

Embora a Lei nº 11.107/05 não inclua no rol de entidades integrantes da administração indireta os consórcios públicos com personalidade jurídica de Direito Privado, muitos doutrinadores entendem todo consórcio público, independentemente de ser criado sob a forma de pessoa jurídica de direito público ou sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, integra a administração pública indireta que o criou uma vez que sua criação foi uma forma de prestação de serviço público descentralizada. O mesmo ocorre quando a administração pública direta cria as

autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Todas estas fazem parte da administração pública indireta do ente que a criou ou autorizou e tem a finalidade de descentralizar a administração pública.

Nesse sentido cita-se Di Pietro (2008, p. 466) como segue:

Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação constituídos como pessoas jurídicas de Direito Público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de Direito Privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria).

Discordando do entendimento supracitado manifesta-se Odete Medauer (2006, p. 77) como segue:

[...] tal situação fere o próprio federalismo, não pela agregação em consórcio, conforme notado anteriormente. Além do mais, há lesão à autonomia, sobretudo nos itens da auto-organização e auto-administração..

Ressalte-se que qualquer que seja a forma de constituição de um consórcio público, este será regido pelas normas de direito público e se sua constituição se der sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, este reger-se-á pelas normas de direito civil em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público.

Repita-se que a Lei 11.107/05 faz referência a sujeição dos consórcios públicos criados desta forma às leis de direito público quando diz que no caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

2.2.1 Finalidade

O objeto dos consórcios públicos é a prestação de serviços públicos de modo associado. Isso significa dizer que dois ou mais entes federados poderão criar um consórcio público para prestar um serviço público de interesse comum.

Marcelo Harger afirma que:

O conceito de objetivo de interesse comum, no entanto, não pode ser confundido com a competência comum, conforme prevista pelo art. 23 da Constituição Federal. O rol de objetivos de interesse comum é muito mais extenso do que o previsto no art. 23. A existência de objetivos comuns faz com que se transfiram ao consórcio competências conjuntas de titularidade dos consorciados para a melhor execução dos serviços. Os objetivos a serem atingidos serão estabelecidos pelos próprios entes que pretendem consorciar-se e deverão estar expressos no protocolo de intenções. Os objetivos podem recair sobre uma única matéria ou sobre matérias diversas. (2007, p. 99).

Importante ressaltar que a Lei 11.107/05, visando atender o princípio da eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), que norteia os atos da administração pública, concedeu alguns privilégios aos consórcios públicos independentemente de sua natureza jurídica ser de direito público ou de direito privado. São eles:

a) poder de, 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;

b) possibilidade de ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada para tal, a licitação;

c) limites mais elevados para fins de escolha da modalidade de licitação;

d) poder de dispensar a licitação na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

e) elevação dos valores para a dispensa de licitação em razão do valor, prevista no artigo 24, incisos I e II da Lei 8666/93;

f) receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas;

g) outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Destaque-se que a competência para outorgar concessão, permissão ou autorização de obras e serviços públicos exige prévia autorização no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma precisa o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições que estas deverão atender. Deve estar previsto também no protocolo de intenções e ser objeto de ratificação.

Saliente-se que os consórcios com personalidade jurídica de direito privado não poderão outorgar concessões, permissões ou autorizações, tendo em vista que estas atividades não podem ser delegadas por pessoas jurídicas constituídas com personalidade jurídica de direito privado.

Por fim, ressalte-se que um consórcio público não terá finalidade econômica, não visará lucro, apenas prestará um serviço público.

2.2.2 Constituição, alteração e extinção do consórcio

A Lei 11.107/05 traz em seu bojo o procedimento de constituição de um consórcio público que deve envolver as seguintes fases:

- a) Subscrição do protocolo de intenções (artigo 3º;
- b) Publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (artigo 4º, § 5º)
- c) Lei promulgada por cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (artigo 55), ou disciplinando a matéria (artigo 5º, §4º)
- d) Celebração de contrato (artigo 3º);
- e) Atendimento das disposições da legislação civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (artigo 6º, II).

Di Pietro explica que o protocolo de intenções é uma figura pouco estudada no direito brasileiro e que designa um instrumento pelo qual os interessados manifestam a intenção de celebrar um acordo de vontades (contrato, convênio, consórcio ou outra modalidade) para a consecução de objetivos de seu interesse, sem contudo, haver o compromisso de se celebrar o contrato, não se assumindo direitos e obrigações, apenas se definindo as cláusulas que serão observadas em caso do acordo vir a ser celebrado. Como o consórcio é instituído como pessoa jurídica, não poderia ser constituído pela simples celebração de um contrato. Daí a necessidade de celebração de um protocolo de intenções em que se definam as condições em que o consórcio será instituído, até para poder submeter o consórcio à aprovação legislativa (2008, p. 341).

O artigo 4º da Lei 11.107/05 prevê as cláusulas obrigatórias para a elaboração do protocolo de intenções, senão vejamos:

- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
- III – a indicação da área de atuação do consórcio;

IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;

VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

VIII – 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;

IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão;

XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Ressalte-se que o fato de um ente federado subscrever o protocolo de intenções não cria para ele a obrigação de participar do consórcio uma vez que a lei que ratifica tal protocolo, pode ser feita com ressalva e, se aceita pelos demais subscritores, poderá o ente interessado se consorciar parcialmente ou sob condição, e ainda, para aquele subscritor que não participar do consórcio não haverá sanção legalmente prevista.

Após a subscrição do protocolo de intenções este deve ser publicado na imprensa oficial de todos os entes federados subscritores, consagrando assim o princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública.

A segunda fase de constituição de um consórcio público se dá com a ratificação por lei, editada por cada ente interessado, do protocolo de intenções que poderá ser total ou parcial. A ratificação realizada com reserva, desde que aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional daquele ente. Porém fica o ente interessado dispensado da ratificação do protocolo de intenções desde que antes de subscrevê-lo tenha sua participação em consórcio público disciplinada em lei.

Se a ratificação se der após dois anos da subscrição do protocolo de intenções, dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público. Diante disso entende-se que a ratificação pode se dar com o consórcio já criado, desde que a assembleia geral do consórcio homologue tal ratificação.

A criação de consórcios públicos dependerá da edição de lei editada por cada um dos entes envolvidos.

Marcelo Harger (2007, p. 156) afirma:

A lei deverá ratificar o protocolo de intenções prévio firmado pelos chefes dos respectivos poderes executivos. Não há obrigatoriedade de ratificação por parte do legislativo. Este é um poder independente do Poder Executivo e, por essa razão, deverá efetuar um juízo próprio acerca do protocolo de intenções. É nesse protocolo que estarão definidas as condições essenciais de organização e funcionamento do consórcio. A não ratificação ou demora em ratificar não acarreta nenhuma penalidade aos signatários do protocolo de intenções. É que, como já se afirmou anteriormente, o protocolo de intenções não gera obrigações. Apenas serve como meio de manifestar a intenção de participar de um futuro consórcio, desde que haja ratificação pelo Poder Legislativo do ente federado.

Ressalte-se que a ratificação do protocolo de intenções é dispensada desde que o ente da Federação, antes de subscrever o protocolo de intenções, tenha

disciplinado em lei a sua participação no consórcio, desde que o protocolo de intenções não contrarie a referida lei que disciplinava a matéria.

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 414) lecionando sobre consórcios públicos afirma:

A constituição do consórcio público será por contrato cuja celebração dependerá de prévia subscrição de protocolo de intenções, devidamente publicado na imprensa oficial e ratificado, mediante lei de cada um dos entes contratantes. Esse contrato, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreverem o protocolo de intenções (art. 5º e § 1º).

Sem a ratificação acima, que equivale à autorização, é nula a participação do ente federado. Ela pode, porém ser realizada com reserva que aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional. Se tal ratificação for realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções, dependerá de homologação da assembléia geral do consórcio público. Essa ratificação é dispensada caso o ente da Federação tenha, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinado por lei a sua participação e sua forma.

Após a promulgação das leis pelos entes interessados ratificando o protocolo de intenções passa-se para a terceira fase da constituição de um consórcio público, qual seja, a fase da elaboração e assinatura do contrato de consórcio de que trata o artigo 3º da Lei 11.107/05.

Destaque-se que quando o consórcio público for criado com a natureza jurídica de direito público, apresentará a forma de associação pública. Assim, observa-se que a publicação das leis ratificadoras do protocolo de intenções faz surgir a personalidade jurídica deste tipo de consórcio público. Nesse caso o contrato deverá ser utilizado como instrumento para aprovação do estatuto da entidade.

Já no caso do consórcio público ser criado com a natureza jurídica de direito privado o mesmo se sujeitará às normas de direito privado, especialmente ao artigo 45 do Código Civil, segundo o qual a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedido, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar tal ato. O artigo 46 do mesmo diploma legal traz os dados que deverão necessariamente constar no registro, o que deverá ser observado também para a constituição de um consórcio público de natureza jurídica de direito privado.

Nesse sentido, cita-se Di Pietro (2008, p. 243):

No caso do consórcio ser instituído como associação pública, o contrato deverá ser utilizado como instrumento para aprovação do estatuto da entidade.

