

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

PAULO JOÃO BASTOS

**A ATUAÇÃO DO TCE/SC NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA
CONCESSÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL EM SANTA
CATARINA:
AUDITORIA JUNTO À SCGÁS**

**FLORIANÓPOLIS
2013**

PAULO JOÃO BASTOS

**A ATUAÇÃO DO TCE/SC NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA
CONCESSÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL EM SANTA
CATARINA:
AUDITORIA JUNTO À SCGÁS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação de Amparo à Escola Nacional de Administração – ENA BRASIL, como requisito para obter o certificado de conclusão do curso.

Orientador: Sidnei Silva

**FLORIANÓPOLIS
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 TCE/SC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA.

Título da monografia: A atuação do TCE/SC no exercício do controle externo da concessão da distribuição de gás natural em Santa Catarina: auditoria junto a SCGÁS

Aluno: Paulo João Bastos

Orientador: Sidnei Silva



PAULO JOÃO BASTOS

**A ATUAÇÃO DO TCE/SC NO EXERCÍCIO DO CONTROLE
EXTERNO DA CONCESSÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS
NATURAL EM SANTA CATARINA:
AUDITORIA JUNTO À SCGÁS**

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 Sidnei Silva

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica:

Claudia Regina Castellano Losso

Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 22 de agosto de 2013.

RESUMO

BASTOS, Paulo João. **A atuação do TCE/SC no exercício do controle externo da concessão da distribuição de gás natural em Santa Catarina: auditoria junto à SCGÁS.** 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.

Trata-se da apresentação de situação fática, relacionada à auditoria realizada por equipe técnica do TCE/SC junto à empresa estatal catarinense SCGÁS, que tratou da atuação da mesma, à luz do cumprimento dos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade de forma integrada e considerando a imprescindível satisfação do interesse social/público derivado da concessão do serviço público em questão. No caso específico, por contemplar entre os agentes da concessão estruturas jurisdicionadas pela Corte Catarinense, foi possível que as considerações de encaminhamento e a análise da situação em si envolvem-se: Poder Concedente - Governo do Estado; Órgão Regulador - AGESC e a Concessionária - SCGÁS. O estudo valoriza o avanço do controle externo em abordar de forma aprofundada e técnica questões inovadoras e com ampla repercussão na mídia, despertando assim o controle da sociedade – *accountability* vertical – e constituindo-se em hígido parâmetro a ser estendido e aperfeiçoado na atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina. A efetividade dos encaminhamentos propostos, com reflexos benéficos ao usuário/consumidor dos serviços, com aumento de oferta, maior qualidade e vantajosa revisão da questão tarifária, são expostos como alvissareiro alicerce que encoraja, amplia e permite a efetividade das ações decorrentes da concessão a partir do controle exercido.

Palavras-chave: Controle Externo. Tribunal de Contas. Concessão pública da distribuição de gás natural. Efetividade.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 1.1 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA..... | 7 |
| 1.2 OBJETIVOS DE PESQUISA | 11 |
| 1.2.1 Objetivo geral | 11 |
| 1.2.2 Objetivos específicos..... | 11 |
| 1.3 JUSTIFICATIVA TEÓRICA E PRÁTICA | 12 |
| 1.4 A METODOLOGIA ADOTADA | 18 |
| 1.4.1 Caracterização da pesquisa..... | 18 |
| 1.4.2 Procedimentos de pesquisa..... | 19 |
| 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO-EMPÍRICA..... | 21 |
| 2.1 CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO | 21 |
| 2.2 DISCUSSÃO SOBRE A EXTENSÃO DO CONTROLE EXTERNO | 24 |
| 2.2.1 O controle da legalidade | 26 |
| 2.2.2 O controle da legitimidade | 27 |
| 2.2.3 O controle da economicidade | 27 |
| 2.2.4 A integração da legalidade, da legitimidade e da economicidade na ação de controle efetiva das concessões | 28 |
| 2.2.5 Efetividade na administração pública sob o ponto de vista do controle..... | 30 |
| 2.2.6 Os Tribunais de Contas como instrumentos de <i>accountability</i> – a defesa do interesse social e sua indisponibilidade no caso das concessões de distribuição de gás natural..... | 31 |
| 2.3 EMPRESAS ESTATAIS E SEU REGIME JURÍDICO | 33 |
| 3 ANÁLISE DE CASO..... | 38 |
| 3.1 A ORIGEM..... | 38 |
| 3.2 AUDITORIA E RELATÓRIO INICIAL | 39 |
| 3.2.1 A conclusão expressa no relatório técnico | 51 |
| 3.2.2 A proposta de encaminhamento sugerida no relatório técnico..... | 57 |
| 3.3 RESULTADO DA DILIGÊNCIA..... | 60 |
| 3.4 REPERCUSSÕES NA MÍDIA E NOS DIFERENTES AGENTES | 66 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 68 |
| REFERÊNCIAS | 74 |

1 INTRODUÇÃO

Num primeiro momento é necessário que se estabeleça o problema pesquisado, quais os objetivos traçados, sua validação com justificativas teóricas e práticas e ainda delinear a metodologia adotada.

1.1 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA

O exercício do Controle Externo, necessariamente presente no âmbito da administração pública pátria em suas diferentes esferas ou níveis de governança, se dá preponderantemente sob o aspecto estritamente legal, embora por disposição constitucional não ocorra tal limitação ou privilégio. De fato seguindo tradicional cartilha legalista, o cumprimento de tal mandamento na atuação dos órgãos de controle, mormente das cortes de contas, se dá, via de regra, limitado a este viés.

Com relação às cortes de contas, cabe servir-se da lição de Campelo, inserida obra de Souza¹, onde traz que nos Estados democráticos é característico a atuação, em auxílio ao Parlamento, de órgão especializado na atuação sobre o Poder Público, em suas diferentes esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário. No caso brasileiro, tais cortes possuem corpo deliberativo (ministros/conselheiros), quadro próprio de pessoal e adota decisões colegiadas. É uma corte administrativa, autônoma, vinculada ao Poder Legislativo e com competência de julgar contas de administradores e responsáveis por bens e valores públicos, com jurisdição própria, peculiar e específica

Por outro lado, a administração pública brasileira na ânsia de buscar alternativas de ação que permitissem melhor agilizar a prestação de serviços ou fornecimento de insumos básicos, lançou mão da prática de estabelecer concessões de seus serviços por prazos determinados.

Evoluindo as necessidades e o interesse em se beneficiar, na qualidade de concessionários, concomitantemente se agregaram à estrutura das concessões entes até então inexistentes, como as agências reguladoras. Com este crescimento, passou a ser reconhecida a importância do papel do poder concedente.

As cortes de contas forçadas a adequar-se ao atendimento da premente necessidade de bem fiscalizar tais relações, iniciaram a busca, ainda não esgotada, de

¹ SOUZA, Alfredo José de. **O novo Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum 2003. p. 131 a 145 – artigo de Valmir Campelo: O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro

lançar mão dos expedientes de atuação até então utilizados para as demais unidades jurisdicionadas. Não havendo o despertar, na fase inicial da busca, de um tratamento personificado dos diferentes entes envolvidos.

Em especial no caso que será objeto de estudo, concessão da distribuição do gás natural no estado de Santa Catarina, tal característica se fez presente.

Nesse caso a atuação básica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina - TCE/SC, órgão autônomo e auxiliar do Poder Legislativo Catarinense, criado em 04 de novembro de 1955, com a Lei Estadual n.º 1.366, e que segundo sua Lei Orgânica – Lei Complementar n.º 202/2000, artigo 1º, IX – tem competência para fiscalizar as contas de empresas cujo capital social o Estado participe de forma direta ou indireta nos termos do documento constitutivo, se deu de forma específica.

Cuidou o órgão de controle externo somente da Companhia de Gás de Santa Catarina S. A. – SCGás - sociedade de economia mista criada com base na Lei n.º 8.999/93 que é a empresa responsável pela distribuição do gás natural canalizado em Santa Catarina. Observe-se a preocupação, por parte do controle, em não diferenciá-la na condição de concessionária de serviço público, nem vislumbrando as nuances decorrentes da relação estabelecida com o Poder Concedente (Governo do Estado), que era ao mesmo tempo seu sócio majoritário.

Também na abordagem efetuada não foi ignorado o papel a ser exercido pelo órgão regulador, no caso a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina – Agesc – que é uma Autarquia especial criada pela Lei Complementar n.º 284/2005 e regulamentada pela Lei n.º 13.533/2005, que tem como finalidade a regulação e a fiscalização dos serviços públicos delegados pelo Estado, incluindo a distribuição de gás natural.

Neste contexto situam-se três figuras: a sociedade através dos usuários, as empresas - concessionárias e permissionárias, e por último, o Estado (Poder Concedente) que deve zelar pela qualidade de vida da população na prestação dos serviços públicos e tarifas mais justas.

No momento presente o alvo delineado é este estágio inicial, onde a perspectiva de atuação evoluiu e se materializou na realização de auditoria específica que embasou o processo RLA 11/00379107. No relatório resultante da mesma resta consignado que o acordo de acionistas celebrado em 1994, autorizou de maneira irregular e antieconômica, a ampliação da participação dois acionistas privados da SCGás, reduzindo por via inversa e proporcional o controle do Estado catarinense. Na

realidade é justamente esta situação que nutre a pretensão de análise e apresentação do presente trabalho.

De igual forma o mencionado acordo de acionistas, tolheu do Estado Catarinense a possibilidade de estabelecer uma política estadual de utilização na latente matriz energética, assim como tornou não acessível ao concedente do serviço, importante instrumento de planejamento econômico e social estadualizado.

O caso destaque avançou o limite de apontar situações irregulares, perpassando-o ao destacar principalmente a ilegitimidade do acordo, na medida em que este foi o vetor da condição marginal do interesse social em relação aos objetivos societários da estatal, eis que a SCGás passou a freneticamente buscar a obtenção de lucros que tinham como destinação precípua a distribuição entre os sócios.

A prevalência de tal situação foi soberana na definição do plano de investimentos da estatal, e, sobretudo, em obstar e aniquilar, eis que vigente pelos anos subseqüentes, de forma sistemática e reiterada a intrínseca preservação, ou mesmo a busca pelo atingimento à supremacia do interesse social sobre o privado.

A conduta do controle externo, até então voltada para o contumaz perfil legalista, que com relação à situação focalizada se mostrava ineficaz/ineficiente, contribuiu para a fruição da grave situação.

O relatório da auditoria, também, destacou de forma pormenorizada as repercussões econômico-financeiras do acordo junto aos custos e preços da tarifa de gás natural no período compreendido entre a celebração do acordo aludido e a data da auditoria, e propondo ao fim uma série de alterações no próprio contrato de concessão.

De forma inédita, no âmbito desta corte, o trabalho referência abordou de forma incisiva o problema que se propõe a estudar, qual seja: i) o cotejamento do interesse social na atuação do TCE/SC no exercício do controle externo junto à concessionária SCGás; ii) o tratamento de aspectos que repercutem na tarifa/preço advindos da concessão, impactando seus consumidores; iii) no retorno à sociedade como um todo da atuação da empresa, sob a ótica do fornecimento de recursos ao Estado investidor; iv) nos tributos incidentes; e, finalmente v) na disponibilização de insumos de matriz energética variada, com diferente impacto social e ambiental.

Este avanço foi além, aproveitando a circunstância de também integrar sua base de jurisdicionados, em analisar a conduta e a ação da Agesc, de igual forma propondo ações visando resgatar sua preponderante atuação.

Por outro lado, a proposta lançada no caso a ser estudado, se revelou um excelente fio condutor na divulgação do nome do TCE/SC, que obteve propagação de sua atuação de forma clara e efusiva em vários órgãos de mídia², ao lançar a possibilidade de reversão de uma situação que tolheu benefícios do Estado, e do interesse da sociedade catarinense como um todo, em beneplácito a particulares/entidades privadas.

Sob este prisma é salutar destacar a importância do *accountability* vertical, por meio do qual os cidadãos têm acesso a informação e podem exercer assim o controle social. A toada seguida na ação das cortes de contas é, restritamente pela *accountability* horizontal³, (atua como um freio, ou peso contrário ao encaminhamento). No caso tratado a ampla repercussão na mídia, tendo como marco a atuação do TCE/SC, e seu conseqüente estímulo a despertar o interesse junto à sociedade, permite se estabelecer a ilação de se tratar de situação afeita a *accountability* vertical.

Por derradeiro é necessário expor a existência de obstáculos à consecução da presente proposta de estudo de caso no âmbito do TCE/SC. A pouca prática de se lidar com situações congêneres, que visem tal abordagem, inibe o posicionamento a partir de parâmetros confrontadores. De igual sorte a escassez de atuação do Estado, ou mesmo dos municípios catarinenses, bem desempenhando ao que lhes foi estabelecido como função inerente ao Poder Concedente, e por conseqüência, a incipiente ação como fiscalizadores/reguladores das atividades, se consistem também em inibidores à execução da presente proposta.

Por outro lado é latente a necessidade de expansão do espectro de atuação da corte catarinense avançando em relação ao atual *status quo* e passando a tratar com um novo olhar - além ao da regularidade - as concessões processadas pelas unidades jurisdicionadas, que não necessariamente trarão a condição *sui generis* do gás natural

² Há farta publicação de material na imprensa que se estendeu além do âmbito estadual, sendo estampada em veículos nacionais, a exemplo do portal UOL em 14/01/2013. Em SC foram diversas as matérias veiculadas algumas com chamada de capa e com várias páginas, a título de exemplo se pode citar: jornal Diário Catarinense dos dias 22/12/12 (2 pag.), 18/01/13 (1 pag.) e 10/02/13 (4 pag.); jornal A Notícia dos dias 22/12/13 (3 pag.) e 21/01/13 (1 pag.); jornal Notícias do Dia do dia 15/01/13 (1 pag.); Jornal Voz de Chapecó do dia 18/01/13 (1 pag.); Jornal Correio Lageano do dia 27/12/12 (1 pag.) e na RIC Record jornal da TV do dia 27/12.