No caso do consórcio ser instituído como pessoa jurídica de direito privado, o art. 6º, inciso II, determina que a personalidade jurídica é adquirida “mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil”. Terá que ser observado especificamente o art. 45 do Código Civil, segundo o qual “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”. Terá que ser observada ainda a norma do art. 46, que estabelece os dados que necessariamente deverão constar do registro.

Marcelo Harger (2007, p. 162) afirma:

Um outro problema que se põe é quantas leis são necessárias para que surja a personalidade jurídica de Direito Público. A solução parece ser a de que a personalidade jurídica somente surge quando todas as leis ratificadoras do protocolo de intenções entrarem em vigor, caso inexista qualquer previsão a respeito no protocolo de intenções. Este, no entanto, poderá prever a criação de consórcio mediante a ratificação de apenas uma parcela dos entes subscritores do protocolo de intenções. Nesse caso, a edição de leis pela parcela dos signatários prevista no protocolo de intenções será suficiente para a criação do consórcio. Trata-se, pois, de uma figura similar ao ato administrativo complexo, mas realizada por intermédio de lei. Nos atos complexos o ato somente se aperfeiçoa pela manifestação dos órgãos distintos. De modo similar, na criação de consórcios públicos com personalidade jurídica de Direito Público, a personalidade jurídica apenas surge com a ratificação legislativa do protocolo de intenções pelas diferentes entidades signatárias.

Os consórcios com personalidade jurídica de Direito Privado surgem com o atendimento dos requisitos da legislação civil. Isso significa dizer que, de acordo com o art. 45 do Código Civil, têm a existência legal “com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedido, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

Constituído o consórcio, verifica-se a necessidade da criação de uma Assembléia Geral que deverá, dentre outros, elaborar, aprovar e modificar o estatuto que disciplinará as atividades do consórcio, apreciar e aprovar as propostas orçamentárias.

Note-se que o artigo 12 da Lei nº 11.107/2005 determina que a alteração ou extinção do consórcio depende de instrumento aprovado pela assembléia geral, que deverá ser ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

Note-se que a extinção do consórcio público também depende de lei de todos os entes consorciados.

Marcelo Harger (2007, p. 163) afirma:

Cumpra indagar o que acontece se um dos consorciados não ratificar a alteração ou extinção do consórcio. É imperativo concluir que, nesse caso, o consórcio continuará a existir sem qualquer alteração. Faz-se essa afirmação em razão da clareza do art. 12 da Lei n

11.107/05, que exige que todos os consorciados ratifiquem por lei a decisão da assembléia geral que altera ou extingue o consórcio. Isso significa dizer que a ausência de uma única ratificação impede a alteração ou extinção do consórcio. O princípio do paralelismo das formas também acarreta essa conclusão, pois, se a criação do consórcio dependeu da edição de lei dos vários entes consorciados, somente a edição de lei por parte de todos eles servirá para permitir a alteração ou extinção do consórcio.

2.2.3 Direito de retirada

Ressalte-se que poderá ocorrer ainda a retirada de um ente do consórcio público que dependerá de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei. Tal direito de retirada deve ser também disciplinado no protocolo de intenções que será posteriormente ratificado por lei, ou pela lei que discipline a participação do ente federado no consórcio, editada nos termos do artigo 5º, § 4º, da Lei 11.107/2005².

Di Pietro (2008, p. 244) afirma que:

Segundo o art. 11, a retirada depende de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei. Entende-se que deve ser lei do próprio consorciado que pretende retirar-se. Além da retirada voluntária, a lei prevê a exclusão, após prévia suspensão, do consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio (art. 8º, § 5º).

Marcelo Harger (2007, p.164) entende que o direito de retirada é bastante razoável já que não se pode manter um ente federado associado a um consórcio contra o seu próprio interesse. “Regra que dispusesse em sentido contrário ofenderia o princípio federativo e o princípio geral do Direito brasileiro de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado”.

²Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.

§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembléia geral do consórcio público.

§ 4º É dispensado da ratificação prevista no caput deste artigo o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

Destaque-se que os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação. Além disso, essa previsão deverá constar no protocolo de intenções, uma vez que a Lei 8666/93 exige autorização legislativa para qualquer tipo de alienação de bens públicos imóveis.

Di Pietro (2008, p. 244) entende que:

Segundo o § 1º do art. 11, os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação. Apesar do preceito contido nesse dispositivo, não há como o ente consorciado abrir mão de seus bens apenas mediante previsão em cláusula contratual. Essa previsão tem que constar do protocolo de intenções a ser objeto de ratificação por meio de lei, pois a Administração Pública não tem liberdade para livremente dispor de bens de seu patrimônio. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, no art. 17 exige autorização legislativa para qualquer tipo de alienação de bens públicos imóveis. Além disso, terão que ser observadas as demais exigências contidas nesse dispositivo, especialmente a avaliação prévia.

Importante ressaltar que a retirada ou mesmo a extinção do consórcio público não prejudicará as obrigações por ele já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

2.2.4 Responsabilidades do consórcio e dos seus entes

É sabido que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público possui responsabilidade objetiva pelos atos praticados pelos seus agentes e que venham a causar danos a terceiros. Essa é a responsabilidade do consórcio público para com terceiros.

Já entre os entes consorciados perdura em caso de extinção ou de retirada de um ente do consórcio, até que haja decisão de indique os responsáveis por cada obrigação assumida, a idéia de que os mesmos responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, tendo garantido o direito de regresso em face dos entes que foram beneficiados ou que deram causa às obrigações.

Ressalte-se que o regime de responsabilidade nos consórcios quanto aos atos praticados para a prestação do serviço público para a qual ele foi criado é o da responsabilidade subsidiária.

Importante ressaltar que a redação final do caput do artigo 10 do projeto de lei que resultou na Lei dos consórcios públicos previa a responsabilidade solidária dos entes consorciados pelas dívidas contraídas pelos consórcios, contudo tal artigo foi vetado pelo Presidente da República. Assim, a responsabilidade passou a ser subsidiária, pois a solidariedade somente existe nos casos previstos expressamente em lei ou em contrato, somente surgindo a responsabilidade do consorciado quando ocorrer a insolvência patrimonial do consórcio.

Segundo Meirelles (2011, p. 417):

O caput do art. 10 da Lei 11.107 foi corretamente vetado, porque previa uma responsabilidade solidária dos consorciados, quando, em verdade, originariamente, essa responsabilidade do ente consorciado deve ser subsidiária. Assim, com o veto, o regime da responsabilidade nos consórcios é o subsidiário. Com nítido objetivo de afastar entendimentos não condizentes com a razoabilidade, e de dar segurança jurídica ao gestor, o parágrafo único desse art. 10, dispõe que os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio público não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público, porém, responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

Importante ressaltar ainda que pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), o consórcio público, independentemente de sua natureza jurídica, é obrigado a fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas de cada ente consorciado, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser compatibilizadas nas respectivas contas, na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

2.2.5 Contrato de programa

Importante relembrar que a criação de um consórcio público por dois ou mais entes da administração pública pressupõe a gestão associada de um ou mais serviços públicos. Repita-se que o serviço público, objeto desta gestão associada, deverá constar claramente no protocolo de intenções, juntamente com a área exata em que será prestado.

Segundo Di Pietro o contrato de programa é referido na Lei de consórcios públicos inicialmente no artigo 4º, XI, d, que ao tratar das cláusulas necessárias do protocolo de intenções, inclui a autorização para a gestão associada de serviços

públicos, explicitando que as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso da gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da federação consorciados. E no seu artigo 13 traz o conceito de contratos de programa. Da combinação dos dois dispositivos, extrai a conclusão de que gestão associada pode ser feita a) mediante a constituição de consórcio público, com pessoa jurídica, na forma disciplinada pela Lei nº 11.107; b) mediante acordos de vontade, como o convênio de cooperação, o contrato de programa ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada. (2008, p. 245).

Destaque-se que a expressão contrato de programa era utilizada no Direito Brasileiro como similar a contrato de gestão. A Lei de consórcios públicos a adotou em sentido diverso, para designar diferentes tipos de contratos. Quanto ao objeto, o primeiro tipo envolve a prestação de serviços públicos e o segundo tipo envolve a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoa e bens necessários a continuidade dos serviços transferidos.

Quanto aos sujeitos existem 3 tipos de contratos: a) entre entes federados; b) entre um ente federado consorciado e um consórcio e c) entre um consórcio e uma entidade da administração indireta integrante de um dos entes consorciados.

Conforme já comentado a Lei 11.107/05 traz o conceito de contrato de programa em seu artigo 13 que reza que deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

Destaque-se, ainda, que o mesmo deverá atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados, bem como deverá prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

Marcelo Harger (2007, p. 176) afirma:

O contrato de programa deverá atender à legislação de concessões e permissões no que não contrariar o regime específico previsto para o

contrato de programa. O diploma básico acerca das concessões é a Lei nº 8.987/95. Há também as Leis nº 9.074/95, nº 9.791/99 e nº 11.079/04. Deverá também obedecer à legislação estadual e municipal acerca do tema quando houver, eis que em matéria de concessões e permissões Estados e Municípios têm competência para editar normas específicas, pois à União compete editar exclusivamente normas gerais, por força do disposto no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal. Deverá, também, atender à legislação acerca da regulação dos serviços públicos a serem prestados. Finalmente, deverá prever cláusulas que instituem procedimentos garantidores da transparência de gestão econômica e financeira.

Para Di Pietro (2008, p. 147) é incompreensível que o contrato de programa deve obediência à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente, no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados.

E continua afirmando:

É difícil imaginar que um ente Federativo assuma a posição de concessionário em relação a outro ente Federativo. Quando muito, pode ocorrer que entidade da Administração Indireta vinculada a um ente Federativo (uma sociedade de economia mista ou empresa pública, por exemplo) assuma, como concessionária, a prestação de serviço público de que é titular determinado ente federativo. Isto já ocorre. É o caso da SABESP, comumente contratada por municípios para a prestação de serviços públicos de saneamento. E ocorreu, com grande frequência, antes das privatizações de empresas estatais, nas áreas de telecomunicações e energia elétrica, quando a União, titular do serviço, os delegava, por concessão, a empresa estatal de outra esfera de governo, como a Telesp, a Eletropaulo, a Cesp etc. Nesses casos, a denominação de contrato de programa é imprópria, porque se trata de verdadeiros contratos de concessão de serviços públicos, podendo, agora, assumir também a forma de parceria público-privada, disciplinada pela Lei nº 11.079, de 30-12-04. (2008, p. 247).

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 417) leciona:

O art. 13 prevê que as obrigações que um ente da federação constituir com outro ente ou para com o consórcio público, no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos como condição de sua validade, deverão ser constituídos e regulados por contrato de programa, o qual deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e II) – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares (art. 13, § 1º). Dessas prescrições estão excluídas as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público (art. 13, § 7º). Buscando eficiência e efetivo controle, o contrato de programa não pode atribuir ao contratado, sob pena de nulidade, o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (art. 13, § 3º).

Destaque-se que no caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam o seguinte:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

Será nula a cláusula constante de contrato de programa que venha a atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

Marcelo Harger (2007, p. 179) esclarece que:

Há uma nítida divisão entre as atividades de regulação e prestação do serviço. No caso de contrato de programa entre dois entes da federação, um ente federativo planeja, regula e fiscaliza, e o outro ente federativo executa o serviço. No caso de contrato de programa entre consórcio e órgão ou entidade de um dos entes consorciados, as tarefas de planejamento, regulação e fiscalização competem ao consórcio e a execução compete ao ente federado ou entidade da administração indireta. O exercício das quatro tarefas por um único ente desnaturaria a gestão associada do serviço.

Destaque-se que a Lei 11.107/05 estabeleceu a autonomia do contrato de programa ao consignar em seu texto que o referido contrato continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos. Parece um pouco estranho dizer que um contrato permanecerá vigente mesmo que uma das partes que o compõe deixou de existir.

Sobre o assunto Marcelo Harger (2007, p. 180) entende que o legislador procurou privilegiar a segurança jurídica, beneficiando, assim, os usuários interessados na prestação dos serviços públicos e terceiros eventualmente interessados na continuidade do ajuste. “Por essa razão, o contrato de programa deverá continuar vigente apesar da extinção do consórcio ou convênio de cooperação”.

Saliente-se que o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados, desde que previsto no contrato de consórcio público ou convênio de cooperação.

2.2.6 Contrato de rateio

É o contrato pelo qual os entes da Federação consorciados se comprometem a fornecer recursos para a realização das despesas do consórcio público. Esta é a única forma de repasse de recursos financeiros entre os entes da Federação consorciados e o consórcio público. Diferentemente do protocolo de intenções, o contrato de rateio gera compromisso para o ente federado.

Marcelo Harger (2007, p. 173) afirma:

A Lei nº 11.107/05 optou por estabelecer as obrigações econômico-financeiras dos entes conveniados em um contrato paralelo “vinculado” ao contrato de consórcio público. Trata-se de um instrumento firmado por todos os entes consorciados em benefício do consórcio.

O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência 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 ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Marcelo Harger entende que as despesas assumidas pelos entes federados em virtude o contrato de rateio não devem ter caráter genérico, devendo ser dotadas de especificidade, por força do artigo 8º, § 2º da Lei de consórcios públicos. (2007, p. 174).

Assim, torna-se necessário dizer qual será a destinação dos recursos entregues ao consórcio, qual despesa os recursos objetivam custear.

Não há que se falar em hipótese alguma de contrato de rateio sem prévia dotação orçamentária decorrente de lei, sob pena de praticar o administrador público ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8429/92.

Por fim, destaque-se que os entes consorciados, de forma isolada ou em conjunto, ou o próprio consórcio público tem legitimidade de exigir o cumprimento do contrato de rateio. No entanto, é necessário que o consórcio esteja em dia com suas obrigações para exigir de outro o cumprimento do contrato de rateio.

2.3 CONTROLE EXTERNO E TRIBUNAIS DE CONTAS

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente que o controle externo dos atos da administração pública será exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Dessa forma, o Legislativo realiza o controle político das contas do chefe do Executivo, e o Tribunal de Contas atua como órgão de auxílio, emitindo parecer prévio.

No entanto, a autoridade administrativa ou qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde ou gere bens e valores públicos serão fiscalizados pelos Tribunais de Contas, pela utilização do dinheiro público, pois grande parte da competência para controle externo sequer passa pelo Poder Legislativo.

A Constituição prevê que as contas dos presidentes dos Poderes Legislativo e Judiciário, das autarquias, fundações, empresas governamentais (empresa pública e sociedade de economia mista), demais órgãos e entidades públicas, etc. serão julgadas pelas Cortes de Contas.

Cita-se decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os artigos 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo, contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nessa seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do

Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF, Municípios). Revelam o cumprimento do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim nos balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I, c/c 49, IX da CF). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar contas de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar o orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se ao duplo julgamento. Um político, perante o parlamento precedido de parecer prévio; outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, *in casu*, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força do art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso Ordinário desprovido. (ROMS 11060/GO; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 999/0069194-6 DJ Data: 16/09/2002, pág. 00159. Relator Min. Laurita Vaz. Data da Decisão 25/06/2002. Órgão julgador T2 – Segunda Turma.)

Hely Lopes Meireles (2011, p. 757) afirma:

O controle externo visa comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas.

Conforme preconiza o artigo 71 da Constituição Federal cabe aos Tribunal de Contas da União o exercício das seguintes competências:

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 — 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.

Note-se que as competências citadas acima e que constam da Constituição Federal devem ser seguidas em simetria, pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, bem como pelos Tribunais de Contas dos Municípios, conforme preconiza o artigo 75 da referida Constituição Federal.

Assim, o papel desempenhado pelo Congresso Nacional em relação ao TCU, deve ser desempenhado pela Assembleia Legislativa.

Observa-se que embora o Poder Legislativo seja o titular do controle externo da administração pública brasileira, várias competências no exercício desse controle foram atribuídas pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas.

Ressalte-se, ainda, que o Poder Legislativo não pode realizar inspeções e auditorias diretamente, devendo sempre provocar o Tribunal de Contas para que ele as realize.

As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Ressalte-se que o Tribunal de Contas no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da administração pública, é auxiliado pelos órgãos de controle interno do Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público, entidades da administração pública, empresas governamentais e do próprio Tribunal de Contas, como previsto no art. 74 da Constituição Federal.

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 757) leciona:

O controle interno objetiva a criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo e visa assegurar a regularidade da realização da receita e da despesa, possibilitando o acompanhamento da execução do orçamento, dos programas de trabalho e a avaliação dos respectivos resultados, inclusive à luz dos princípios da eficiência e economicidade, ou “o emprego racional dos recursos públicos”.

2.3.1 Funções exercidas pelos tribunais de contas

Conforme tratado anteriormente, diante das atribuições constitucionais elencadas no artigo 71 da Constituição Federal atribuídas ao Tribunal de Contas da União, e pelo princípio da simetria, aplicáveis também aos demais Tribunais de Contas, serão citadas abaixo as funções básicas desempenhadas por esses entes.

A função fiscalizadora consiste na realização de inspetorias e auditorias em órgãos e entes da administração direta e indireta.

Ressalte-se que a fiscalização é a forma de se capturar dados e informações, realizando-se uma análise para que se forme um juízo de valor.

Destaque-se que os Tribunais de Contas podem se utilizar dos seguintes instrumentos para realizar uma fiscalização:

1 – levantamento – instrumento utilizado para conhecer a organização e funcionamento de órgão ou entidade pública, de sistema, programa, projeto ou

atividade governamental, identificar objetos e instrumentos de fiscalização e avaliar a viabilidade da sua realização;

2 – auditoria – por meio desse instrumento será verificada “in loco” a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão, quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, assim como o desempenho operacional e os resultados alcançados de órgãos, entidades, programas e projetos governamentais;

3 – inspeção – utilizado para a obtenção de informações não disponíveis no Tribunal ou para esclarecer dúvidas, sendo utilizado também para apurar fatos trazidos ao conhecimento do Tribunal por meio de denúncias ou representações.