³ *Accountability*: é a responsabilização dos governantes; Tipos: Vertical ocorre quando os cidadãos controlam os políticos e governos através de plebiscito, referendo e voto, ou mediante o exercício do controle social - pressupõe uma ação entre desiguais. O *accountability* vertical refere-se à transparência das gestões em relação aos eleitores que podem assim fiscalizá-las e puni-las, principalmente através do voto em eleições livres e justas. e Horizontal: o sistema de freios e contrapesos estabelecidos na constituição; a atuação do Ministério Público; os Tribunais de Contas, as Controladorias Gerais e Agências fiscalizadoras; as Ouvidorias públicas; os Partidos políticos e a imprensa em geral.

que permite concentrar como jurisdicionados⁴ todos os entes representativos da cadeia: concedente, concessionário e agente regulador.

1.2 OBJETIVOS DE PESQUISA

1.2.1 Objetivo geral

Avaliar a efetividade da fiscalização do TCE/SC sobre as concessões de serviços públicos sob sua jurisdição e quando exercida mediante auditoria, valendo-se do caso da outorga da distribuição de gás natural em Santa Catarina à empresa estatal - SCGás.

1.2.2 Objetivos específicos

1 Observar criticamente e a partir de uma abordagem técnico-empírica, qual o modelo de controle atualmente hegemônico no âmbito do TCE/SC, se preponderantemente voltado para uma abordagem legalística e de regularidade ou se voltado à legitimidade e à consideração do interesse social atingido.

2 Cotejar a atuação no TCE/SC junto à concessão de distribuição de gás natural em Santa Catarina, considerando as repercussões e possibilidades de conseqüências mais efetivas, em especial no aspecto inter social – consumidor de gás natural e cidadãos catarinenses como um todo, com inserção de instrumentos de acompanhamento ou planificação de ações, permitindo ao controle externo melhor se amoldar a resolução da busca em suprir a defesa, ou a perseguição de atingimento, do interesse público/social.

⁴ Lei Complementar nº 202/2000 – Lei Orgânica do TCE/SC: Art. 6º A jurisdição do Tribunal abrange:

I — qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie, ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais o Estado ou o Município respondam, ou que em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária;

...

III — os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio do Estado ou do Município ou de outra entidade pública estadual ou municipal;

IV — todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei;

VII — os representantes do Estado ou do Município na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital as pessoas jurídicas participem, solidariamente com os membros do Conselho Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade a custa das respectivas sociedades.

3 Avaliar criticamente, a partir de uma discussão teórica e com base na literatura, as vantagens e desvantagens da prática advinda do caso SCGÁS, para a corte de contas. Para tanto a busca será a de sintetizar relatórios, documentos e informações contidos no processo RLA 11/00379107.

1.3 JUSTIFICATIVA TEÓRICA E PRÁTICA

A questão da extensão e ação do controle externo nas concessões públicas, mormente relacionado à atuação sobre os diferentes atores e a repercussão em contemplar o interesse social, é tarefa ampla o suficiente para de pronto afastar a pretensão de esgotá-la com a presente exposição.

Assim ainda que focada em limitado ambiente delimitado, a necessidade de atender a demanda identificada, faz aflorar tal encaminhamento, executado em auditoria e presentemente estudado, na tentativa de demonstrar os resultados de sua ação em benefícios diretos ou indiretos à coletividade.

No caso analisado, auditoria do TCE/SC junto à concessionária de distribuição de gás natural em Santa Catarina – SCGás, a busca de alguns encaminhamentos, ainda que incipientes quanto a certeza absoluta de sua aplicação plena, com resultados soberanos e que afiancem a plenitude de sua fluência e garantia a seu reconhecimento/valorização por resultados, é com convicção a mola propulsora dos esforços despendidos no estudo apresentado.

O transpassar do viés exclusivamente legalista nas abordagens do controle externo, sem, contudo, de todo se desamarar dele, eis que imprescindível conjugá-lo a proposta de atingir a satisfação do interesse social, é tarefa que após comprovada como merecedora de ser atingida, transfigura-se em alvo a ser açambarcado pelo Tribunal de Contas, enquanto agente capaz e instituído pelo controle externo no espectro aqui definido.

Vencer a tradicional cartilha legalista, no cumprimento da atuação dos órgãos de controle especialmente se tratando das cortes de contas, é providência como será demonstrado no presente caso estudado que se constituiu em verdadeiro desafio, porém sempre cabível ressaltar sua nobre extirpe.

A perseguição do ideal de contemplar/cindir a atuação do controle externo, além da vetusta legalidade, transcendendo a busca de resultados efetivos, sensíveis e

reconhecidos pela coletividade, é providência mais que preponderante, é vital e sua negação é potencialmente condutora do avanço da corrente que nega a necessidade da existência da Instituição Corte de Contas⁵.

Senão por outros alicerces, destaca-se o da existência de fundamentação constitucional a amparar tal vertente de atuação, e não é inovação, pelo contrário, já na sua instituição o mandamento da Carta Maior⁶ dava liberdade a tal encaminhamento, eis que é voz corrente o epíteto de se tratar aquele instrumento como “Constituição Cidadã”.

No curso da presente abordagem, tem-se que o princípio basilar proposto de permitir o avanço da administração pública brasileira no sentido de agilizar a prestação de serviços ou o fornecimento de insumos básicos, com alternativa de qualidade e preço módico, ou em casos específicos de forma franqueada, que permita acessibilidade ampla a sua disponibilização, abrange e exige que a atuação dos Tribunais de Contas, personificados como controle externo instituído, ocorra de forma incisiva e com autoridade de conhecimento nos diferentes entes da relação: poder concedente, órgão regulador e concessionário.

A necessidade de atenção urgente por parte do controle externo quanto à variedade de sua atuação nesta modalidade de prestação de serviço público, passando a contemplar além de aspectos de legalidade e formalismo, questões da efetividade da prestação dos mesmos, seja quanto a qualidade do serviço, satisfação dos usuários, incluindo a questão tarifária e o retorno a sociedade como um todo, diferentemente da até aqui antecedente e clássica atuação em relação às demais unidades jurisdicionadas.

Não há impeditivo, contudo, que depois de testada e validada com relação às concessões possa ser expandida aos demais jurisdicionados, requer rápida e pontual adequação com tratamento personificado dos diferentes entes envolvidos.

No caso que será objeto de estudo, o tipo de controle externo exercido sobre a concessão de fornecimento do gás natural no estado de Santa Catarina, esta

⁵ Acerca deste tema, a título de exemplo, colhe da publicação no site oficial da CGU, que expôs proposta de discussão que recomenda o fim das Cortes de contas - a recomendação foi incluída no “caderno de propostas” do “Governo Aberto”, grupo coordenado pela CGU e com participação da Secretaria-Geral da Presidência da República -. De parte contrária tem-se que a postura em especial do TCU tem causado “desconforto” ao Governo Federal (procurador no TCU, Júlio Marcelo de Oliveira), motivando a publicação de nota de repúdio classificando a iniciativa como “absurdo total”.

⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

característica se assevera dado à especificidade da abordagem ter que necessariamente, par e passo, conjugar a atuação na contemplação do interesse social, sem desvencilhar-se da natureza dos agentes todos de unidades jurisdicionadas.

Não há nesta especificidade uma radical transfiguração de agentes, não há invasão integral a interesses privados ou particulares e prevalece o interesse público e mais que ele, o interesse social.

Como interesse público tem-se o conceito de Carlos Magno⁷, como sendo aquele atribuído à comunidade como um todo e não a cada indivíduo, isoladamente considerado.

De acordo com Bandeira de Mello, (2004, p. 53): “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Já Ferraz⁸, acerca de interesse social cita Ada Pellegrini Grinover⁹, que traz:

sociais são “interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

Já o autor Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰, identifica inúmeras semelhanças entre as expressões *interesse social*, *interesse geral* e *interesse público*, reconhecendo que elas “são praticamente equivalentes, por isso que, salvo certas nuances sutis, elas se confundem sob o denominador comum de ‘interesses metaindividuais’”.

A aplicação destes conceitos e disposições ao segmento das empresas estatais é plenamente exequível e essencial de ser cotejado no presente estudo, ora apresentado.

Como citado por Silva, (2012, p.21) a empresa estatal compõe um nicho do setor público com características eminentemente privadas, e, portanto, detentora de imperativos aparentemente contraditórios. Prossegue o autor lembrando que os atos de gestão das empresas estatais podem limitar ou ampliar indevidamente as ações do

⁷ <http://www.alexandremagno.com/site/index.php?p=concurso&id=172>

⁸ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. **Revista Internacional Direito e Cidadania**. n. 6, fev. 2010 a jun. 2010. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. Revista de Processo, n. 97, janeiro-março de 2000, p. 9.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, op. cit., p. 33

Estado na esfera produtiva de bens e serviços e devem estar condicionados à pressão popular a favor da probidade, da moralidade, mas também da eficiência na administração pública que, relaciona-se diretamente a efetividade das atividades de gestão.

Especialmente em relação às empresas estatais, ainda que a busca cognitiva por uma sedimentação e parametrização de práticas e procedimentos seja reconhecida, por outro lado, desde seu primeiro momento se tem satisfação, ainda que limitada, da perspectiva de ganhos encadeados prospectivos e evolutivos, senão por outro motivo, este é o fundamento da instituição da estatal com personalidade jurídica privada, situação que atrai a participação de particulares complementando a atuação pública, situação que expande e aflora a definição por sua necessidade.

Necessário se faz neste momento pontuar o conceito de efetividade. Justifica-se tal destaque, pois conforme consta do objetivo geral proposto, o presente estudo busca perseguir/auferir, ainda que minimamente a efetividade da atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina, na concessão de gás natural.

Serve-se neste momento do artigo de Castro¹¹:

A efetividade, na área pública, afere em que medida os resultados de uma ação trazem benefício à população. Ou seja, ela é mais abrangente que a eficácia, na medida em que esta indica se o objetivo foi atingido, enquanto a efetividade mostra se aquele objetivo trouxe melhorias para a população visada. Mais uma vez vale à pena recorrer a Torres. Para ele: efetividade: é o mais complexo dos três conceitos, em que a preocupação central é averiguar a real necessidade e oportunidade de determinadas ações estatais, deixando claro que setores são beneficiados e em detrimento de que outros atores sociais. Essa averiguação da necessidade e oportunidade deve ser a mais democrática, transparente e responsável possível, buscando sintonizar e sensibilizar a população para a implementação das políticas públicas. Este conceito não se relaciona estritamente com a idéia de eficiência, que tem uma conotação econômica muito forte, haja vista que nada mais impróprio para a administração pública do que fazer com eficiência o que simplesmente não precisa ser feito (TORRES, 2004, p. 175).

Esclarecido o quadro identificador do cenário geral, parte-se para a contextualização do cenário local, focado na auditoria empreendida e que serve de base, como já dito várias outras vezes, como no alvo do estudo do caso, na condição de experimento prático.

O delineamento do alvo proposto para esta abordagem teve satisfeita suas condicionantes implícitas ao caso exposto que trata de atuação do TCE/SC junto a SCGás, considerando o Poder Concedente – (Estado de Santa Catarina), e seu órgão

¹¹ CASTRO, Rodrigo Batista. Eficácia, eficiência e efetividade na Administração Pública. In: 30º encontro da ANPAD, 2006, Salvador. **Anais eletrônicos...** Salvador: ANPAD, 2006. Disponível em: <www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-1840.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2013.

regulador (Agesc), ou seja com o amplo espectro da concessão de gás natural como um todo, incluindo os diversos agentes partícipes, tem-se consolidada a viabilidade da hipótese aplicada ser exitosa.

Embora não seja a única forma de atuação do controle externo, mormente das cortes de contas, a atuação em auditoria, é aquela que permite maior agilidade e possibilidade de se atingir o objetivo perseguido.

Ao prever etapas antecessoras de planejamento, atuação *in loco* e instrumentos normativos e legais que dão acesso a informações e documentos, tal instrumentalização se destaca em relação às demais possibilidades de atuação do Controle Externo (diligências, análise de documentos, sem verificação *in loco*, análise de documentos e informações transmitidas com base em regra geral sem especificação do tema avaliado, etc.)

A atuação básica do TCE/SC objetivou analisar a SCGás (processo RLA 11/00379107), considerando sua condição de concessionária de serviço público. Aqui pontuando tal aspecto como suplantador de qualquer viés caracterizador de atividade econômica. O artigo 173 da Constituição Federal tem sido alvo de uma diversidade de considerações e abordagens, eis que prevê em seu bojo, condicionante a atuação do Estado em explorar atividade econômica em casos específicos que primem pela segurança nacional e pelo interesse coletivo.

Ao proceder sua análise, e não poderia ser diferente, a corte catarinense aniquilou e tolheu qualquer supremacia do primeiro em relação ao segundo, ou seja, respeitada a natureza da concessão como economicamente viável, contudo sem destituir de primazia o interesse coletivo, senão por inúmeros outros motivos, mas principalmente pela letra do texto constitucional em seu artigo 70, já anteriormente referido.

Tanto é verdade que o relatório resultante da auditoria prima em estabelecer soluções para a busca pelo atingimento a supremacia do interesse social sobre o privado. Sendo oportuno reforçar que neste desiderato, foram marcantes o olhar atento, e específico, abordando e buscando o vislumbramento decorrente da relação estabelecida com o Poder Concedente (Governo do Estado), que era ao mesmo tempo o sócio majoritário/controlador, e ainda o papel exercido (ou a missão do exercício) pelo órgão regulador, no caso a Agesc.

Ao apontar a ilegitimidade do acordo de acionistas, no momento em que não é estabelecido por quem detinha o estabelecimento legal para tal, e suas repercussões

perniciosas influenciando resultados, ou a aplicação do mesmo, pontua e reflete a atuação exatamente o alvo perseguido, no que toca ao interesse social.

A auditoria preocupou-se igualmente com aspectos relacionados a repercussões ao cidadão, enquanto usuário do serviço ou em condição potencial, eis que um dos pilares a serem respeitados nas concessões é a questão da modicidade tarifária.

Ao destacar os pontos nevrálgicos das situações, a auditoria permite as reflexões por parte da coletividade cidadã, traduzindo assim em agente ou canal do exercício da *accountability* horizontal, o que o posiciona fora da própria da realidade brasileira, caracterizada por ocorrências sazonais, geralmente avolumadas em períodos pré-eleitorais.

O reflexo desta atuação, busca sinalizar a necessidade de se avançar nas conseqüências da representação democraticamente estabelecida, independentemente da ideologia partidária.