4 – monitoramento – destina-se a monitorar e a avaliar a gestão de órgão, entidade ou programa governamental por período de tempo predeterminado.

Já a função jurisdicional é eminentemente administrativa, tratando-se do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos. Destaque-se que esta apreciação pelo Tribunal de Contas está sujeita ao controle do Poder Judiciário em casos de vício de legalidade não tendo o caráter definitivo que qualifica os atos jurisdicionais.

A função sancionadora ocorre quando é comprovada a irregularidade, visando puni-las e inibi-las, além de garantir o ressarcimento ao erário. Entre as penalidades normalmente aplicadas estão a aplicação de multa e a imputação de débito.

Repita-se que a Constituição Federal prevê que as decisões do Tribunal de Contas que importarem em imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (art. 71, §3º).

A função opinativa consiste da elaboração de pareceres prévios sobre as contas dos Chefes do Executivo a fim de subsidiar o julgamento pelo Poder Legislativo.

Já a função consultiva engloba as respostas dadas às consultas formuladas em tese sobre assuntos sujeitos a sua fiscalização.

A função corretiva diz respeito a fixação de prazos para que o responsável tome as providências necessárias ao cumprimento da lei diante da ilegalidade de determinado ato.

Há também a função normativa, decorrente do poder regulamentar que faculta a expedição de instruções, deliberações e outros atos normativos relativos à competência do tribunal e a organização dos processos que lhe são submetidos.

E por fim, a função de ouvidoria que consiste no recebimento de denúncias apresentadas pelo controle interno, por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 759) leciona o seguinte:

As atividades dos Tribunais de Contas do Brasil expressam-se fundamentalmente em funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas, desempenhadas simetricamente tanto pelo TCU quanto pelos Estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios que os tiverem (presentemente, só o Município de São Paulo e o do Rio de Janeiro têm).

Ressalte-se, ainda, que os Tribunais de Contas, de modo geral, vem atuando de forma educativa, informando acerca de procedimentos e melhores práticas de gestão, mediante publicações, realizações de seminários de caráter educativo, a fim de orientar os administradores públicos na gestão dos recursos públicos.

3 CONSÓRCIO REGULATÓRIO: A EXPERIÊNCIA EM SANTA CATARINA

3.1 AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO – ARIS

Em 1º de dezembro de 2009, foi criada a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – Aris. Trata-se de um consórcio regulatório, criado com fundamento na Lei nº 11.445/2007, que regula os serviços públicos de saneamento básico e na Lei nº 11.107/2005 que trata dos consórcios públicos. Sua criação decorreu da ausência de uma política estadual consolidada no setor de regulação, marcada pelo excesso de poderes junto à concessionária estadual (CASAN – Companhia de Saneamento do Estado de Santa Catarina).

A ARIS foi constituída como de pessoa jurídica de direito público sob a forma de associação pública, em obediência a Lei nº 11.107/2006, como segue:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

O protocolo de intenções foi firmado em 1º de dezembro de 2009, com a adesão inicial de 11 municípios (Águas de Chapecó, Alto Bela Vista, Coronel Freitas, Formosa do Sul, Garuva, Iraceminha, Itá, Jardinópolis, Mondai, Monte Carlo, Palhoça, Pinhalzinho, Piratuba, Seara, Saudades, Turvo, União do Oeste e Vargeão).

Em 29 de janeiro de 2010 foi celebrado o contrato entre os municípios consorciados supracitados, conforme trata o artigo 3º da Lei 11.107/05. Hoje a ARIS

possui 156 municípios consorciados em Santa Catarina, abrangendo mais de 2 milhões de cidadãos catarinenses.

A Lei de consórcios públicos prevê em seu artigo 6º que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções.

Considerando que a Aris ao ser instituída como associação pública adquiriu personalidade jurídica de direito público, passou automaticamente a integrar a administração indireta dos municípios consorciados, tendo nesse caso adquirido todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público.

As atribuições da entidade são de regulação e fiscalização de todas as atividades do saneamento básico: abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo dos resíduos sólidos, limpeza urbana e drenagem pluvial. Atualmente a ARIS regula e fiscaliza concessionárias estaduais (CASAN – Companhia de Saneamento do Estado de Santa Catarina e SANEPAR – Companhia de Saneamento do Paraná), empresas privadas, autarquias municipais (SAMAE's – Serviços Autônomos Municipais de Água e Esgoto) e a própria Administração Direta, quando prestadora dos serviços (DAE's – Departamentos de Água e Esgoto), já que é objeto de regulação e fiscalização pela Aris a prestação dos serviços de saneamento básico por qualquer prestador de serviços, a qualquer título.

A área de atuação da Aris é formada pelo território dos municípios que o integram, constituindo-se numa unidade territorial sem limites intermunicipais para as finalidades a que se propõe, vigorando por tempo indeterminado.

São objetivos da Aris, conforme previsto no protocolo de intenções:

Art. 7º São objetivos da ARIS:

I – estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II – garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nas normas regulamentares e nos instrumentos da política municipal de saneamento básico;

III – prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;

IV – definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade;

V – estabelecer relações cooperativas com outros consórcios e entidades de regulação que possibilitem o desenvolvimento de ações conjuntas;

VI – contribuir, quando solicitado e dentro do possível, para o trabalho desenvolvido pelos Conselhos Municipais responsáveis pelo acompanhamento das políticas públicas de saneamento básico;

A Aris apresenta as seguintes competências:

I – regular a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, através da fixação de normas, regulamentos e instruções relativos, no mínimo: a) aos padrões e indicadores de qualidade dos serviços regulados; b) aos requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; c) às metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; d) ao regime, estrutura e níveis tarifários, bem como aos procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; e) à medição, faturamento e cobrança de serviços; f) ao monitoramento dos custos; g) à avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; h) ao plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; i) aos subsídios tarifários e não tarifários; j) aos padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; e k) às medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento.

II – acompanhar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos regulados, de acordo com as leis, contratos, planos, normas e regulamentos pertinentes;

III – exercer o poder de polícia administrativa no que se refere a prestação dos serviços públicos regulados, prestando orientações necessárias, apurando as irregularidades e aplicando as sanções cabíveis e, se for o caso, determinando providências e fixando prazos para o seu cumprimento;

IV – buscar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão, com modicidade das tarifas e justo retorno dos investimentos;

V – manifestar-se quanto ao conteúdo dos editais de licitação, concessão e permissão e quanto aos contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamentos ou extinções, nas áreas sob sua regulação, zelando pelo seu fiel cumprimento, bem como revisar e propor ajustes, no âmbito de suas competências, dos instrumentos contratuais já celebrados antes da vigência do presente Protocolo de Intenções;

VI – requisitar à Administração e aos prestadores dos serviços públicos municipais regulados, as informações convenientes e necessárias ao exercício de sua função regulatória, guardando o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar diligências que se façam necessárias ao exercício de suas atribuições;

VII – moderar, dirimir ou arbitrar conflitos de interesses entre o Poder Público e as prestadoras de serviços e entre estas e os consumidores, no limite das atribuições previstas em lei, relativos aos serviços públicos sob sua regulação;

VIII – permitir o amplo acesso dos interessados às informações sobre a prestação dos serviços públicos regulados e sobre as suas próprias atividades, salvo quando protegidos pelo sigilo legal;

IX – avaliar os planos e programas de metas e investimentos das operadoras dos serviços delegados, visando garantir a adequação desses programas à continuidade da prestação dos serviços em conformidade com as metas e disposições contidas no Plano Municipal de Saneamento Básico e demais instrumentos legais da política municipal de saneamento básico;

X – realizar audiências e consultas públicas referentes à prestação dos serviços públicos regulados;

XI – manifestar-se sobre as propostas de alterações dos instrumentos de delegação, apresentadas pelos prestadores de serviços públicos, para subsidiar as decisões do titular dos serviços;

XII – analisar e aprovar os Manuais de Serviços e Atendimento propostos pelos prestadores de serviços públicos regulados;

XIII – analisar e conceder a revisão e o reajuste das tarifas, mediante estudos apresentados pelas prestadoras de serviços, bem como autorizar o aditamento dos contratos de prestação de serviços de saneamento básico;

XIV – manifestar-se sobre as propostas de legislação e normas que digam respeito ao saneamento básico;

XV – prestar informações, quando solicitadas, ao conselho municipal responsável pelo controle social do saneamento básico nos municípios consorciados;

XVI – celebrar convênios e contratar financiamentos e serviços para a execução de suas competências;

XVII – arrecadar e aplicar suas receitas;

XVIII – admitir pessoal de acordo com a legislação aplicável e nos termos do presente Protocolo de Intenções;

XIX – elaborar seu Regimento Interno;

XX – elaborar e fazer cumprir o Código de Ética pertinente à atuação dos seus dirigentes e servidores públicos;

XXI – decidir sobre as matérias de sua competência, nos termos deste Protocolo de Intenções.

A Aris possui a seguinte estrutura:

I – Assembleia Geral; II – Conselho de Administração; III – Conselho Fiscal; IV – Conselho de Regulação; V – Direção Geral; VI – Diretoria de Regulação; VII – Diretoria de Administração e Finanças; VIII – Coordenadoria de Normatização; IX – Coordenadoria de Fiscalização; X – Coordenadoria de Contabilidade; XI – Coordenadoria de Recursos Humanos; e XII – Ouvidoria.

Ressalte-se que a Assembleia Geral é um órgão colegiado composto pelos Chefes do Poder Executivo de todos os municípios consorciados sendo gerida por um Conselho de Administração. Os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal serão escolhidos em Assembleia Geral, pela maioria simples dos prefeitos dos municípios consorciados, para o mandato de um ano, podendo ser reconduzido uma única vez.

Poderão concorrer à eleição para o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal os prefeitos dos municípios consorciados e em dia com suas obrigações contratuais e estatutárias, até 90 (noventa) dias antes da eleição, nos termos fixados em Regimento Interno. A Assembleia Geral será presidida pelo Presidente do Conselho de Administração ou, na sua falta, pelo primeiro vice-presidente.

Cada Município consorciado terá direito a um voto na Assembleia Geral.

À Assembleia Geral compete:

I – eleger os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal;

II – homologar o ingresso na ARIS de município subscritor do Protocolo de Intenções que o tenha ratificado após 2 (dois) anos da sua subscrição ou de município não subscritor que discipline por lei o seu ingresso;

III – aprovar as alterações do Protocolo de Intenções e do Contrato de Consórcio Público;

IV – aprovar e alterar o Regimento Interno da Aris;

V – aplicar pena de exclusão ao ente consorciado;

VI – deliberar sobre a entrega de recursos financeiros a ser definida em contrato de rateio;

VII – aprovar: a) a alteração da base de cálculo e das alíquotas das taxas devidas pelo exercício da atividade de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico sugeridas pelo Conselho de Regulação; b) o Orçamento anual da ARIS, bem como os respectivos créditos adicionais, inclusive a previsão de aportes a serem cobertos por recursos advindos de eventuais contratos de rateio; c) o Plano de Trabalho; d) o Relatório Anual de Atividades; e) a Prestação de Contas, após a análise do Conselho Fiscal;

VIII – autorizar: a) a realização de operações de crédito; b) a alienação de bens imóveis da ARIS; c) a mudança da sede.

IX – aprovar a extinção do consórcio;

X – deliberar sobre assuntos gerais da ARIS;

XI – escolher, entre os indicados pelo Conselho de Administração, os membros do Conselho de Regulação e o Diretor Geral;

XII – julgar o processo administrativo disciplinar contra os membros do Conselho de Regulação da ARIS, para fins de perda do mandato, por cometimento de infração disciplinar ou afronta ao Código de Ética, definido em Regimento Interno.

As deliberações da Assembleia Geral serão formalizadas por meio de decretos, publicados no órgão oficial de publicações do consórcio. Destaque-se que o Conselho de Administração da ARIS é formado por 5 (cinco) prefeitos dos municípios consorciados, escolhidos pela Assembleia Geral.

Compete ao Conselho de Administração da Aris o seguinte:

I – elaborar e apresentar à Assembleia Geral lista tríplice para a escolha do Diretor Geral e de cada um dos membros do Conselho de Regulação;

II – definir e acompanhar a execução da política patrimonial e financeira e os programas de investimento da Aris;

III – prestar contas ao órgão concedente dos auxílios e subvenções que a ARIS venha a receber;

IV – contratar serviços de auditoria interna e externa;

V – nomear o membro do Conselho de Regulação nos casos de substituição ou vacância da vaga de conselheiro, bem como o Diretor Geral, nas mesmas circunstâncias.

As deliberações do Conselho de Administração serão tomadas por maioria simples dos presentes.

Ao Presidente do Conselho de Administração compete:

I – convocar e presidir as Assembleias Gerais da Aris, as reuniões do Conselho de Administração e manifestar o voto de minerva;

II – tomar e dar posse aos membros do Conselho de Administração e Conselho Fiscal;

III – dar posse aos membros do Conselho de Regulação, após suas escolhas pela Assembleia Geral;

IV – nomear o Presidente do Conselho de Regulação, após a eleição entre os próprios conselheiros;

V – exonerar o Diretor Geral, após decisão exarada pelo Conselho de Regulação neste sentido, nos termos do artigo 28, VI, deste Protocolo de Intenções.

Já o Conselho de Regulação é órgão de participação institucionalizada da sociedade no processo de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico nos municípios consorciados. É órgão de natureza técnica, sendo a instância máxima de decisão e deliberação dos assuntos relacionados à regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico.

Compete ao Conselho de Regulação:

I – aprovar a indicação, pelo Diretor Geral, do Diretor de Regulação, do Diretor de Administração e Finanças, dos Coordenadores e do Ouvidor;

II – analisar, deliberar e expedir resoluções sobre a regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico;

III – sugerir à Assembleia Geral a alteração da base de cálculo e das alíquotas das taxas devidas pelo exercício da atividade de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico;

IV – julgar os recursos contra as decisões administrativas exaradas pelo Diretor Geral, incluindo as relativas à revisão e ao reajuste dos valores das tarifas e demais preços públicos decorrentes da efetiva prestação dos serviços de saneamento básico, bem como referente a sanções aplicadas aos prestadores de serviços pelo cometimento de infrações;

V – deliberar sobre as questões afetas às atividades de regulação e fiscalização encaminhadas pelo Diretor Geral;

VI – julgar, por maioria absoluta de seus membros, o processo administrativo disciplinar contra o Diretor Geral da Aris, para fins de perda do mandato e do cargo,

por cometimento de infração disciplinar ou afronta ao Código de Ética, definido em Regimento Interno.

As decisões tomadas pelo Conselho de Regulação serão colegiadas e públicas, pela maioria simples dos conselheiros presentes.

O Conselho de Regulação será composto por 7 (sete) conselheiros, indicados pelo Conselho Administrativo e escolhidos pela Assembleia Geral do Consórcio, sendo 01 (um) engenheiro sanitarista; 01 (um) advogado; 01 (um) contador; 01 (um) engenheiro civil; 01 (um) administrador; 01 (um) economista; 01 (um) biólogo.

O Conselho de Administração apresentará à Assembleia Geral lista tríplice para cada uma das 7 (sete) vagas existentes no Conselho de Regulação, conforme os requisitos fixados neste Protocolo de Intenções, sendo vedado ao Conselho de Administração fazer constar a mesma pessoa em mais de uma lista.

A Assembleia Geral fará votação específica para cada uma das vagas existentes, sendo os escolhidos nomeados e empossados pelo Presidente do Conselho de Administração. Todos os membros do Conselho de Regulação devem, por ocasião da posse, apresentar comprovante de regularidade junto ao respectivo Conselho de Regulamentação Profissional. Os conselheiros exercerão mandato de 04 (quatro) anos, contados a partir da respectiva posse, salvo exceção colacionada no § 1º do artigo 30 do Protocolo de Intenções³.

³ Art. 29. O Conselho de Regulação será composto por 7 (sete) conselheiros, indicados pelo Conselho Administrativo e escolhidos pela Assembleia Geral do Consórcio, tal como segue:

I - 01 (um) engenheiro sanitarista;

II - 01 (um) advogado;

III - 01 (um) contador;

IV - 01 (um) engenheiro civil;

V - 01 (um) administrador;

VI - 01 (um) economista;

VII - 01 (um) biólogo.

Art. 30. Os conselheiros exercerão mandato de 04 (quatro) anos, contados a partir da respectiva posse,

salvo exceção colacionada no § 1º deste artigo.

§ 1º Como regra de transição, e a fim de proporcionar mandatos não coincidentes dos membros do Conselho de Regulação, o primeiro mandato dos conselheiros será assim exercido:

I - para os nomeados com base no artigo 29, incisos I e II, o mandato será de 5 anos;

II - para os nomeados com base no artigo 29, incisos III e IV, o mandato será de 4 anos;

III - para os nomeados com base no artigo 29, incisos V, VI e VII, o mandato será de 3 anos;

§ 2º É permitida uma única reeleição para membro do Conselho de Regulação, para mandato de 4 (quatro)

anos.

§ 3º Nos casos de substituição ou vacância de vaga no Conselho de Regulação, o Conselho de Administração nomeará o novo membro para completar o mandato.

Os membros do Conselho de Regulação devem ser brasileiros, com reputação ilibada e notória especialização na área afim, sendo vedada a participação daqueles que tiveram rejeitadas as contas quando do exercício de cargos ou funções públicas, ou que tiveram condenação criminal ou por ato de improbidade. É vedada a participação no Conselho de Regulação, aqueles que possuam vinculações com qualquer pessoa física ou jurídica regulada ou fiscalizada pela ARIS, tais como, acionista ou sócio com qualquer participação no capital social; ocupante de cargo, emprego ou função de controlador, dirigente, preposto, mandatário ou consultor; empregado, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras; relação de parentesco, por 50onsangüinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, com dirigente, sócio ou administrador; e dirigente de entidade sindical ou associativa que tenha como objetivo a defesa de interesses de pessoas jurídicas sujeitas à regulação e fiscalização da ARIS. Também está impedido de exercer cargo no Conselho de Regulação qualquer pessoa que exerça, mesmo que temporariamente e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública em qualquer órgão do Poder Público municipal, estadual ou federal.