Ao dar luz à atuação do controle externo focando aspectos além da legalidade, mas ao contrário, com perspectivas de medidas práticas aprimoradas a realidade das concessões, com efetividade de retorno a coletividade, personifica-se em iniciativa a ser expandida, assimilada, executada e demonstrada com escala de benefícios diretos e indiretos advindos, com a necessidade de retroalimentação.

De todo o exposto resta conclusivamente à percepção de que o estudo de caso proposto, focado na auditoria realizada junto a SCGás, traz a agregação de uma nova perspectiva de atuação da corte catarinense.

Ganha especial relevo a proposta de encaminhamento constante do mesmo, que atribui a adoção de procedimentos por parte do concedente, da concessionária e do órgão regulador, e mais pelo conteúdo aprofundado ali contido, que além da questão da legalidade, considerou a questão da legitimidade dos atos praticados e de suas perniciosas conseqüências, em especial além de outras, na sublevação por parte dos acionistas privados contra o interesse social da população catarinense, é exemplo de atuação integral, justificando a abordagem no presente estudo.

Entre as proposições ofertadas, são meritórias de ênfase: as novas bases para o estabelecimento da tarifa (destituindo a alta taxa de retorno embutida), a expansão da rede (privilegiada no direcionamento de investimentos) e a disponibilização de recursos oriundos da atividade comercial ao executivo estadual, contemplando em última instância ao interesse social.

1.4 A METODOLOGIA ADOTADA

A definição metodológica foi precedida da caracterização da pesquisa a ser empreendida, incluindo os adequados procedimentos a serem utilizados.

1.4.1 Caracterização da pesquisa

A consolidação da proposta de estudo de caso verteu cindindo-se em duas linhas.

A primeira caracterizada pela busca com base na bibliografia sobre o tema principal abordado e os temas correlatos atingidos. Desta forma a busca de diferentes perspectivas, entendimentos e conceitos de tipos, características e modelos de controle externo, sua extensão e a divisão entre legal-formalístico¹², ou integral-substancial¹³, no intuito de melhor se amoldar a resolução da busca em suprir a defesa, ou a perseguição de atingimento do interesse público/social.

A segunda linha busca sintetizar dos relatórios, documentos e informações contidos no processo RLA 11/00379107 – originário da Diretoria de Controle da Administração Estadual – DCE, Inspeção 3, Divisão 7, autuado em 28/06/2011, tendo como signatários os auditores fiscais de controle externo: Cláudio Martins Nunes, Ediméia Liliani Schnetzler e Sidnei Silva.

No processo citado, constam os relatórios técnicos que abrangem uma variada gama de elementos que, pela sua variedade e pioneirismo de proposta de atuação do controle externo sobre as estatais, e por asseverar a característica da efetividade das ações da corte de Contas catarinense, se amolda à proposta de reunir em um caso a ser estudado, o envolvimento da atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina.

No mister de contemplar determinada situação que trata-se do controle externo e das concessões de serviços públicos, foi propício focalizar a fiscalização/análise de concessão pública, no caso a distribuição do gás natural, destacando que foi decisivo para definir o tema/caso o envolvimento de diferentes unidades jurisdicionadas, como

¹² Controle legal-formalístico: no qual importa ter sido realizado na forma legal, ou dentro de regulamentos, tão somente, a avaliação é positiva se cumprido tais aspectos sem preocupação com resultados ou efetividade dos atos produzidos

¹³: e Controle integral-substancial: Avança em relação ao legalismo, e busca contemplar a análise não dissociada em fatos isolados, busca integrar a análise variantes, condicionantes e contextos que trazem repercussões a consecução dos fatos, busca critérios, parâmetros que sustentem a prática dos fatos bem como avalia se há efetividade das ações em prol do interesse social.

agentes da concessão: Poder Concedente (estado de Santa Catarina), Concessionária (SCGás) e órgão regulador (Agesc).

Este modelo proposto possibilita que em ocorrendo a hipótese de contribuírem ou atuarem de alguma forma no escopo investigado, diferentes agentes, ou unidades jurisdicionadas, ocorra concomitantemente à atuação extensiva aos demais agentes partícipes dos fatos.

Há, portanto, a possibilidade de integração de diferentes abordagens e extensão diferenciada a mais de um jurisdicionado, sem o melindre de limitar ou dificultar a atuação por esta circunstância.

O estudo de caso apresentado se caracterizou como pesquisa descritiva (etapa 1) e exploratória (etapa 2).

Descritiva porque além de trazer informações históricas, teóricas e analíticas sobre o controle externo exercido em concessões, também almejou estabelecer conclusões acerca do desempenho e do controle exercido no caso, e de forma otimista expandi-lo como paradigma para outras situações congêneres.

Exploratória, em consideração ao entendimento de Silva e Menezes¹⁴, que define que a pesquisa exploratória tem por objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, a fim de torná-lo explícito ou de construir hipóteses. Já Michel¹⁵ afirma que o estudo exploratório pode ser considerado uma forma de pesquisa na medida em que se caracteriza pela busca de uma resposta a uma dúvida, uma lacuna de conhecimento, recorrendo a documentos, essencialmente.

1.4.2 Procedimentos de pesquisa

Inicialmente ocorreu a revisão bibliográfica visando aprofundar o conhecimento sobre o objeto do estudo de caso, com base em livros, artigos, dissertações e teses, possibilitando assim formular problemas e hipóteses pesquisáveis, com desdobramento da teoria.

A fonte da pesquisa, e não poderia ser diferente, foi focada nos relatórios técnicos produzidos e que compõem o processo RLA 11/00379107.

¹⁴ SILVA, Edna L.; MENEZES, Estela M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. Florianópolis: UFSC/PPGEP/LED 2001. p. 21

¹⁵ MICHEL, Maria H. **Metodologia e pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas 2005. p. 32 e 36

Embora assim caracterizada, tal fonte é tida como secundária, conforme conceitua Silva¹⁶, citando Mattar (2001, p.48), quando este assevera que dados secundários são: “aqueles que já foram coletados, tabulados, ordenados, e, às vezes, até analisados e que estão catalogados à disposição dos interessados”.

1.4.3 Análise dos dados coletados

Foi efetuada como debate teórico-empírico focado na descrição e com base nos conceitos pré-selecionados. Na seqüência foi estabelecida crítica sobre os procedimentos, repercussões e medidas necessárias a assegurar a efetividade da repercussão da atuação do controle externo, além de eventuais medidas de aprimoramento, com vistas a consolidar a proposta piloto executada como paradigma de atuações futuras da corte catarinense que passaria a dotar este perfil e condicionantes, para os casos selecionados em que pudesse de forma plena se estender o “*modus operandi*”.

¹⁶ SILVA, Sidnei. **Ampliação da extensão do controle externo sobre empresas estatais**. Florianópolis: UFSC/CSE/PPGA, 2012. p. 77

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO-EMPÍRICA

A fundamentação é centrada na caracterização da concessão de serviço público e o papel dos Tribunais de Contas, enquanto órgãos executores do controle externo, tratando em especial da extensão de sua atuação.

2.1 CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

A relevância do tema concessões de serviço público é insofismável, à medida que a própria Constituição Brasileira em seu artigo 21, precisamente nos incisos XI e XII, estabelece:

Art. 21. Compete à União:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Os serviços acima discriminados por cometidos à União foram assim tratados na Carta Magna Brasileira. Já a Constituição Estadual de Santa Catarina, traz em seu artigo 8º, incisos VI, VII e VIII o seguinte estabelecimento:

Art. 8º. Ao Estado cabe exercer em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição federal, especialmente:

VI - explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 038, de 20/12/2004)

VII – explorar, em articulação com a União e com a colaboração do setor privado, mediante autorização, concessão ou permissão, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos d’água, bem como o carvão mineral;

VIII – explorar diretamente ou mediante delegação os recursos hídricos de seu domínio, os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e outros de sua competência conforme art. 137; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 046, de 19/12/2007)

Segundo exposição de Zymler¹⁷ há inclinação doutrinária que os serviços cometidos ao Estado seriam por consequência serviços públicos. O próprio artigo 175 da Carta Maior traz a incumbência do Poder Público para prestar serviços públicos, na forma da lei, direta ou sob regime de concessão ou permissão, através de licitação.

Em obediência ao comando constitucional acima destacado, houve no ano de 1995 a edição da Lei Federal nº 8.987, que justamente regulamenta, conforme previsto e determinado, o instituto da concessão. Eis os artigos 1º ao 5º:

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

[...]

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Avança o dispositivo detalhando no artigo 23 as cláusulas essenciais do contrato de concessão (obrigatório por força do artigo 4º):

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

¹⁷ ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 288 e 289

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita à concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Na definição dos itens essenciais ao instrumento contratual verifica-se que ao Estado é resguardado o instituto de extinguir a concessão. Tal previsão é mais que aceitável e necessária, partindo-se da premissa que tal situação tem como fim precípuo e soberano a concretização e satisfação do interesse público, que se sobressai, mormente quando se trata da prestação de serviços públicos.

Com bem destaca Zymler¹⁸, a transferência da parte estatal é da execução dos serviços, e não de sua titularidade, garantindo assim meios de seu adequado cumprimento.

É caso típico da supremacia do interesse social, muitas são as possibilidades de se abordar de forma a dirimir eventual satisfação ao entendimento do que seja interesse público, de forma direta colhe-se da obra de Ubiratan Diniz de Aguiar¹⁹, coletânea de alguns autores que ao definirem o que é serviço público trazem intrínseca a vertente do interesse público correlato.

Toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao Direito Público,

¹⁸ ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 2234

¹⁹ AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo**. Belo Horizonte. Fórum 2011. p. 34 e 35

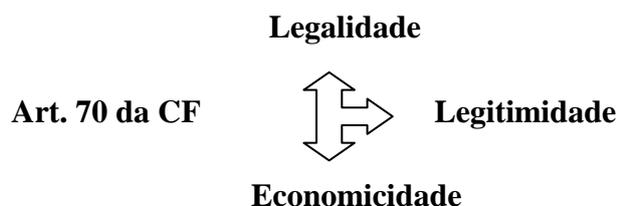
derrogatório e exorbitante direito comum.” – Cretella Junior em Administração Indireta Brasileira p. 61

Consoante ao entendimento constante no estudo de caso a ser tratado, é necessário colacionar o argumento de Bandeira de Mello, nesse sentido:

O poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares confere-lhe a possibilidade de alterar condições de funcionamento do serviço. Por isso, pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários [...] ²⁰

2.2 DISCUSSÃO SOBRE A EXTENSÃO DO CONTROLE EXTERNO

Segundo Aguiar²¹, os tipos de controle são definidos no artigo 70 da Constituição Federal e se dividem em:



De igual forma Fernandes²², também acompanha os tipos acima discriminados, os quais devem permitir a operação em plenitude do controle considerando os vetores da impessoalidade e da supremacia do interesse social.

Ainda segundo o autor o controle julga além da lei, pois tutela outros valores que dão suporte a gerência administrativa, eficácia, eficiência e resultados efetivos ou efetividade. Segundo sua ótica: é voz corrente mundial que as entidades fiscalizadoras se voltem para tal controle gerencial, o que colabora com o processo decisório de políticas públicas, incluindo o redirecionamento das ações programadas.

Ao romper as fronteiras da discricionariedade o controle contribui na construção de renovado modelo capaz de açambarcar as expectativas de controle da corrupção.

²⁰ MELLO, Celso A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 99

²¹ AGUIAR, Ubiratan Diniz de, op. cit., p. 163

²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 47 a 51 e 745 a 750

O autor Bandeira de Melo²³ trata da questão. Afirma o autor que a discricionariedade se limita a atingir a finalidade legal, existindo antes do “poder” o “dever”, ganha reforço tal pintura ao passo que constata o mesmo que é rara regra que seja clara e objetiva, quanto a possibilidade de ação do agente, o emprego de termos vagos ou imprecisos (urgente, notável saber, estado de pobreza, etc.), dá asas ao uso indiscriminado ou extensivo da discricionariedade, seja pela interpretação seja pela opção.

Segundo o autor a questão é dirimida ao se confrontar a situação concreta, a qual limita decisões e abala o poder discricionário, tanto que em sua visão o ato discricionário é destituído em substituição para ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que condicionam ou que o compõem.

Assim em sua definição discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador, para eleger segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante um caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se pode extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Por sua vez o elenco de ações pretendidas, possíveis ou já efetivadas revela os valores éticos a definir o campo de atuação do controle para além da Lei, mas em absoluta consonância com as pretensões da sociedade em se assenhorar do controle do poder discricionário do administrador público.

Já Souza²⁴, apresenta tópico sob o enunciado de finalidade da fiscalização, onde confirma que originariamente o controle era exercido sobre a regularidade das contas (sob aspectos contábeis), expandindo suas atividades e assim atingindo além do controle das contas dos administradores, a legalidade dos dispêndios e o controle quanto a legitimidade e a economicidade da gestão financeira incluindo a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Na visão do autor, as cortes de contas, ao assim evoluir, passaram de órgãos de Estado para a condição de órgãos da sociedade no Estado, pois a servem diretamente,

²³ MELLO, Celso A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60 e 61

²⁴ SOUZA, Alfredo José de. **O Novo Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 85

por sua acrescida função de canal de controle social, caracterizando-as como órgãos de vanguarda no Estado policrático e democrático, que adentram o século XXI, além de preservar a natureza indireta de sua atuação em relação ao coletivo social.

Por derradeiro, é oportuno pontuar que uma das alternativas de atuação das cortes de contas, em especial no caso do precursor Tribunal de Contas da União – TCU é atuar no cumprimento das atribuições pelos órgãos reguladores/ agencias reguladoras.

Assim conforme Aguiar²⁵, a atuação das cortes alcança ao tratamento das agências reguladoras, colecionando o ensinamento de que a descentralização de atividades estatais a privados pressupõe o controle/resguardo de prerrogativa de acudimento qualificado a população.

A função da agência reguladora é regular o mercado, sem pressões do ministério/secretaria vinculante, e ao mesmo tempo colocar o cidadão no centro das preocupações quanto à qualidade e eficiência/eficácia dos serviços prestados, conduzindo perspectivamente ao aprimoramento.

Não há uniformidade jurídica quanto a sua instituição tão somente leis específicas de criação que delineiam seu perfil jurídico.

Portanto a atuação de forma subsidiária na concessão, fazendo valer as prerrogativas de fiscalização e de garantia da boa e efetiva prestação do serviço público, torna perene, justificável e cabível o redirecionamento do alvo das cortes de contas.

2.2.1 O controle da legalidade

É o controle exercido sobre o que está positivado (leis, regimentos, portarias), deve ser extensivo (ato derivado de um dispositivo legal). Parte da pacífica concepção de que a Administração pública depende da faculdade legal para agir.

O controle da legalidade de forma isolada tende a ser menos eficiente, devendo ocorrer sua conjugação com a legitimidade e a economicidade.

Os atos ilegais não alcançados por: prescrição, decadência, impossibilidade física ou econômica, são passíveis de anulação pelo Tribunal (exceção) ou determinação a autoridade competente para proceder à anulação (o que permite o refazimento, com correção de rotinas ou mesmo o exercício do contraditório).

²⁵ AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59 e 60

2.2.2 O controle da legitimidade

É o controle exercido que se sobrepõe além do aspecto legal do ato, é necessário buscar a convicção quanto ao atendimento ao interesse social no ato praticado. Adentra a substância e adequabilidade às condições.

Busca o controle verificar se o ato é cabível e justificável e precipuamente se busca o bem comum, a constatação do custo-benefício da atuação, volume adequado e compatível com recursos empregados.

A atuação do controle permite interrelacionar às esferas do interesse público e da moralidade, e se direciona a assegurar a concretização do bem comum, além de aferir os motivos e os resultados (alcançados e pretendidos).

Já Ferreira Filho (2005, apud Fernandes²⁶) define legitimidade como a substância do ato é a exigência ao ajuste defeso em lei assim como aos princípios da boa administração. Um segundo autor citado: Vilaça (2005, apud Fernandes²⁷) traz como legitimidade o bom uso dos recursos públicos, o uso socialmente desejado, tecnicamente factível e economicamente eficiente, não sendo legítimo qualquer uso que não vinculado a finalidade pública.

2.2.3 O controle da economicidade

É o controle exercido que busca aferir a relação custo/benefício, não só aquele mais barato, e sim o adequado ao contexto, não somente seu cumprimento, e sim as repercussões do uso/destinação.

A busca do controle é a de legitimar o mérito, exigindo parcimônia e discernimento destacando as eventuais evidências de sua não observação. É a verificação se a obtenção de recursos (bens e serviços) ocorreu com custos aceitáveis.

Sua atuação visa aferir o custo e o benefício da atividade, os resultados obtidos pelos administradores na gestão orçamentária, financeira e patrimonial, pelos aspectos da eficiência e da eficácia, a luz de critérios ou parâmetros de desempenho, posto que nem tudo que é custo reduzido atende bem a coletividade.

²⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 748 e 749

²⁷ Ibid., p. 748 e 749

O controle quanto à economicidade, segundo Fernandes, é quando se afere a relação entre o custo da medida e o benefício coletivo. Assim a aplicação do princípio só tem sentido na percepção do “ethos” concebido pela abstração entre as possíveis alternativas existentes a época do fato e a escolhida.

2.2.4 A integração da legalidade, da legitimidade e da economicidade na ação de controle efetiva das concessões

Zymler²⁸ foi dos autores pesquisados aquele que conseguiu exprimir de forma mais próxima, a integração na atuação do Controle Externo, (*in casu* no TCU), contemplando os variados tipos/possibilidades de ocorrência, em especial nas concessões.

Segundo o autor, a Carta Política de 1988 é, segundo se pode deduzir, abonadora matricial e força motriz da atuação do Controle Externo, mormente das cortes de contas ao definir como serviços públicos as concessões delegadas por parte do Poder Público.

A premissa basilar do art. 37 do mandamento pátrio maior traz os princípios norteadores da administração pública²⁹, e assim por extensão, transfigura-se na base de atuação do controle externo, aliado ao que nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello³⁰ são imprescindíveis de persecução: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste mesmo interesse. Adapta-se para o estudo presente a extensão de interesse público para o interesse social.

No caso das concessões o controle também é exercido pelo Poder Concedente ou agências reguladoras que exercem a fiscalização e a regulamentação dos serviços, com verificação de observância as normas e disposições contratuais pactuadas.

Assim, a atuação do controle externo sobre serviços prestados por entidades componentes da administração pública não guarda temores, eis que já de há muito vem sendo alvo de sua atuação. Conforme Zymler³¹ no caso específico da atuação do TCU, inicialmente atuando por provocação em denúncias e representações, após o advento da

²⁸ ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 288 a 292

²⁹ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁰ MELLO, Celso A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60 e 61

³¹ ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 302 a 306

Lei de Concessões (nº 8.987/95), em que é demandado ao órgão técnico a competência para fiscalizar os atos e contratos ali regulados.

Como reflexo da situação surgida editou a Corte Nacional de Contas, sucessivas instruções normativas (de nºs 10/95; 27/98; 40/02; 43/02 e 46/04), que tratam justamente da fiscalização das concessões, em duas fases a outorga do ato delegatório e a execução contratual.

Contudo, com relação a entidades privadas objeto da concessão, onde a atuação do controle ocorre por via nova, eis que definida como de competência dos Tribunais acompanharem o processo de concessão ou permissão, exige que tal controle a ser exercido tenha de estrategicamente ser moldado, aproveitando práticas já vivenciadas e agregando e expandindo suas ações de forma a suprir tal desiderato.

É assim tarefa que se mostra ainda não suficientemente trabalhada, estando sendo ainda sedimentados fundamentos da atuação do controle externo, o que só reforça como propícia a atuação do TCE/SC em relação à concessão da distribuição do gás natural.

Merece menção especial a tática de aproximação por parte do TCU das agências reguladoras, o estreitamento do relacionamento com entidades que tem o mesmo fim: disponibilidade à sociedade de serviços públicos prestados da melhor forma possível.

A atuação direta do TCU sobre as concessionárias não é matéria sedimentada, assim tem a Corte de Contas, via agências reguladoras, obtido informações e documentos e também agido sobre as mesmas, na condição de jurisdicionadas, replicando os efeitos de sua atuação nas concessionárias.

Assim, verifica-se que o modelo adotado pela Corte Nacional de via agências reguladoras, atingir a plenitude de informações das concessões, é exitoso, contudo não é tal prática uma substituição nem uma sobreposição do TCU às agências reguladoras e sim uma cooperação, um complemento de atuações, canalizadas para assegurar a adequada e eficiente prestação de serviços públicos à população.

A atuação da Corte de Contas Federal, dado a especificidade da natureza privada das concessionárias, aplica-se em parte ao modelo utilizado pelo TCE/SC, que assim espelhando-se, se serve da forma e atuação junto ao órgão regulador jurisdicionado, contudo, agregando também a condição da concessionária de jurisdicionada, estendendo-se a análise e a atuação direta sobre a mesma.

2.2.5 Efetividade na administração pública sob o ponto de vista do controle

A Constituição Federal ao firmar a disposição dos Tribunais de Contas, (aqui entendidos como símbolo do exercício do controle externo), como auxiliares do Poder Legislativo, objetivava que os meios de controle disponibilizados às CPI's – Comissões Parlamentares de Inquérito (quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados, oitiva de testemunhas, investigados e indiciados, realização de perícias, etc.) - pudessem ser alcançados no exercício do controle como um todo, é assim o que se assimila da lição de Aguiar³².

A mesma Carta Magna prevê a necessidade da atuação dos Tribunais de Contas com relação à confirmação de um desempenho efetivo por parte da administração pública. Neste mesmo passo reverte-se a incidência destas mesmas características – eficiência e efetividade – na atuação do controle. Só assim evoluirá, e só com celeridade se aproximará³³ e segundo Aguiar, se fará conhecido e útil a sociedade.

Linha de entendimento similar tem-se na obra de Souza³⁴ que se servindo de artigo de autoria de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto, discorre que os receptores dos trabalhos dos Tribunais de Contas, Legislativo e sociedade, exigem a primazia dos princípios da legitimidade e da economicidade, que traduzindo refletem na aferição da eficiência e da efetividade, ou seja, não se trata mais de inovação ou bom exemplo, mas uma vez transposta à barreira exclusiva da legalidade, adentra-se em caminho sem volta, sem alternativa outra senão a que busque contemplar tal satisfação a sociedade, sendo irremediável uma nova postura do Controle Externo em atender tal demanda.

Já Rocha e Quintiere³⁵ afirmam que o controle da função administrativa visa garantir a eficácia e a eficiência dos sistemas, não só quanto à conformidade das normas, (ou seja, suplantando a questão legalidade), mas como garantidor da consecução de metas essenciais para a sobrevivência das organizações. Em sua concepção os autores nomeiam como típico da auditoria de gestão os aspectos relacionados à: Economia (obtenção de recursos com custos aceitáveis, capacidade de gestão e boa e consciente aplicação); Eficiência (custo/benefício da atuação, maior volume e qualidade com menos insumos) e Eficácia (objetivos e metas alcançados).

³² AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52

³³ Ibid., p. 151

³⁴ Ibid., p. 46 a 48

³⁵ ROCHA Arlindo Carvalho; QUINTIERE Marcelo de Miranda Ribeiro. **Auditoria Governamental**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33 a 48

Caracterizam os autores, ainda, nova divisão em que se destaca a auditoria de desempenho que é aquela que se destina a analisar na gestão do auditado os aspectos ligados a economia, eficiência, eficácia em níveis de exigência mínima e de desempenho (que pode ser estratégico (missão e objetivos), organizacional (estrutura) ou operacional (rotinas e procedimentos)).

2.2.6 Os Tribunais de Contas como instrumentos de *accountability* – a defesa do interesse social e sua indisponibilidade no caso das concessões de distribuição de gás natural

A característica intrínseca e permanente de constituir em órgão de controle assim definido desde a sua concepção, impinge às cortes de contas o poder/dever de exercer em sua atuação práticas características da *accountability*, em especial a traçada como horizontal.

De fato, conforme Aguiar³⁶ trata-se de controle exercido por órgão que não componha a estrutura auditada, e que atue por meio do sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances – accountability*). Em regra geral o autor prega ser imprescindível, como garantia de credibilidade e seriedade das cortes de contas, que se aperfeiçoem medidas que garantam estas características, o que aliado a uma atuação rápida traduzem-se em agente de aproximação a sociedade, ou seja, passam as cortes a serem veículos do exercício do *accountability* vertical (controle social).

Na medida em que o controle social é reflexo da medida de desenvolvimento de um país, observada a proporção de quanto maior o controle social maior o desenvolvimento, e que este mesmo controle tenha como condicionantes para sua consecução: um povo instruído e uma administração pública transparente.

Como agregador da composição controle externo e interação popular o autor destaca que a Constituição Federal ao proporcionar o acesso de instrumento de denúncias de ilegalidades aos órgãos de controle, expandiu a intrínseca interação com os órgãos de controle, abrindo assim a possibilidade de, se massificada esta postura, um conseqüente aumento dos agentes de controle.

³⁶ AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 141 a 158

Conforme Souza³⁷, esta nova forma de atuação trará junto à agilidade e o atendimento ao clamor da sociedade, a eficiência e a eficácia de sua atuação, é o caminho a ser perseguido. A este entendimento cabe a extensão da efetividade nas premissas a serem perseguidas.

A abertura direta ao exercício da cidadania, com novo sentido à atribuição de responsabilidade política e o reforço à autonomia do órgão de controle, acrescida do dever de atuar para provocar diretamente a sociedade.

Na mesma linha caminha Antonia Maria da Silva (apud Souza³⁸), quando entende que ante preservar a individualidade e atender o interesse público (de um grupo composto a partir de dois componentes, no mínimo), deve-se relativizar o primeiro em prol da coletividade. Expressa ainda que ocorra o impedimento à ação do controle, sob pena de ser privilegiado de modo indevido o pessoal/privado ante o coletivo, representado pelo interesse público.

Os autores Rocha e Quintiere³⁹ trazem em sua obra dedicação específica ao tema Avaliação de Políticas Públicas. Colocam tal instrumento como ferramenta de planejamento, aperfeiçoamento e alocação racional dos recursos disponíveis, contemplando a necessidade de elevar a eficiência, a eficácia e a efetividade no uso dos recursos públicos. Mais do que utilizar meios punitivos, o controle deve transcendê-los adotando uma visão moderna, com ações aperfeiçoadas, de interesse da sociedade, o que se encaixa no conceito contido na *accountability*.

Ao possibilitar maior racionalidade acerca da execução das políticas públicas, envolvendo além dos aspectos teóricos e técnicos também os práticos, em especial quanto à efetividade que se traduz na aferição dos efeitos advindos ao encontro as demandas e necessidades da sociedade.

A regra geral que abrange as cortes de contas na busca obrigatória de atendimento ao interesse social, também se dá com relação às concessões. Assim, naturalmente se insere no escopo de sua atuação, as concessões, não só em geral, mas na perspectiva proposta neste estudo relacionada aos serviços de distribuição de gás natural.

³⁷ SOUZA, Alfredo José de. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46 a 48

³⁸ Ibid., p. 382

³⁹ ROCHA Arlindo Carvalho; QUINTIERE Marcelo de Miranda Ribeiro. **Auditoria governamental**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33 a 48

A indisponibilidade de defender tal contemplação do interesse social se revela quando se verifica que a prestação do serviço público se dá de forma indireta, envolvendo como concessionários pessoas jurídicas constituídas sob a forma de direito privado comercial, independente de economia mista (que é o caso estudado), ou não.

O consagrado autor Celso Bandeira de Melo (apud Aguiar⁴⁰) classifica como nefasta a ocorrência da supremacia do interesse particular, ou na dependência de seus respectivos acionistas, no caso de empresas de economia mista, o que se acentua no caso destas serem detentoras de concessões.

A supremacia do interesse social assevera e justifica a aplicação das preconizadas, (segundo os autores acima citados), ações ditas modernas, aperfeiçoadas e de interesse da sociedade. Reforça-se a que característica empresarial antes destacada, das concessões de serviços de distribuição de gás natural, por si só exige que também ocorra profissionalização na atuação do órgão de controle.

Na essência é a perseguição da efetividade do conceito de Lucas Furtado Rocha (apud Aguiar⁴¹) quanto ao ideal de serviço público: “Atividade de satisfação das necessidades da população, desenvolvida pelo Estado, ou por particulares, ou por meio da qual são postas utilidades e comodidades a disposição da coletividade”. Resgata-se aqui que o pressuposto conceitual da *accountability* que prevê a obrigatória presença da transparência das gestões permitindo a sociedade fiscalizá-lo e puni-lo.