Constituem motivos para a perda do mandato de membro do Conselho de Regulação, em qualquer época, a condenação criminal, por ato de improbidade ou em processo administrativo perante a Aris, ficando vedada a perda do mandato imotivadamente.

Ressalte-se que o ex-conselheiro fica impedido de exercer qualquer atividade ou de prestar serviço aos setores regulados pela Aris por um período de 04 (quatro) meses contado da exoneração ou do término do seu mandato⁴.

Saliente-se que o Presidente do Conselho de Regulação será escolhido entre os próprios conselheiros e nomeado pelo Presidente do Conselho de Administração da ARIS, com um mandato de até 02 (dois) anos, sendo vedada a recondução sucessiva ao cargo.

⁴ § 1º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se o infrator às penas previstas no artigo 321 do Código Penal, o ex-conselheiro da ARIS, inclusive aquele que renunciou ao mandato, que descumprir o disposto neste artigo.

§ 2º Por ocasião da posse dos conselheiros do Conselho de Regulação da ARIS, será firmado termo de compromisso, cujo conteúdo expressará o disposto neste artigo e no artigo 32 deste Protocolo de Intenções.

Já a Diretoria de Regulação é órgão da estrutura da Aris, com natureza técnica e será dirigida pelo Diretor de Regulação. Possui as seguintes competências:

I – propor ao Diretor Geral e ao Conselho de Regulação medidas normativas para a regulação dos serviços prestados pelas entidades reguladas;

II – realizar pesquisas e estudos econômicos e qualitativos do mercado, referentes aos serviços regulados pela Aris;

III – coordenar, supervisionar e controlar a fiscalização da execução, evolução e qualidade dos serviços prestados pelas prestadoras de serviços de saneamento básico;

IV – articular e apoiar tecnicamente as ações de fortalecimento institucional e estruturação de áreas e processos da Aris;

V – desenvolver e gerenciar um sistema de informações, com todos os dados a respeito dos serviços regulados, que permita o acompanhamento da evolução em cada município e a uniformização da prestação dos serviços em todos os municípios consorciados;

VI – encaminhar ofício para instauração de processo administrativo, quando verificado indícios de irregularidades nas ações das prestadoras de serviços, e emitir parecer para julgamento e aplicação das penalidades cabíveis;

VII – coordenar o monitoramento e a avaliação dos projetos aprovados pelo Conselho de Regulação e pelo Diretor Geral;

VIII – notificar, advertir e/ou multar as entidades reguladas que estejam em desacordo com a legislação vigente, ou com as normas, regulamentos e instruções editadas pela ARIS; e

IX – executar ações voltadas a dar cumprimento aos objetivos, às competências e às normas expedidas pela Aris.

Ressalte-se que o Diretor de Regulação, cargo de livre nomeação e exoneração, será nomeado pelo Diretor Geral, após aprovação da indicação pela maioria absoluta dos membros do Conselho de Regulação da ARIS, em convocação específica para tal fim.

A Diretoria de Administração e Finanças é órgão da estrutura da ARIS, com natureza técnica, sendo dirigida pelo Diretor de Administração e Finanças. Compete à referida Diretoria o seguinte:

I – coordenar, supervisionar e controlar a execução de todas as atividades relativas às ações de administração e de gestão financeira e orçamentária da ARIS;

II – orientar as unidades gestoras da Aris, quanto aos procedimentos administrativos e financeiros;

III – coordenar e supervisionar as atividades relacionadas à arrecadação e à movimentação de recursos financeiros da Aris, de acordo com a legislação em vigor;

IV – elaborar e encaminhar para apreciação do Diretor Geral, a elaboração da programação orçamentária anual;

V – instruir e encaminhar ao Diretor Geral a prestação anual de contas da ARIS, para aprovação do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal;

VI – propor ao Diretor Geral normas e procedimentos que disciplinem as despesas relacionadas à passagens, diárias e outros custos com deslocamentos e estadias de funcionários;

VII – propor ao Diretor Geral normas e procedimentos que disciplinem a aquisição, gestão de bens, contratação de obras e serviços, bem como as atividades de recebimento, tombamento, distribuição, armazenamento, movimentação, baixa e inventário dos bens patrimoniais móveis e imóveis da ARIS; e

VIII – elaborar contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos legais para a execução das atividades da ARIS.

A Coordenadoria de Normatização é órgão da estrutura da ARIS, subordinada à Diretoria de Regulação, com natureza técnica e dirigida pelo Coordenador de Normatização. Apresenta as seguintes competências:

I – propor normas e procedimentos para a padronização das informações e dos serviços prestados pelas prestadoras de serviços de saneamento básico;

II – analisar e emitir parecer sobre todos os projetos e investimentos submetidos à apreciação da ARIS, para ampliação da oferta de serviços ou modernização das instalações das prestadoras reguladas; e

III – induzir, acompanhar e monitorar os investimentos para a ampliação e modernização dos serviços prestados.

O cargo de Coordenador de Normatização é de livre nomeação e exoneração e será nomeado pelo Diretor Geral, após aprovação da indicação pela maioria absoluta dos membros do Conselho de Regulação da ARIS, em convocação específica para tal fim.

A Coordenadoria de Fiscalização é órgão da estrutura da ARIS, subordinada à Diretoria de Regulação, com natureza técnica e será dirigida pelo Coordenador de Fiscalização. Compete à Coordenadoria de Fiscalização:

I – fiscalizar, com poder de polícia administrativa, a qualidade e eficiência da prestação dos serviços nos municípios consorciados, em consonância com as normas, regulamentos e instruções expedidos pela ARIS e legislação vigente;

II – fomentar a elaboração de material de divulgação dos serviços prestados pelas entidades reguladas, atendendo a legislação vigente e estimulando práticas de estreitamento da relação prestador/usuário;

III – criar mecanismos de controle das rotinas de fiscalização que permitam auferir o grau de eficácia no desempenho das funções de todos os funcionários envolvidos;

IV – monitorar as unidades regionais de fiscalização, acompanhando sua atuação, para avaliação do andamento das atividades desenvolvidas;

V – organizar e controlar atividades de capacitação, objetivando a padronização das ações de fiscalização; e

VI – emitir relatórios mensais de todos os procedimentos de fiscalização efetuados.

Destaque-se que a Coordenadoria de Contabilidade é órgão da estrutura da ARIS, subordinada à Diretoria de Administração e Finanças, com natureza técnica e será dirigida pelo Coordenador Contábil.

Já a Coordenadoria de Recursos Humanos é órgão da estrutura da ARIS, subordinada à Diretoria de Administração e Finanças, com natureza técnica e será dirigida pelo Coordenador de Recursos Humanos.

E por último, a Ouvidoria, órgão vinculada à Direção Geral, com natureza técnica e sendo dirigida pelo Ouvidor Geral.

Note-se que na Aris a instância decisória cabe ao Conselho de Regulação composto por 7 pessoas, com mandato de 4 anos e formação acadêmica em diferentes áreas do conhecimento. Dessa forma, as questões de natureza técnica não são apreciadas pelos chefes dos poderes executivos em Assembleia Geral, não havendo assim, comprometimento da independência técnica e funcional do referido consórcio regulatório.

Repita-se que os membros do Conselho Regulatório não podem possuir qualquer vinculação com o Poder Público ou com os prestadores de serviços, sendo remunerados por reunião. Cabe a este Conselho a definição, em última instância, de todas as questões técnicas da agência reguladora, tais como, aplicação de multas, expedição de normas, julgamento de recursos administrativos, entre outros assuntos.

O regime de pessoal da Aris definido no Protocolo de intenções é o estatutário, com ingresso de pessoal mediante seleção e aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. No protocolo constam ainda as funções, a jornada de trabalho e os vencimentos dos servidores públicos e a sua subordinação ao Regime Geral de Previdência Social.

Prevê ainda o Protocolo de Intenções que são de livre nomeação e exoneração, os cargos de Diretor de Regulação, Diretor de Administração e Finanças, Coordenador de Normatização, Coordenador de Fiscalização, Coordenador Contábil, Coordenador de Recursos Humanos e Ouvidor.

Importante ressaltar que a Aris possui independência administrativa, financeira e orçamentária, conforme preconiza o artigo 21, inciso I, da Lei 11.445/07.

O consórcio regulatório Aris não depende do repasse de recursos orçamentários pelos municípios consorciados, já que são cobradas taxas pelo exercício das atividades de regulação sobre cada atividade de saneamento básico, proporcionando, assim, sua sustentação financeira.

Ressalte-se que a Aris possui, também, autonomia decisória, sendo os conflitos administrativos solucionados por órgãos da própria agência reguladora.

3.2 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA NO CONSÓRCIO REGULATÓRIO ARIS

Conforme vimos anteriormente, compete aos Tribunais de Contas a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e respectivas entidades, bem como pessoas físicas ou jurídicas, que respondam por valores ou bens públicos.

No que tange ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, suas principais atribuições estão elencadas nos artigos 59⁵ e 113⁶ da Constituição

⁵ Art. 59. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador, as quais serão anexadas às dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas, mediante parecer prévio que levará em consideração as contas dos três últimos exercícios financeiros e que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta, incluídas as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

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 Assembléia Legislativa, 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 de empresas de cujo capital social o Estado participe, de forma direta ou indireta, nos termos do documento constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento congênere, e das subvenções a qualquer entidade de direito privado;

VII - prestar, dentro de trinta dias, sob pena de responsabilidade, as informações solicitadas pela Assembléia Legislativa, ou por qualquer de suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária 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 a ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão a Assembléia Legislativa;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

XII - responder a consultas sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese, relativas a matéria sujeita a sua fiscalização.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembléia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se a Assembléia Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará à Assembléia Legislativa, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

⁶ Art. 113. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da administração pública municipal, quanto a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas, é exercida:

I - pela Câmara Municipal, mediante controle externo;

II - pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, observado, no que couber e nos termos da lei complementar, o disposto nos arts. 58 a 62.

§ 2º O parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas do Estado sobre as contas prestadas anualmente pelo Prefeito só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Estadual, entre as quais, apreciar as contas prestadas, anualmente, pelo governador do Estado e pelos prefeitos municipais, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos, além de apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal. O Tribunal ainda fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a municípios, através de convênios, e de subvenções a entidades privadas.

Ressalte-se que a própria Lei nº 11.107/05 prevê que o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

Note-se que a norma em comento, estabeleceu que as contas de um consórcio público, relativas a um determinado exercício, serão fiscalizadas por apenas por um Tribunal de Contas, qual seja, aquele competente para apreciar as contas de seu representante legal no âmbito do ente consorciado.

Contudo, mesmo havendo tal previsão legal, os Tribunais de Contas competentes para apreciar as contas dos demais entes federados participantes do consórcio não poderão ser afastados de tal controle.

Nesse sentido, cita-se lição de Marcelo Harger (2007, p. 129):

O art. 70 da Constituição Federal atribui ao Congresso Nacional a competência para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal direta e indireta. Estabelece, ainda, em seu parágrafo único, que deverá prestar contas “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumiu obrigações de natureza pecuniária”. Mais adiante, no art. 71, estabelece que o controle externo pelo Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e que este compete, de acordo com os incisos II e VI do referido artigo:

II – 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

§ 3º A Câmara Municipal somente julgará as contas após a emissão do parecer prévio do Tribunal de Contas.

§ 4º As contas do Município ficarão durante sessenta dias, anualmente, a disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 5º O Tribunal de Contas do Estado emitira parecer sobre as contas prestadas anualmente pelo Prefeito até o último dia do exercício em que foram prestadas.

Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda extraviou ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

...

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;

Essas normas, que em um primeiro momento somente teriam aplicação aos consórcios nos quais a União participasse, aplicam-se também aos demais consórcios por força do art. 75 da Constituição Federal que determina serem esses dispositivos aplicáveis no que couber a organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselho de Contas dos Municípios. A fiscalização, portanto, dos consórcios públicos deve ser feita por todos os poderes legislativos envolvidos no contrato de consórcio público e respectivos tribunais de contas e não somente em relação aos contratos de rateio, mas também em face da atuação contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos consórcios.

A caracterização do controle externo exercido pelo TCE/SC, se dá, principalmente, pela realização de auditorias *in loco*, pela análise das prestações de contas dos administradores, pelo registro dos atos de pessoal, pela análise dos editais de licitações (concorrência) e das denúncias e representações encaminhadas ao Tribunal.

As auditorias são a principal forma de fiscalização e atuação do TCE/SC, pois garantem maior efetividade do controle externo e incrementam a percepção social da utilidade do órgão e podem ser divididas em auditoria operacional e de conformidade/regularidade/legalidade.

A auditoria de conformidade, também conhecida como auditoria de regularidade ou de legalidade, consiste na análise da legalidade e regularidade das atividades, funções, operações ou gestão de recursos, verificando se estão em conformidade com a legislação em vigor. A auditoria operacional incide em todos os níveis da gestão, nas fases da programação, execução e supervisão, sob o ponto de vista da economia, eficiência e eficácia. Analisa a execução das decisões tomadas e aprecia até que ponto os resultados pretendidos foram atingidos.

Para o exercício do controle externo o TCE/SC conta com 5 (cinco) órgãos de controle, a saber:

- Diretoria de Controle da Administração Estadual – DCE: fiscaliza os atos dos Poderes e órgãos da Administração Pública Estadual;

- Diretoria de Controle dos Municípios – DMU: fiscaliza as administrações públicas municipais. Além das 293 prefeituras e câmaras de vereadores, exerce o controle dos atos das autarquias, fundações e fundos municipais;

- Diretoria de Controle de Licitações e Contratos – DLC: analisa licitações, incluindo o exame de editais de concorrência e a fiscalização da execução de contratos. Fiscaliza obras, projetos e serviços de engenharia contratados pelas unidades gestoras do Estado, dos Municípios, sujeitas à jurisdição do TCE/SC;

- Diretoria de Controle de Atos de Pessoal – DAP: planeja, coordena, orienta e realiza a fiscalização de atos de pessoal da Administração Direta e Indireta do Estado e dos Municípios;

- Diretoria de Atividades Especiais - DAE: realiza auditorias operacionais – avaliação de programas, projetos e resultados – e auditorias em projetos financiados com recursos internacionais. Realiza, também, auditorias especiais definidas pelo Tribunal Pleno, pela Presidência e pelo Relator, assim como auditorias decorrentes de denúncias e representações de agentes públicos sobre irregularidades ou ilegalidades, praticadas por administrador ou responsável sujeito à jurisdição do Tribunal, desde que distribuídas pelo Tribunal Pleno, pela Presidência ou pelo Relator.

Dessa forma, considerando que a Aris se trata de um consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, integrante da administração indireta dos municípios consorciados, conclui-se que esta está sujeita a fiscalização pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

No que tange ao dever constitucional de prestar contas dos que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiros bens e valores públicos, até a presente data, o TCE/SC não autuou nenhum processo de prestação de contas da Aris, não tendo sido analisadas as contas dos representantes legais do referido consórcio regulatório, desde a sua criação.

Também não foi realizada nenhuma fiscalização pelo TCE/SC na Aris até o momento.

Conforme comentado acima, diante da possibilidade de sua atuação sobre o referido consórcio regulatório, entende-se cabível que sejam realizadas auditorias e inspeções no mesmo.

Além disso, sendo a Aris um consórcio regulatório, integrante da administração indireta, cabe ao TCE/SC ainda apreciar os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria e pensão dos seus servidores. Devem,

ainda, os representantes legais do referido consórcio regulatório, prestar contas dos recursos geridos em determinado exercício ao TCE/SC, devendo este apreciá-los.

Destaque-se que o TCE/SC também pode realizar auditorias e inspeções provenientes de denúncias e representações acerca de possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas na atuação da Aris. Importante ressaltar que a atuação do TCE/SC não se restringe aos aspectos jurídico-formais, deve ir além e analisar os resultados alcançados pela Aris no exercício de sua missão.

No primeiro caso, o TCE estará realizando uma auditoria de conformidade, avaliando desde a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição à adequação dos processos, atividades e procedimentos na unidade auditada com base na legislação e nos regulamentos aplicáveis. No segundo caso, estará realizando uma auditoria operacional, verificando se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos da Aris, examinando sua ação quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia⁷.

⁷ O Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União traz as seguintes definições para: a economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (ISSAI 3000/1.5, 2004). Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição. Poderá abranger a verificação de práticas gerenciais, sistemas de gerenciamento, benchmarking de processos de compra e outros procedimentos afetos à auditoria operacional, enquanto o exame estrito da legalidade de procedimentos de licitação, fidedignidade de documentos, eficiência dos controles internos e outros deverão ser objeto de auditoria de conformidade. Eficiência é definida como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade. Essa dimensão refere-se ao esforço do processo de transformação de insumos em produtos. Pode ser examinada sob duas perspectivas: minimização do custo total ou dos meios necessários para obter a mesma quantidade e qualidade de produto; ou otimização da combinação de insumos para maximizar o produto quando o gasto total está previamente fixado. Portanto, podemos considerar que o conceito de eficiência está relacionado ao de economicidade. A eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados. O conceito de eficácia diz respeito à capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento, ou seja, a capacidade de prover bens ou serviços de acordo com o estabelecido no planejamento das ações. É importante observar que a análise de eficácia deve considerar os critérios adotados para fixação da meta a ser alcançada. Uma meta subestimada pode levar a conclusões equivocadas a respeito da eficácia do programa ou da atividade sob exame. Além disso, fatores externos como restrições orçamentárias podem comprometer o alcance das metas planejadas e devem ser levados em conta durante a análise da eficácia. A efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção. Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir às ações do programa avaliado. Portanto, ao examinar a efetividade de uma intervenção governamental, pretende-se ir além do cumprimento de objetivos imediatos ou específicos, em geral consubstanciados em metas de produção ou de atendimento (exame da eficácia da gestão). Trata-se de verificar se os resultados observados foram realmente causados pelas ações desenvolvidas e não por outros fatores (ISSAI

Segundo o Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União:

Nas auditorias de regularidade, as conclusões assumem a forma de opinião concisa e de formato padronizado sobre demonstrativos financeiros e sobre a conformidade das transações com leis e regulamentos, ou sobre temas como a inadequação dos controles internos, atos ilegais ou fraude. Nas auditorias operacionais, o relatório trata da economicidade e da eficiência na aquisição e aplicação dos recursos, assim como da eficácia e da efetividade dos resultados alcançados. Tais relatórios podem variar consideravelmente em escopo e natureza, informando, por exemplo, sobre a adequada aplicação dos recursos, sobre o impacto de políticas e programas e recomendando mudanças destinadas a aperfeiçoar a gestão⁸.