Como se extraí da lição de Aguiar⁴², a busca incessante pela excelência do serviço público prestado não é uma opção, mas sim um dever do Estado, que deve se colocar a disposição da sociedade, como atividade útil.

2.3 EMPRESAS ESTATAIS E SEU REGIME JURÍDICO

O estabelecimento das empresas estatais (constituídas sob a forma de empresas públicas ou sociedades de economia mista) e seu regime jurídico, para ser compreendido, passa obrigatoriamente pelo encadeamento de seu posicionamento no ordenamento jurídico da administração pública brasileira.

⁴⁰ AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 91

⁴¹ Ibid., p. 34 e 35

⁴² AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 34 e 35

Conforme dito por Aguiar⁴³, a organização estatal brasileira está baseada, segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, em três situações fundamentais: centralização (Estado executa diretamente), descentralização (distribuição de competências, de uma pessoa jurídica para outra, contrato legal/finalístico) e desconcentração (distribuição interna de competência dentro de uma única pessoa jurídica).

O mesmo autor define que a administração indireta é justificada por compreender serviços instituídos para limitar a expansão da administração direta ou aperfeiçoar sua ação executiva no desempenho de atividade de interesse público, de cunho econômico ou social.

As empresas públicas, por sua vez, perseguindo o entendimento de Sena Monteiro (apud, Aguiar)⁴⁴, se caracterizam por serem sociedades anônimas tendo como acionistas entidades públicas são uma comunidade de serviços (Edgar Milhaud), em oposição a comunidades de interesse capitalista, variando sua denominação para sociedade de pessoas públicas. Sua origem é o Decreto Lei 200/67 (que veio a pacificar a matéria, definindo-a).

O fundamento para sua instituição se amarra na flexibilização da gestão, de modo a projetar na administração pública os avanços administrativos já obtidos pela administração privada, contemplando de forma célere o atingimento do interesse social. Distinguem-se das empresas de economia mista pela participação societária, que no caso da segunda tem origem parcial (sempre em parcela minoritária) do capital privado.

A empresa pública tende a solucionar eventual conflito de interesse possível de ocorrer na economia mista. Segundo Bandeira de Melo⁴⁵, a empresa pública é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento da ação do Estado, dotada de personalidade do direito privado, submetida a regras especiais, por ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob qualquer das formas admitidas em direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de direito público interno ou suas administrações indiretas.

Com relação ao controle externo exercido sobre empresas públicas, observado o que contempla Aguiar⁴⁶, também o Decreto Lei 200/67 trouxe “norte” para a matéria

⁴³ Ibid., p. 41,42 e 44

⁴⁴ Ibid., p. 75

⁴⁵ MELLO, Celso A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 171

⁴⁶ AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85

confusa até então. A não submissão de aprovação do orçamento pelo Legislativo, servia como quesito para inibir a pretensão de atuação do controle externo (discurso de agilidade e flexibilização), a Lei 6223/75 claramente estabeleceu a jurisdição dos tribunais de contas sobre as mesmas. Já o artigo 71 da Constituição federal não ressalva sua exclusão como integrante da administração indireta, portanto, submetida ao controle dos tribunais de contas.

A constituição de sociedades de economia mista, na lição de Aguiar⁴⁷, traz além das justificativas e considerações aplicáveis às empresas públicas (agilidade e flexibilização), principalmente a capacidade de aproximação entre a gestão pública com a privada.

As primeiras sociedades constituídas neste padrão remontam a Alemanha no século XVIII (Strasburgo – 1895, concessão municipal para sociedade com participação de 40% do capital público).

No Brasil, fora o caso único do Banco do Brasil (1808), no primeiro governo de Vargas, se dão as primeiras constituições (IRB, Cia. V. Rio Doce e CSN), (conforme Aguiar⁴⁸).

Já Sena e Monteiro (apud Aguiar⁴⁹), trazem que o represamento da expansão das autarquias, o desvirtuamento de suas características administrativas, e o alargamento das funções do estado, determinaram a busca de novas formas de administração, surgindo as sociedades de economia mista.

Quanto a seu disciplinamento, está à sociedade de economia mista adstrita a Constituição Federal em seu artigo 37, incisos XIX e XX, ao Decreto Lei 200/67, artigo 5º, inciso III e §1º e à Lei 6.404/76 (Lei das S. A.).

É oportuno valer-se do mestre Bandeira de Melo (apud Aguiar⁵⁰): sociedade de economia mista deve ser entendida como pessoa jurídica com criação autorizada por lei, como instrumento da ação do Estado, dotada de personalidade de direito privado, submetida a certas regras especiais decorrentes de sua natureza auxiliar da ação governamental, constituindo-se sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto permaneçam com o governo (União, Estados ou Municípios) ou entidade

⁴⁷ Ibid., p. 85 a 89

⁴⁸ Ibid., p. 90

⁴⁹ Ibid., p. 93

⁵⁰ AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 94

de sua administração indireta em sua maioria sobre remanescente anônimo de propriedade particular.

No caso das sociedades de economia mista não pode haver controle conjunto (paritário) entre o Poder Público e uma pessoa jurídica de direito privado, pois restaria atingida a uma situação inconstitucional e ilegal, de o Estado não mais orientar as atividades da companhia, criando a nefasta conseqüência da supremacia do interesse particular, ou de ficar na dependência de seus respectivos acionistas, que teriam poder de veto sobre o Estado acionista em suas decisões.

O autor Aguiar⁵¹ arrola as características mais destacadas das sociedades de economia mista: i) Personalidade jurídica de direito privado; ii) Autorização de criação e extinção por meio de lei; iii) Estruturação sob a forma de Sociedade Anônima; iv) Vinculação aos fins definidos na lei instituidora; v) Foro competente, em regra, a justiça estadual; vi) Impenhorabilidade e imprescritibilidade apenas dos bens que estejam afetados para a prestação de serviços públicos, no caso das prestadoras de serviço público; vii) Imunidade recíproca de impostos somente se for prestadora de serviço público, em relação ao patrimônio, rendas e serviços ligados às finalidades essenciais da sociedade de economia mista; viii) Nomeação de dirigentes independente da aprovação prévia do Poder legislativo; ix) Sujeição à tutela – supervisão de ministério ou secretaria, e a controle judicial de seus atos, bem como aos sistemas de controle interno e externo.

Assim, tem-se que o regime jurídico das estatais é híbrido – regime privado acrescido das normas de direito público, em especial a sujeição aos princípios constitucionais.

O mesmo Aguiar⁵² propõe questionamento e oferece encaminhamento. Aduz, com relação ao primeiro, que as empresas de economia mista são criadas para desempenhar atividade lucrativa. Passo seguinte justifica a questão levantada expondo que em sua visão todo o artigo 173 da Constituição Federal, bem como o acompanha todo o Decreto Lei 200/67, não referenciam a “busca pelo lucro”.

Pontua por fim a questão, caracterizando a empresa de economia mista como aquela em quem o objetivo final não é o lucro e sim a produção de bens e a propiciação de serviços que não podem ser obtidos de forma justa no regime da iniciativa privada.

⁵¹ Ibid., p. 97

⁵² AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 100

Pondera o autor⁵³ ser admissível e mesmo salutar a ocorrência do lucro, reafirmando, contudo não ser este o objetivo principal, nem sua razão de existência, e sim o de atender o interesse público, que é em suma a justificativa de sua criação e manutenção.

Repete-se com relação às sociedades de economia mista o comentário sobre a atuação do controle, reforçando-se que a carta de 1988 não estabeleceu distinção excludente às economias mistas integrantes da administração indireta, com relação à submissão ao controle externo. O próprio Supremo Tribunal Federal é determinante na constitucionalidade da atuação das cortes de contas (Mandato de Segurança nº 25092/2008) em especial tratando dos Tribunais de Contas junto às estatais.

⁵³ Ibid., p. 100

3 ANÁLISE DE CASO

Auditoria Ordinária do Tribunal de Contas do Estado, para esclarecer aspectos relevantes atuação da SCGás, como concessionária da distribuição de gás natural em Santa Catarina

3.1 A ORIGEM

De forma inédita o relator das contas anuais do governo do estado de Santa Catarina do exercício de 2010, Conselheiro do TCE/SC Salomão Ribas Júnior, incluiu na proposta de parecer aprovado pelo Tribunal Pleno do órgão, item específico determinando a realização de auditoria junto à SCGÁS, conforme extraído do Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina do dia 30/05/2011 - Decisão nº 01 de 25/05/2011 em sessão extraordinária.

Dados do processo:

Quadro 1 – Itens destacados da Prestação de Contas do Governador de 2010

| CONTAS DO EXERCÍCIO DE 2010 PRESTADAS PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA | |
|---|--|
| Processo nº | PCG-11/00112798 |
| Responsáveis | Luiz Henrique da Silveira (de 1º/01 a 24/03/2010) e Leonel Arcângelo Pavan (de 25/03 a 31/12/2010) |
| Item 17 SC GÁS – Companhia de Gás de Santa Catarina | - Falta de justificativas quanto aos reflexos no patrimônio da entrada/anulação da Contas Margem a Compensar. - Necessidade de reavaliação de aspectos do contrato de concessão, acordo de acionistas e fixação de preços do gás. Ressalvar até a conclusão de auditorias de regularidade e operacional. |
| Item 19 Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina (Agesc) | 19.1 Adotar providências para que a Agesc desenvolva as ações necessárias ao cumprimento de suas finalidades estipuladas no art. 3º da Lei Estadual nº 13.533/05, especialmente, para assegurar a prestação dos serviços públicos adequada, isto é, executados com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia, nos termos do art. 89 da Lei Complementar Estadual nº 381/07. 19.2 Prosseguir, iniciar, ou reiniciar, conforme o caso, procedimentos de avaliação do contrato de concessão, acordo de acionistas, critérios de distribuição de lucros e de fixação de preços do gás da SC GÁS. |
| I.II - Recomendações: b) Recomendação ao Tribunal de Contas do Estado | I. Que sejam adotados os procedimentos especificados como segue: II.4 – Realização de auditoria operacional e/ou de regularidade, conforme o caso, na Companhia de Gás de Santa Catarina S.A. (SCGÁS) para esclarecer aspectos relevantes destacados no Relatório e Projeto de Parecer Prévio. As mesmas instruirão a análise do Balanço Geral da Empresa, ora ressalvado. |

Fonte: site do TCE/SC / processos: <<http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php>>

De forma resumida pode-se exprimir que a auditoria teve como objetivo apurar os fatos elencados na forma de ressalvas e recomendações relativos a ocorrências verificadas na SCGás e constantes do conteúdo do Relatório n. 117/2011, da Divisão de Contas Anuais do Governo Estadual, da Diretoria de Controle da Administração Estadual (DCE) e do Parecer n. 1356/2011, do Ministério Público de Contas, ambos relativos à análise das contas de 2010 do Governo Estadual catarinense.

3.2 AUDITORIA E RELATÓRIO INICIAL

Dando azo a recomendação instituída, foi programada a realização de auditoria junto à SCGás, por parte da Diretoria de Controle da Administração Estadual – DCE, Inspeção 3, Divisão 7.

Originou-se da dita auditoria, realizada entre 14/07/2011 a 19/08/2011, o Relatório nº 491/2011 que nutriu o Processo RLA 11/00379107.

A fiscalização teve como objeto, sob as óticas legal-formalística e de eficiência de gestão, verificar:

i) as repercussões e efeitos (para o executivo estadual e ao atendimento à supremacia do interesse público), decorrentes do acordo de acionistas celebrado entre os sócios da SCGás em 1994, que acresceu o capital social e, conseqüentemente, alterou a composição acionária da companhia, fazendo reduzir a participação do Estado e de outro sócio privado e aumentando a participação de outros dois acionistas no montante de ações da empresa;

ii) os reflexos disso no controle acionário, sobre a definição das estratégias empresariais, a percepção de lucros advindos da estatal, ao cumprimento do contrato de concessão e à legislação atinente ao tema;

iii) as metas de investimento da SCGás;

iv) a composição das taxas de retorno e a política tarifária, e;

v) repercussões e legalidade da transferência pelo governo estadual à Celesc de suas ações remanescentes na empresa estatal de distribuição de gás.

A análise promovida relacionou como responsáveis a serem arrolados no processo os seguintes senhores:

Quadro 2 – Responsáveis arrolados no Processo

| NOME | CARGO | CPF | PERÍODO |
|------------------------------------|---|----------------|------------------------|
| João dos Passos Martins Neto | Procurador Geral do Estado | 641.625.409-34 | A partir de 04/10/2011 |
| Cósme Polêse | Diretor Presidente da SCGás | 148.645.339-20 | A partir de 25/10/2011 |
| Francisco Cardoso de Camargo Filho | Diretor Executivo da Agesc | 223.413.588-53 | A partir de 01/01/2011 |
| Antônio Marcos Gavazzoni | Diretor Presidente da Celesc | 827.189.469-20 | A partir de 01/01/2011 |
| Paulo Roberto Bornhausen | Titular da Secret. de Est. do Desenv. Econ. Sustentável | 488.755.899-68 | A partir de 01/01/2011 |

Fonte: Processo RLA 11/00379107

De forma concisa se pode expor que tal apuração envolveu um lapso de tempo compreendido entre 1994 e 2011, ou a totalidade da existência da companhia de gás estatal e visou observar as repercussões, sob os aspectos legal-formalístico e de eficiência de gestão, decorrentes da celebração de acordo de acionistas datado de 29/07/1994, resultando na supressão de 50% da participação societária total do Estado de Santa Catarina na estatal e, em consequência, na redução da percepção por este de lucros decorrentes dos resultados anuais da SCGás, além de observar questões atinentes à venda à Celesc pelo executivo estadual de suas ações remanescentes na companhia de gás, o que se deu em 05/06/2007.

O benefício esperado da fiscalização era, em se confirmando os fatos investigados, que fosse reformulado o contrato de concessão e adequado a ele um novo Estatuto Social da SCGás, além de, eventualmente, ser tornado sem efeito o acordo de acionistas celebrado em 1994 e, por fim, fosse concluído pela necessária reversão do processo de venda das ações da SCGás pertencentes ao Estado de Santa Catarina à Celesc, entre outros efeitos, adequando-se a exploração dos serviços de distribuição de gás natural em território catarinense aos princípios da legalidade e da defesa do interesse social/público.

Intermedeia a discussão, questões relativas aos valores de tarifas de gás praticadas ao longo do período de operações da estatal, à distribuição de lucros aos acionistas, às taxas de retorno e de remuneração (TR e TRS), às metas de investimento, a perda de poder de mando do executivo estadual – leia-se acionista controlador da empresa – e o descumprimento de pontos específicos do próprio contrato de concessão em vigor.

A base para iniciar a fiscalização foi servida do relatório e voto do relator, Conselheiro Salomão Ribas Júnior, destacando-se os seguintes aspectos:

- supostas irregularidades na composição acionária da Estatal, tendo havido deliberação pelo aumento do Capital Social em maior proporção nas ações preferenciais que correspondiam a 1/3 do Capital Total e passaram a 2/3 após a alteração com anuência do representante do Governo do Estado.
- ausência de Decreto governamental
- mesmo que corretamente adequado o procedimento que assegurou participação majoritária (ações preferenciais) aos sócios minoritários no capital votante há aspectos do acordo de acionistas não levados em conta na apreciação de representação examinada por este Tribunal.
- verificação em até que ponto as imposições do acordo de acionistas não limitam o poder do Estado, inclusive nas questões de distribuição dos lucros.
- fixação do preço do produto (gás) distribuído, e de manobras contábeis como a da criação da chamada Conta Margem a Compensar (CMC) por Portaria Secretarial, em boa hora, anulada por Decreto do Chefe do Poder Executivo.
- a função social da distribuição do gás natural não pode ser desconsiderada. O lucro não pode ser prioridade única da Estatal, pois apesar de se associar indiretamente (Celesc) é o Estado que detém o poder-dever de fixar marcos regulatórios e de operar os mecanismos (sociedade de economia mista) de execução.
- no âmbito da sujeição às regras constitucionais e legais para as sociedades de economia mista (pessoal, contratos, licitações, etc.) são constantes os conflitos entre os gestores da SCGás e o próprio Tribunal de Contas.
- não são diferentes as notícias sobre a relação entre a Agesc e a SCGás. Estudos feitos pela agência reguladora já indicaram graves distorções no processo de operação com recomendações de reexame do próprio contrato de concessão, alterações societárias, acordo de acionistas e práticas de preços.

Como visão geral do objeto da auditoria foram abordados, teórica e empiricamente, temas relacionados aos seguintes aspectos:

- i) empresas estatais e seu regime jurídico;
- ii) contrato de concessão pública e, especificamente, avenças correlatas relativas aos serviços de distribuição de gás canalizado;

iii) acordo de acionistas em empresas de economia mista, prevendo acréscimo do capital social e alteração da composição acionária da companhia;

iv) análise do teor, da execução e dos efeitos do contrato de concessão em vigor e do acordo de acionistas tratado, considerando também se os mesmos atendem ao princípio da defesa da supremacia e indisponibilidade do interesse público, sob as óticas legal-formalística e de eficiência de gestão, para a empresa de economia mista e para o poder concedente, compreendendo a redução da participação do Estado em empreendimento em que é acionista – cumprimento das determinações legais e consequências econômico-financeiras – e em seu poder de mando nos órgãos colegiados da empresa, principalmente repercutindo nas definições de estratégias empresariais, na distribuição de lucros aos acionistas e nas políticas tarifárias e de investimentos da estatal.

Como questões de auditoria foram propostas as seguintes:

a) O acordo de acionistas de 1994 representou a perda controle acionário ou do efetivo poder de mando do Governo do Estado de Santa Catarina sobre a SCGás ou lhe ocasionou perda financeira, ou ainda teria suprimido a busca pelo princípio do interesse público por parte da estatal, notadamente em relação a sua política de metas de investimentos de taxas de retorno, quanto ao regime tarifário e à distribuição de lucros?

b) A SCGás vem cumprindo o determinado no contrato de concessão para comercialização e distribuição de gás, e tal avença contempla as determinações básicas estabelecidas na legislação pertinente ao tema e ao princípio da defesa do interesse público?

c) Qual o amparo legal e técnico para a constituição da Conta Margem a Compensar – CMC e quais os reflexos da mesma no patrimônio da empresa, apurando-se a adequação da metodologia de cálculo para sua apuração. Finalmente, quais os riscos de sua supressão para o erário, para os acionistas da estatal e para os consumidores do gás distribuído pela SCGás? e

d) Qual o amparo legal e as consequências jurídicas, operacionais, financeiras e de políticas públicas, da transferência pelo Estado de Santa Catarina à Celesc de suas ações remanescentes da SCGás?

Consta do relatório técnico uma cronologia – 1994 a 2011 – dos acontecimentos, com relato dos fatos e eventos, direta ou indiretamente ligados aos temas auditados.

Quadro 3 – Cronologia de fatos ligados ao tema estudado

| | |
|---|--|
| 1988 – Constituição Federal e E. C. nº 5/95 | Modifica o cenário da distribuição de gás no Brasil ao estabelecer no art. 25, § 2º: a exploração pelos estados |
| 1993 - Lei Estadual n. 8999 | Criação da Companhia de Gás de Santa Catarina – SCGás |
| 1994 - Lei Estadual nº 9493 | Dispõe sobre o regime de concessão do gás |
| 1994 - Em 25/02 | Constituída a SCGás, com o Estado detendo 51% das ações ordinárias e 34% do capital total |
| 1994 – Em 28/03 | Celebrado o contrato de concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado em Santa Catarina, entre o Governo do Estado – concedente – e a SCGás – concessionária - por 50 anos |
| 1994 – AGE de 29/06 e do CA de 29/07 | Intenção de celebração de um acordo de acionistas, sem que o mesmo tenha sido detalhado |
| 1994 – Em 09/11 | Acordo de acionistas, ratifica o aumento do capital social da SCGás, supostamente já deliberado e aprovado na reunião do dia 29/07/1994, além de referir-se a outros assuntos relativos à transferência de ações e à gestão da Companhia. Na prática inverteu a proporção estabelecida legalmente, diminuindo a participação do Estado de Santa Catarina para 17% do capital total |
| 1996 – Em 26/07 | Firmado contrato de compra de gás natural com a Petrobras, vigência de 20 (vinte) anos - início do fornecimento não posterior a 30/12/99 |
| 2000 | Fim da fase pré-operacional e início das atividades da SCGás em abril |
| 2005 - Lei Comp. Est. n. 284 | Criação da Agesc – Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina |
| 2005 - Lei Estadual n. 12533 | Regulamenta as atividades da Agesc, que passa a regular e fiscalizar a distribuição de gás no Estado, visando assegurar a qualidade do fornecimento à população |
| 2005 - Lei Estadual n. 13533 | Estabelece a estrutura organizacional da Agesc |
| 2006 – Em 20/11 | O controle acionário da SCGás é passado à Celesc |

Fonte: Relatório de Auditoria nº 491/2011

A instrução técnica caracteriza a SCGás como uma estatal prestadora de serviço público – distribuição de gás canalizado – o que indica o seu caráter não unicamente lucrativo, sendo voltada, também, para o atendimento de necessidades coletivas, podendo-se afirmar ser secundária a distribuição de seus resultados.

A propósito, é dito ser cabível e necessária a defesa pelos entes da administração pública brasileira da supremacia do interesse público/social sobre o interesse privado e de sua indisponibilidade, incluídas aí as empresas estatais catarinenses, tal determinação deve ser observada ao contrato de concessão pelo Estado de Santa Catarina à SCGás do direito de distribuição do gás canalizado, em relação ao acordo de acionistas, em relação à criação da Conta Margem a Compensar – CMC e,

finalmente, em relação à transferência pelo Governo do Estado à Celesc das ações da companhia de gás.

Na seqüência é justificada a necessidade de revisão do contrato de concessão pelo Estado de Santa Catarina para a exploração dos serviços de gás natural à SCGás. Inicialmente se colaciona que o serviço de distribuição de gás canalizado encontra-se submetido aos princípios de direito público atinente à matéria, quais sejam, o da continuidade do serviço público, pois o serviço tem que ser ininterrupto; o da mutabilidade do regime jurídico, com a flexibilização quando o interesse público assim disser; e o da igualdade dos usuários.

Com esse enquadramento jurídico, as concessionárias se vêem compelidas a seguirem o estabelecido pelo ente regulador no mercado de distribuição de gás natural, sendo que, atualmente, o único instrumento regulatório sobre o serviço de gás canalizado em Santa Catarina é o Contrato de Concessão, que versa sobre temas distintos como o prazo de concessão, regras de fixação de tarifas, condições de financiamento, direitos e obrigações, entre outros.

A análise do contrato de concessão em estudo sob o ponto de vista de sua adequação à legislação vigente e a plenitude do atendimento de suas cláusulas, notadamente em relação à manutenção ou não do equilíbrio econômico-financeiro do mesmo, conclui ser pertinente e indispensável sua reformulação no momento, após 17 (dezessete) anos de sua vigência.

No relatório de auditoria é ponderado que uma das características dos contratos de concessão é a possibilidade de haver alguma mudança em decorrência do longo prazo de sua execução ou da mudança imprevista ou extraordinária que tiver impacto na contratação inicial. Entretanto, para que seja configurada a possibilidade de alteração administrativa foi necessária a observância de algumas formalidades previstas na legislação, o que é corroborado no contrato de concessão em estudo em sua cláusula 79 (setenta e nove), que destaca a necessidade da garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Segundo consta do relatório a concessão teria representado a outorga do serviço público em tela a uma empresa estatal estadual, constituindo-se num ajuste, num acordo entre o Poder Público concedente e um terceiro, pela qual é feita a transferência da execução de um determinado serviço ao concessionário, por um prazo determinado.

Foi esclarecido no relatório que o serviço continua sendo público e que a titularidade do serviço continua pertencendo ao concedente, cabendo ao concessionário apenas a execução desse serviço.

É ressalvada também a possibilidade do contrato de concessão sofrer alterações que deveriam observar limites impostos pela legislação vigente e os princípios constitucionais, com o intuito de resguardar direitos da coletividade, do Estado e da concessionária. Modificações das condições da prestação dos serviços concedidos poderiam ser unilateralmente realizadas pela administração pública, no exercício de seu poder regulamentar, oriundo da titularidade do serviço público.

No caso estudado, o acionista controlador – no caso o Estado de Santa Catarina e posteriormente a Celesc – detém os poderes de direção das atividades sociais, e deveria orientar as atividades da companhia para um único sentido: aquele determinado pela lei que autorizou a constituição da sociedade. Na realidade o controlador teria o dever irrecusável de orientar as atividades ao atendimento do interesse público, ou como estabelece a Lei Federal n. 6404/76, em seu artigo 238⁵⁴.

A Lei Federal n. 8987/95, por sua vez, permite que as partes viabilizem o alcance do interesse público, sendo dever jurídico do poder público fazê-lo, sempre que

A legislação, portanto, assegura ao poder concedente o direito de alterar unilateralmente o contrato de concessão, desde que não seja descaracterizado seu objeto. Até porque tais avenças são firmadas por longos prazos, como no caso em estudo – 50 anos – estando expostos às alterações imprevisíveis à época de sua celebração, incluído aí o surgimento de marco legal regulatório sobre o tema posteriormente.

Em síntese, ao Poder Concedente é delegada e a ele é inerente a possibilidade de alterar e rescindir unilateralmente o contrato de concessão, visando seja seu reequilíbrio econômico-financeiro, seja a revisão de preços e tarifas, seja objetivando o controle do mesmo, além do que em todos os aspectos referidos anteriormente observa-se que o descumprimento do interesse público exige a alteração/revisão da avença.

Como motivos para a revisão do conteúdo do contrato de concessão ora em estudo em defesa à supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, são apontados:

⁵⁴ Art. 238 – A pessoa jurídica que controla a economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

a) Quebra do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato: demonstração da ocorrência do rompimento da equação econômico-financeira do contrato de concessão, justificando como imprescindível e inadiável a revisão/reformulação imediata dos termos avençados, em especial das cláusulas que versam sobre a definição de taxa de retorno/remuneração do capital investido, sobre a definição da distribuição do lucro aos acionistas pela empresa e sobre a política tarifária. Por uma tarifa módica, receita de equilíbrio e eficiência, o concessionário de serviço público será remunerado pela exploração do serviço concedido, o que não quer dizer que a tarifa deva ser branda, mas sim que permita a exploração de serviço público sustentável, econômica e financeiramente, adequado e de qualidade.

b) Excessiva distribuição de lucro aos acionistas da SCGás: No caso em estudo, os interesses público e privado envolvidos na SCGás nem sempre mostraram-se facilmente harmonizados e, ainda que compreendendo que não se deva negligenciar o desempenho financeiro da SCGás, até porque nela está envolvido dinheiro público, pensar sua lucratividade ou sua capacidade de autofinanciamento é apenas um dos aspectos da eficiência que devem nortear suas ações, não se podendo julgar sua eficiência ou ineficiência somente pelos saldos de balanço. Uma empresa estatal será eficiente à medida que alcançar, satisfatoriamente, os fins que orientam a sua criação e ao interesse público, através do menor custo econômico possível.

c) Ganhos Financeiros Excessivos pelos acionistas: Os acionistas da SCGás teriam garantido em pouco mais de 10 (anos) de efetiva operação da estatal e em termos líquidos, uma percepção de ganhos financeiros superiores a 374.000.000 (trezentos e setenta e quatro milhões de reais), algo próximo a 20 (vinte) vezes o capital que efetivamente despenderam e aportaram na empresa. Como se falar em equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em distribuição justa de lucro e em taxa de remuneração do capital investido adequada ao interesse público, com uma transferência de renda do setor público ao privado tão escandalosa e desproporcional?

d) Elevadas taxas de retorno e remuneração (TR e TRS): absoluta ausência de poder do Estado catarinense, ou de seu atual preposto junto à companhia de gás, a Celesc, na definição dos projetos e empreendimentos a serem levados a efeito pela SCGás, sendo-lhe garantida uma autonomia bem superior ao razoável, principalmente em se considerando ser-lhe facultado eleger empreendimentos que lhe propiciem taxa de retorno e de remuneração (TR e TRS) fixadas em 20%, o que se contrapõem ao princípio da universalidade do atendimento, essencial à prestação de qualquer serviço

público. Essas taxas, além de serem bastante significativas, mostrando-se superiores a outras praticadas em outros estados brasileiros (de 12% até a primeira revisão quinquenal no Rio de Janeiro e em São Paulo, por exemplo), representam o dobro da taxa de depreciação da rede e outros ativos, que é de 10% ao ano.

e) Ausência de prioridade à defesa do interesse público e de efetivo poder de mando do acionista controlador: No caso da SCGás o poder de veto nas deliberações é uma das manifestações de poder de controle independente da titularidade da prevalência numérica de ações com direito a voto. Como se observa, o acionista controlador não detém, em qualquer das três esferas de mando organizacional, efetiva autonomia de definição de estratégias empresarias e de controle sobre as ações da companhia. Ante tais limitações e o caráter privatista da gestão da empresa, como exigir que o Estado catarinense garanta, por exemplo, o atendimento ao previsto no art. 117 da Lei Federal n. 6404/76 e no art. 173, em seu § 1º, I, da Constituição Federal, análogos e que, em síntese, determinam que as empresas estatais devam observar sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade?

f) Justificativas complementares: i) O contrato de concessão revela a outorgada por prazo significativamente elevado – 50 (cinquenta) anos; ii) O contrato de concessão já sofreu alteração e de maneira irregular e sem formalização, com a sanção da portaria Estadual n. 008/2002/SDE, que criou a Conta Margem a Compensar – CMC –que estabeleceu um encargo para a administração pública em prol do interesse privado dos acionistas da companhia; iii) À época da celebração do contrato em foco, não se observou o disposto no art. 175 da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade de realização prévia de procedimento licitatório para efetivar-se a concessão; iv) O próprio poder concedente, através da Agesc, apontou incompatibilidade entre o contrato de concessão vigente e a atual legislação, em pontos como o prazo de concessão elevado, a metodologia para reajuste e revisão tarifária, a taxa de retorno mínimo de 20%, entre outros, além do que a agência já teria identificado desequilíbrio econômico-financeiro desfavorável ao concedente e ao usuário do gás distribuído.