Dessa forma, observa-se que as auditorias operacionais possuem características próprias que as distinguem das auditorias de conformidade. A forma tradicional de fiscalizar consiste, entre outros, em um processo de verificação de livros, notas, empenhos e registros fiscais. Já a auditoria operacional visa unir o tradicional com o atual modo de auditar, convergindo esforços e técnicas voltadas para a matriz dos resultados.

Nesse sentido, busca auxiliar o auditado na gerência e nos resultados por meio de recomendações que visem aprimorar os procedimentos, melhorar os controles e a aumentar a responsabilidade gerencial.

De acordo com a diversidade e complexidade das questões tratadas, as auditorias operacionais possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos, métodos de trabalho e forma de comunicar suas conclusões.

A auditoria operacional está voltada para o exame da ação do auditado quanto às dimensões de economicidade, eficiência e eficácia e tem como objetivo principal os seguintes aspectos: como os órgãos e entidades adquirem, protegem e utilizam seus recursos; as causas de práticas antieconômicas e ineficientes; o cumprimento das metas previstas; e a obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

3000/1.5, 2004). A avaliação da efetividade pressupõe que bens e/ou serviços foram ofertados de acordo com o previsto. O exame da efetividade ou avaliação de impacto requer tratamento metodológico específico que busca estabelecer a relação de causalidade entre as variáveis do programa e os efeitos observados, comparando-os com uma estimativa do que aconteceria caso o programa não existisse (ISSAI 3000/1.7, 2004).

⁸Manual de auditoria operacional do TCU. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf

O Tribunal de Contas da União define a Auditoria de Natureza Operacional como a avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas de gestão, e a divide em duas modalidades: a auditoria de desempenho operacional e a avaliação de programa. A primeira verifica a eficiência operativa, o grau de cumprimento das metas comparando as previstas com as alcançadas, já a segunda busca apurar em que medida as ações implementadas lograram efeitos pretendidos para a administração⁹.

Para o TCU, enquanto a auditoria de desempenho operacional verifica a eficiência operativa, o grau de cumprimento das metas comparando as previstas com as alcançadas, a avaliação de programa busca apurar em que medida as ações implementadas lograram efeitos pretendidos para administração.

Ao realizar a auditoria operacional na Aris, o TCE/SC deve verificar se estão sendo atingidas as finalidades decorrentes de sua criação, se os resultados esperados estão sendo atingidos. Deve avaliar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora.

Além disso, deve analisar se os meios que a Aris dispõe estão sendo utilizados de maneira adequada, se estão sendo atingidos os resultados previamente estabelecidos por lei e se os fins estão em harmonia com as demandas sociais.

O TCE/SC deve ainda analisar os editais e contratos de concessão e permissão de serviços públicos, não havendo nesse caso sobreposição de atribuições, mesmo cabendo a Aris se manifestar sobre o conteúdo dos referidos editais e contratos, já que é dever do TCE atestar a correção da execução dos contratos. Tal ação não visa controlar as empresas prestadoras dos serviços, mas apenas verificar se a Aris está fiscalizando de forma adequada os editais e contratos de permissão e concessão.

Por todo o exposto, observa-se o quão larga é a extensão da fiscalização que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina pode exercer sobre a Aris, e embora não a tenha fiscalizado até o momento, deve agir, buscando identificar se a Aris está cumprindo bem e fielmente seus objetivos, contribuindo assim, para que os serviços de saneamento básico regulados por ela alcancem a eficiência.

⁹Retirado do Manual de auditoria operacional do TCU. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf

4 CONCLUSÃO

Nesse trabalho, verificou-se que as Agências Reguladoras são em regra autarquias em regime especial, tendo maior autonomia administrativa, financeira e técnica em face da Administração Direta. Além disso, seus dirigentes são estáveis, tendo mandato fixo e suas decisões não são passíveis de revisão por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Quanto às competências e atribuições, possuem funções que se assemelham as funções desempenhas pelos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Verificou-se também que as atividades de regulação a partir da Lei nº 11.445/07, que regula os serviços públicos de saneamento básico, podem ser realizadas por meio de consórcio público. Os consórcios públicos serão criados por lei com a finalidade única de executar a gestão associada de serviços públicos. Isso significa dizer que dois ou mais entes federados poderão criar um consórcio público para prestar um serviço público de interesse comum.

Para esse fim a que se destinam os consórcios públicos, os entes consorciados, que podem ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no todo em parte, destinarão pessoal e bens essenciais à execução dos serviços transferidos.

Deve-se ter em conta que a criação de consórcio regulatório justifica-se no caso de municípios não abrangidos por nenhuma atividade de regulação ou que não delegaram o serviço de saneamento a agência estadual ou no caso de inexistência de entidade regulatória de abrangência estadual ou municipal.

Destacou-se que a Lei nº 11.107/05 mudou a natureza jurídica do consórcio público prevendo que se tiver personalidade de direito público, constitui-se como associação pública e integrará a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados, tendo nesse caso todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público. Se tiver personalidade de direito privado se constituirá mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil, observadas as norma de direito público, no que se refere a realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Deve-se considerar que a competência para outorgar concessão, permissão ou autorização de obras e serviços públicos exige prévia autorização no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma precisa o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições que estas deverão atender. Deve estar previsto também no protocolo de intenções e ser objeto de ratificação.

Ressaltou-se que o regime de responsabilidade nos consórcios quanto aos atos praticados para a prestação do serviço público para a qual ele foi criado é o da responsabilidade subsidiária.

Mais adiante, verificou-se que no Estado de Santa Catarina, foi constituída a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS, sob a forma de consórcio público de direito público, sob a forma de associação pública, composta por inúmeros municípios, sendo responsável pela regulação de todas as atividades de saneamento. O protocolo de intenções foi firmado em 1º de dezembro de 2009 e o contrato foi celebrado entre os municípios consorciados em 29 de janeiro de 2010. A área de atuação da ARIS é formada pelo território dos municípios que o integram, constituindo-se numa unidade territorial sem limites intermunicipais para as finalidades a que se propõe, vigorando por tempo indeterminado.

Caracteriza-se como um consórcio regulatório, criado com fundamento tanto na Lei nº 11.445/2007, que regula os serviços públicos de saneamento básico, quanto na Lei nº 11.107/2005 que trata dos consórcios públicos.

Por fim, destacou-se que da mesma forma que as agências reguladoras, os consórcios regulatórios estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas, conforme disposto no artigo 71, IV da Constituição Federal, que institui sua competência para a realização de inspeções e auditorias nas entidades sob a sua jurisdição.

Além disso, a própria Lei nº 11.107/05 prevê que o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

Embora até o momento não tenha sido realizada nenhuma fiscalização pelo TCE/SC na Aris, entende-se cabível a realização de auditorias e inspeções no referido consórcio.

As auditorias poderão ser de conformidade/legalidade, avaliando desde a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição à adequação dos processos, atividades e procedimentos na unidade auditada com base na legislação e nos regulamentos aplicáveis; e operacional, verificando se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos da Aris, examinando sua ação quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.

Além disso, cabe ao TCE/SC apreciar os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria e pensão dos servidores da Aris. Os representantes legais do referido consórcio regulatório devem, também, prestar contas dos recursos geridos em determinado exercício ao TCE/SC, devendo este apreciá-los.

O TCE/SC também pode realizar auditorias e inspeções provenientes de denúncias e representações acerca de possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas na atuação da Aris. Deve, ainda, analisar os editais e contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Nesse sentido, o TCE/SC deve exercer sua atividade fiscalizatória buscando identificar se a Aris está cumprindo bem e fielmente seus objetivos, a fim de que ocorram melhorias nas prestações dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos, limpeza urbana e drenagem pluvial, melhorando assim, as condições de vida da população dos municípios consorciados.

5 REFERÊNCIAS

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 392 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos et al. *O poder normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 672 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 445 p.

_____. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 894 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 220 p.

_____. *A regulação no setor de saneamento*. vol I. Brasília: Editora, 2009.

CUÉLLAR, Leila. *Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. 159 p.

HARGER, Marcelo. *Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 1999 p.

MEDAUER, Odete; Gustavo Justino de Oliveira. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal.

SANTA CATARIA. Constituição do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1989.

BRASIL. Lei nº 11.107 de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, publicada no D.O.U de 7/4/2005.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, publicada no D.O.U de 8/1/2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 999/0069194-6, 16 de setembro de 2002, pág. 00159. Lex: jurisprudência do STJ.

Manual de auditoria operacional do TCU. Disponível em:
http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf. Acesso em: 01 de jul. 2013.