Com relação ao Acordo de Acionistas firmado em 1994⁵⁵, a auditoria arrola uma série de irregularidades relacionadas ao mesmo:

⁵⁵ Acordo de acionistas, firmado em 09/11/1994, ratifica o aumento do capital social da SCGás, supostamente já deliberado e aprovado na reunião do dia 29/07/1994, além de referir-se a outros assuntos

a) Ausência do cumprimento do princípio da motivação: Observa-se que nem o Estado de Santa Catarina, ou, nem mesmo a própria SCGás, formalizaram, de modo plausível, a motivação para a efetivação do Acordo de Acionistas em discussão, tendo ficado obscuros à sociedade catarinense os motivos que levaram o Poder Público a aceitar a redução da proporção de sua participação acionária na companhia de gás à metade. Aliado a esta situação destaca os baixíssimos valores integralizados à época com o aumento do capital social da estatal, num montante de R\$ 94.365,94 (noventa e quatro mil, trezentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos). Dentro da legalidade democrática, qualquer ato praticado pela administração pública deve ser devidamente motivado para que possa haver controle da legalidade, legitimidade e razoabilidade dos atos administrativos. É um princípio legal aceito tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina e está presente de forma expressa e inarredável na Constituição Estadual – art. 16, § 5º;

b) Da participação de agente incapaz como preposto do Estado de Santa Catarina: Na Assembléia Geral extraordinária em que é apenas mencionado o acordo, datada de junho. Na reunião do Conselho de Administração da SCGás, de julho, em que se aprova o aumento de capital e a celebração efetiva do acordo de acionistas em novembro, todos de 1994 – em dois deles – Assembléia Geral e Acordo de Acionistas - o Estado de Santa Catarina esteve representado pelo Secretário de Estado de Tecnologia, Energia e Meio Ambiente, Sr. Roberval Pilotto, enquanto que na reunião do Conselho de Administração inexistiu assinatura aposta à referida ata. O Secretário de Estado não é agente legalmente capaz de atuar como delegado autorizado pelo poder concedente para adoção/deliberação de decisão tão relevante como a redução do tamanho do Estado. Aliás, inexistiu qualquer ato de delegação formalizado pelo Governador do Estado ao agente referido, isso dito ainda que se sabendo ser indelegável o objeto em discussão, o ato ora questionado violou o princípio constitucional da legalidade, constante do *caput* do art. 37 da Carta Magna;

c) Da incompetência das instâncias que deliberaram pelo Acordo de Acionistas e da ausência de sua formalização à época: As estatais não são criadas por lei. A lei apenas autoriza a sua criação, ficando a cargo do Poder Executivo competente as devidas providências para a formalização da nova empresa. O Poder Executivo não

relativos à transferência de ações e à gestão da Companhia. Na prática inverteu a proporção estabelecida legalmente, diminuindo a participação do Estado de Santa Catarina para 17% do capital total

atua com autonomia de vontade. Em função do princípio constitucional da legalidade, suas ações são necessariamente vinculadas à lei, devendo a empresa ser criada e atuar nos estritos limites da lei que autoriza sua concepção e atuação. Diante disso, não havia amparo legal para a supressão da participação societária do Estado de Santa Catarina na SCGás.

d) Dos lucros da SCGás que o Estado de Santa Catarina deixou de perceber:

A simulação hipotética de que o Estado de Santa Catarina tivesse mantido o percentual total de ações da SCGás que inicialmente detinha (ações ordinárias + ações preferenciais), e tivesse subscrito e integralizado capital para manter-se na mesma proporção, considerando o volume de capital integralizado pelos sócios remanescentes da empresa em moeda corrente e em dedução do direito à retenção de lucro de cada qual, permite concluir que Com a celebração do acordo de acionistas, o Estado de Santa Catarina teria deixado de perceber R\$ 57.730.281 (cinquenta e sete milhões, setecentos e trinta mil, duzentos e oitenta e oito e um reais) na forma de distribuição de lucros da companhia. Do montante supra, todavia, deveriam ser deduzidos os valores proporcionais também a 80% na distribuição de lucro advindos dos resultados da SCGás, o que representaria um decréscimo de R\$ 47.330.048 (quarenta e sete milhões, trezentos e trinta mil, quarenta e oito reais). Subtraídos um de outro valor, poder-se-ia somar a redução dos ganhos do Estado na operação SCGás, R\$ 27.166.952 (vinte e sete milhões, cento e sessenta e seis mil, novecentos e cinquenta e dois reais), se concretizada a venda à Celesc, o que acarretaria numa perda total ao Estado com o advento do acordo de acionistas no volume financeiro aproximado de R\$ 84.897.233 (oitenta e quatro milhões, oitocentos e noventa e sete mil, duzentos e trinta e três reais).

Com relação aos aspectos tarifários, a equipe de auditoria tece algumas considerações.

Preliminarmente aduz que a Tarifa Média Máxima regulamentada para a SCGás é obtida pela soma do Preço de Venda (PV) pela Petrobrás, relativo à aquisição do gás pela estatal catarinense, com a Margem Bruta de Distribuição (MB), referente aos custos dos serviços e a remuneração e depreciação dos investimentos.

Considerando que o Preço de Venda do gás pela Petrobrás é fixado pelo Governo Federal, a metodologia de cálculo tarifário é orientada para a definição da Margem Bruta de Distribuição (Item 3 no Anexo I do Contrato de Concessão). No cálculo dos Ajustes são consideradas as diferenças entre os aumentos de custo estimado e os aumentos reais. O Aumento de Produtividade corresponderia a 50% da redução do

custo unitário que a SCGás conseguisse obter ao longo do ano anterior ao da referência para cálculo da tarifa.

A tarifa poderia conter, ainda, um adicional para a formação da reserva e para a modernização e ampliação do sistema, chamada de Reserva de Modernização. Mesmo o contrato não estipulando qual o percentual, a SCGás utiliza o valor de 5%.

Trata a equipe instrutiva do recálculo tarifário, onde pondera que nos caçulos das Margens Bruta de Distribuição, observou, em alguns casos, uma interpretação desproporcional do Contrato de Concessão, acarretando em margem aumentada indevidamente. Concluí a equipe que deveriam ser recalculadas as Tarifas Média (Máxima) de Concessão – TMCs/TMMCs, as quais devem seguir as seguintes premissas: i) Utilizar valores realizados, bem como 100% do volume de vendas; ii) Não incidir Taxa de Remuneração (TR e TRS) sobre valores não incorridos; iii) Não adiantar valores relativos à Depreciação; iv) Excluir a Reserva de Modernização; v) Utilizar o IPCA ao invés do IGPM; vi) Considerar somente o Custo Operacional no cálculo do Aumento de Produtividade; vii) No Cálculo do Custo Operacional, não incluir o Imposto de Renda.

É ressaltado que o trabalho não analisou os valores tarifários, mas sim, os cálculos desses valores, dessa forma, quando do recálculo tarifário, deve-se observar, ainda, as seguintes considerações: i) Despesas/receitas financeiras (observar variação cambial Petrobrás (diferença entre a cotação do dólar orçado e a efetivamente praticada) e (i) descontos concedidos / obtidos e (ii) proteção - variação cambial); ii) Despesas com autuação de ICMS em 2006 de R\$ 20 milhões (verificar repasse à tarifa considerando ação impetrada para reaver os valores); iii) Despesas com perdas de gás consideradas no cálculo da Margem Bruta (Observar o cálculo do PV realizado).

Com relação à Conta Margem a Compensar – CMC, o relatório do caso estudado inicialmente resgata o ato que deu origem, no caso a Portaria SDE (Secretário de Estado do Desenvolvimento Econômico e Integração do Mercosul) nº 008/2002, que em seu artigo 4º criou o dispositivo chamado Conta de Margem a Compensar – CMC. O Anexo à Portaria SDE contém a metodologia de cálculo implementada para a Tarifa de Concessão, incluindo o cálculo da CMC para o ano de 2001 e 2002.

Consta exposição das Portarias expedidas entre 2000 e 2009, (a primeira já citada pela SDE e outras quatro originadas na Agesc), de relativas à CMC (e que

também trazem as homologações tarifárias), bem como os seus valores que atingem ao saldo acumulado de R\$ 719,6 milhões.

No Ano de 2009 o Governador do Estado, por meio do Decreto 2069/2009, anulou a Portaria SDE 008/2002, extinguindo os seus efeitos e demais atos embasados nela. Já a Agesc, por meio da Portaria n. 002/2009 (fls. 829-831), anulou as suas Portarias que homologavam as CMC, além de apresentar o “Estudo e Análise da Concessão de Gás Canalizado no Estado de Santa Catarina”, realizado em 2008, efetuou abordagem da CMC. O Parecer da Procuradoria Geral do Estado, PPGE N° 612/090 foi considerado para a emissão do Decreto 2069/2009, que cancelou a CMC.

Fez parte da abordagem a venda pelo Estado de Santa Catarina à CELESC de sua participação na SCGás. A instrução do processo apresenta a cronologia dos fatos e sua análise preliminar. Destaca-se o artigo 159 da Lei Complementar nº 284/05 que assim o autoriza. São listadas as seguintes irregularidades na transferência das ações: i) descumprimento do princípio da motivação; ii) Conflito de interesses; iii) Recebimento em atraso pelo Estado, do resultado de sua participação na SCGás.

Avançou a atuação do TCE/SC, englobando questões atinentes à Agesc – Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina. Após apresentar o histórico e a competência de atuação da agência na concessão da distribuição de gás natural, abordou a omissão do chefe do Poder Executivo para viabilizar a autarquia enquanto reguladora e fiscalizadora da concessão. Em especial dotando-a da estrutura que permitir a mesma exercer suas atribuições, que era no momento a principal demanda a ser vencida.

É destacada ainda a posição favorável da Agesc em relação à revisão do contrato de concessão, coincidente, portanto, com a posição técnica do TCE/SC.

3.2.1 A conclusão expressa no relatório técnico

Como fruto da análise anteriormente tratada, foi elaborado pormenorizado relatório técnico que traz os seguintes itens como integrantes da conclusão, assim consignada:

a) A auditoria demonstrou, primeiramente, a ilegalidade e a prática de irregularidades na celebração do acordo de acionistas da SCGás, efetivado em 09 de novembro de 1994 e que, em síntese, reduzia a participação do Estado de Santa Catarina

na sociedade – de 34%. O Estado passou a deter 17% das ações totais da companhia – destacando uma série de problemas verificados na operação, dentre os quais:

a.1) a ausência de cumprimento do princípio da motivação, desobedecendo o Estado o previsto no art. 16, § 5º, da Constituição Estadual e o art. 2º, da Lei Federal n. 9784/99;

a.2) a participação de agente incapaz como preposto do Estado na celebração do acordo, descumprindo o disposto nos arts. 116 e 154 da Lei Federal n. 6404/76 e a Lei Estadual n. 9493/94;

a.3) a incompetência da instância colegiada da SCGás que deliberou pela efetivação do acordo de acionistas – Conselho de Administração da empresa – descumprindo o estabelecido nos arts. 6º, 136, *caput*, inciso I e § 1º, 166, incisos I, II e IV e §§ 1º e 2º e 237 da Lei Federal n. 6404/76, infringindo a Lei Estadual n. 8999/93 e sendo os atos dos membros do referido órgão colegiado à época, enquadráveis nos arts. 9º, incisos XI e XII, 10, incisos I, II, X, XI e XII e 11, incisos I e II, da Lei Federal n. 8429/92, além de ter sido verbal o acordo deliberado, o que infringe o art. 60, parágrafo único, da Lei Federal n. 8666/93.

b) Além disso, ressaltou o trabalho as excessivas vantagens financeiras obtidas pelos acionistas privados da companhia de gás no intervalo de tempo entre a celebração do referido acordo e os dias de hoje, considerando, ainda, os dividendos que o Estado de Santa Catarina deixou de amealhar com a operação efetivada através daquele.

Em decorrência, considerou a possibilidade de vir a determinar ao Governo do Estado de Santa Catarina que no prazo de 6 (seis) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, mediante a edição de projeto de lei, na forma de novo acordo de acionistas a ser celebrado com os acionistas da SCGás ou através de outra medida suficiente e legal ao alcance do ora pretendido, declare nulo o acordo de acionistas celebrado e faça cessar seus efeitos, retomando a participação proporcional dos Acionistas ao Capital Social a mesma existente anteriormente ao referido acordo, fazendo com que se reduzam as ações preferenciais da Gaspetro e da Mitsui e que se pague tais empresas pela proporção do Capital Social reduzido.

c) Salientou-se no relatório, ainda, que devem ser observados os papéis institucionais delegados a cada agente envolvido no processo e o atendimento aos princípios da motivação, do objetivo, da base legal, do direito à defesa e do

contraditório, além de considerado o disposto no art. 29, da Lei Federal n. 8987/95, respeitando os direitos da concessionária.

d) Por outro lado, ante a constatação de uma série de problemas no atual contrato de concessão dos serviços de gás canalizado em Santa Catarina, celebrado em 28 de março de 1994 entre o Governo do Estado de Santa Catarina e a SCGás, foi considerada a possibilidade de vir a ser determinado, também ao Governo do Estado de Santa Catarina – leia-se do poder concedente, a quem cabe a competência de discricionariedade no presente caso que, em conjunto com a agência reguladora do Estado, atualmente representada pela Agesc, que no prazo de até 6 (seis) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, revisasse e modificasse a avença em tela.

Igualmente deveriam ser também considerados os papéis institucionais delegados a cada agente envolvido no processo de outorga dos serviços referidos e o atendimento aos princípios da motivação, do objetivo, da base legal, do direito à defesa e do contraditório, respeitando os direitos da concessionária, visando o aperfeiçoamento do instrumento, adequando-o à defesa do atendimento ao interesse público, de acordo com os Princípios da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público, os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade e nos termos do determinado no art. 173 da Constituição Federal, nos arts. 116, alínea “b” e § único, 154 e 238 da Lei Federal n. 6404/76, no arts. 421 e 2035, § único, da Lei Federal n. 10406/02, no art. 6º, § 1º, da Lei Federal n. 8987/95, no art. 118 da Lei Complementar Estadual n. 381/07, na Cláusula Décima Primeira, Item 1, do Contrato de Concessão, e qualificando-o para torná-lo em condições de ser regulado e fiscalizado pela agência reguladora, tudo isso conforme o estatuído no art. 29, da Lei Federal n. 8987/95, com base no que prevê a Lei Federal n. 8666/93, em seus arts. 58, inciso I e 65, inciso I e alínea “b” e no próprio contrato de concessão, em sua cláusula 9ª, sempre tendo em vista o determinado pela Lei Federal n. 8987/95 que deve ser observada e a ela harmonizada qualquer reforma, notadamente em seu art. 9º, § 2º.

e) Dentre os pontos principais a serem observados quando da revisão do contrato de concessão em tela, tem-se os seguintes:

e.1 - seu equilíbrio econômico-financeiro, em especial compreendendo as cláusulas que versam sobre a definição da taxa de retorno/remuneração do capital investido, sobre a redução da distribuição de lucro aos acionistas pela estatal e sobre sua

política tarifária. Importante lembrar que o total de capital investido em moeda corrente na SCGás por seus acionistas, ao longo da existência da empresa, foi de R\$ 31.593.803 (trinta e um milhões, quinhentos e noventa e três mil e oitocentos e três reais), enquanto o retorno do investimento total, compreendendo dividendos pagos, capital social e reserva legal, montavam em R\$ 405.663.794 (quatrocentos e cinco milhões, seiscentos e sessenta e três mil, setecentos e noventa e quatro reais) em 31 de dezembro de 2010, o que representa um incremento de 374.069.991 (trezentos e setenta e quatro milhões, sessenta e nove mil e novecentos e noventa e um reais), além de toda a perspectiva de se auferir grandes e ainda maiores lucros futuros, sendo que o lucro referente ao primeiro semestre de 2011 foi de R\$ 38.872.220 (trinta e oito milhões, oitocentos e setenta e dois mil, duzentos e vinte reais);

e.2 - o resguardo do interesse público e da retomada do efetivo poder de mando societário ao acionista controlador da estatal, atendendo ainda ao estabelecido no art. 114 da Constituição Estadual, no art. 3º, inciso IV, da Lei Federal n. 9074/95, no art. 421 do Código Civil Brasileiro e no art. 1º da Lei Estadual n. 8.999/93;

e.3 - a revisão do prazo de concessão – excessivamente extenso (50 anos) e inadequado às determinações da Lei Federal n. 8987/95 sobre o tema e que o limita a 30 anos.

f) Destacou a auditoria, também, ser necessário que o Governador do Estado encaminhe a este Tribunal de Contas, a proposta do novo contrato de concessão, para a devida avaliação de seu teor e a verificação do atendimento do mesmo às determinações emanadas do órgão de controle externo contidas neste relatório.

Acerca do tema, por fim, entendeu-se por determinar à SCGás que, através de ato de sua Assembléia Geral e em decorrência das alterações promovidas no contrato de concessão, adapte seu Estatuto Social, de forma a adequá-lo à nova realidade contratual, considerando o estabelecido no art. 1º da Lei Estadual n. 8.999/93.

g) Outro aspecto tratado no relatório diz respeito a que, em função de irregularidades também observadas em relação à transferência/venda pelo Estado de Santa Catarina à Celesc de suas ações remanescentes na SCGás, efetivada em 05 de junho de 2007 através de Instrumento Particular de Cessão e Sub-rogação de direitos e obrigações.

Considerou passível de determinação ao Governo do Estado de Santa Catarina e à Celesc Holding S.A. para que no prazo de 6 (seis) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei

Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, adotem providências no sentido de retornar ao Estado de Santa Catarina as 1.827.415 (um milhão, oitocentas e vinte e sete, quatrocentas e quinze) ações ordinárias de emissão da SCGás tratadas.

Tal reversão, no entendimento da equipe de auditoria deveria se dar nas mesmas condições e valores originalmente transacionados – R\$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões) – atualizados monetariamente, ocasião em que a condição de sócio majoritário da companhia de gás retornará ao Estado catarinense.

Destaque-se que dentre as irregularidades na transação, como mencionadas, o relatório de auditoria apontou as que seguem:

- o descumprimento ao princípio da motivação, desobedecendo o Estado o previsto no art. 16, § 5º, da Constituição Estadual e no art. 2º, da Lei Federal n. 9784/99, tendo o relatório destacado, ainda, a nova perda financeira decorrente da transação em foco, especialmente em se considerando que o Estado passou a deter apenas 3,4% das ações totais da SCGás, haja vista que apenas 20% das ações totais da Celesc lhe pertencem e privados os demais 80%, cabendo as estes proprietários privados, na proporção de suas respectivas carteiras de acionistas na estatal de energia, a percepção dos lucros advindos da SCGás, o que se agrava pelo fato do repasse da Celesc ao Estado, quando existente, ocorrer um ano após do que normalmente ocorreria se fosse ele o detentor das ações na companhia de gás, daí decorrendo nova perda financeira ao erário;

- a existência de conflito de interesses entre os objetivos societários e materiais da Celesc e da SCGás, haja vista que as empresas são responsáveis pela distribuição de dois produtos em diversas circunstâncias concorrentes entre si – energia elétrica com base hidráulica e gás natural – fato este que pode comprometer a política de investimentos e a definição de estratégias empresariais da SCGás, ante o fato de a Celesc deter o controle acionário sobre aquela, o que contraria o disposto na Lei Federal n. 6404/76, em seus arts. 115, § 1º, e 154.

h) Além disso, entendeu a equipe de auditoria pela ilegalidade das Portarias SDE – atualmente Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico – de ns. 005/2000 e 008/2002 e Agesc – Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina – de ns. 13/2006, 22/2006, 11/2007 e 09/2008, tal como tratado no item “6”

deste relatório que, em síntese, homologavam a as Tarifas Médias de Concessão e tratavam sobre a Conta Margem a Compensar – CMC, lhe definindo valores aplicáveis, também considerando ilegal os cálculos tarifários anuais conseqüentes, desde 2000, que ocasionaram aumentos indevidos nas margens brutas de distribuição.

Nesse caso, ao considerar descumpridos pela SCGás, por encaminhar Tarifas Médias de Concessão irreais e pela SDE e Agesc as aprovarem, o relatório expressou entendimento de terem sido descumpridos os princípios da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade.

Ante a compreensão de que foram desconsideradas as normas previstas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, no art. 74, da Constituição de Santa Catarina, nos arts. 421, 884, 885 e 2035, parágrafo único, da Lei Federal n. 10406/02, nos arts. 116, § único e 154, § 1º, da Lei Federal n. 6404/76, no art. 4º da Lei Federal n. 8987/95, e nas cláusulas décima primeira, item 11 e septuagésima nona do contrato de concessão, tal como detalhado nos itens “6.1” a “6.4” deste relatório, entendendo-se oportunizar que os agentes públicos possam se manifestar, declarando desde já a possibilidade de determinar-se à Agesc que proceda, dentro do prazo de 6 (seis) meses, nos termos do previsto no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, o recálculo tarifário anteriormente aludido.

i) Por fim, ante as dificuldades relatadas no presente trabalho quanto à atuação da Agesc, especialmente quanto à ausência de regras claras ao exercício da regulação, de autonomia, liberdade e de recursos para a agência, considera o relatório a possibilidade de vir a determinar ao Governo do Estado de Santa Catarina para que no prazo de 2 (dois) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, indique os membros do Conselho Superior da agência, nos termos do estabelecido nos arts. 6º e 20, da Lei Estadual n. 13533/05, visando seja procedida a prévia aprovação dos mesmos pela Assembléia Legislativa e em atendimento ainda ao previsto no art. 14 da Constituição Estadual, ou que adéqüe à governança da autarquia especial nos termos do exposto no Processo Agesc CV 741/2011, apresentado à autoridade máxima do Executivo Estadual através da Exposição de Motivos EM 002/2011, ou ainda que apresente qualquer outra solução de consenso no sentido de garantir a segurança regulatória no Estado de Santa Catarina.

3.2.2 A proposta de encaminhamento sugerida no relatório técnico

Com base nas conclusões expressas, constou de forma seqüente no relatório produzido a sugestão dos encaminhamentos decorrentes da atuação da equipe técnica, que assim foram consolidados:

Proceder a Diligência:

a) ao Procurador Geral do Estado de Santa Catarina, acerca:

a.1) Da possibilidade de ser estabelecida determinação ao Governo do Estado para que, em conjunto com a agência reguladora do Estado, atualmente representada pela Agesc, no prazo de 6 (seis) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, reveja o contrato de concessão dos serviços de gás canalizado em Santa Catarina celebrado em 28 de março de 1994 entre o Governo do Estado de Santa Catarina e a SCGás.

Nesta potencial revisão deverá ser dedicada especial atenção:

a.1.1 - ao equilíbrio econômico-financeiro (notadamente sobre a definição da taxa de retorno/remuneração do capital investido, sobre a redução da distribuição de lucro aos acionistas pela estatal e sobre a política tarifária);

a.1.2 - ao resguardo do interesse público e da retomada do efetivo poder de mando societário ao acionista controlador da estatal, atendendo ainda ao estabelecido no art. 114 da Constituição Estadual, no art. 3º, inciso IV, da Lei Federal n. 9074/95, e no art. 421 do Código Civil Brasileiro e,

a.1.3 - a revisão do prazo de concessão – excessivamente extenso (50 anos) e inadequado às determinações da Lei Federal n. 8987/95 sobre o tema e que o limita a 30 anos, (sendo que, em caso de efetivada a determinação supra, o Governo do Estado deverá encaminhar a este Tribunal de Contas a proposta do novo contrato de concessão, para a devida avaliação de seu teor e a verificação do atendimento do mesmo às determinações emanadas do órgão de controle;

a.2) Da possibilidade de ser estabelecida determinação ao Governo do Estado para que, no prazo de 6 (seis) meses, nos termos do previsto no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, mediante a edição de projeto de lei, na forma de acordo de acionistas a ser celebrado entre os sócios da SCGás ou outro mecanismo jurídico que tenha validade legal plena, declare nulo o acordo de acionistas celebrado em 09 de novembro de 1994

entre os acionistas da SCGás, cessando seus efeitos, fazendo que se reduzam as ações preferenciais da Gaspetro e da Mitsui, restituindo-as o Capital Social correspondente, em função das irregularidades vinculadas a sua celebração.

Tal medida deverá considerar:

a.2.1 – A ausência de cumprimento do princípio da motivação, desobedecendo o Estado o previsto no art. 16, § 5º, da Constituição Estadual e o art. 2º, da Lei Federal n. 9784/99; participação de agente incapaz como preposto do Estado de Santa Catarina, descumprindo o disposto nos arts. 116 e 154 da Lei Federal n. 6404/76 e a Lei Estadual n. 9493/94;

a.2.2 – A incompetência da instância colegiada da SCGás que deliberaram pelo acordo de acionistas – Conselho de Administração da empresa – descumprindo o estabelecido nos arts. 6º, 136, inciso I e § 1º, 166, incisos I, II e IV e §§ 1º e 2º e 237 da Lei Federal n. 6404/76, infringindo a Lei Estadual n. 8999/93 e sendo os atos dos membros do referido órgão colegiado à época enquadráveis nos arts. 9º, incisos XI e XII, 10, incisos I, II, X, XI e XII e 11, incisos I e II, da Lei Federal n. 8429/92, além de ter sido verbal o acordo deliberado, o que infringe o art. 60, parágrafo único, da Lei Federal n. 8666/93, tal como detalhado no relatório de auditoria, uma vez observado que versam sobre as excessivas vantagens financeiras obtidas pelos acionistas privados da companhia de gás no intervalo de tempo ora considerado e dos dividendos que o Estado de Santa Catarina deixou de amealhar com a operação efetivada;

a.3) Da possibilidade de ser estabelecida determinação ao Governo do Estado para que o mesmo, no prazo de 02 (dois) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, indique os membros do Conselho Superior da agência, nos termos do estabelecido nos arts. 6º e 20, da Lei Estadual n. 13533/05, visando seja procedida a prévia aprovação dos mesmos pela Assembléia Legislativa, em atendimento ainda ao previsto no art. 14 da Constituição Estadual, ou que adéqüe a governança da autarquia especial nos termos do exposto no Processo Agesc CV 741/2011, apresentado à autoridade máxima do executivo estadual através da Exposição de Motivos EM 002/2011, ou que apresente qualquer outra solução de consenso no sentido de garantir a segurança regulatória no Estado de Santa Catarina.

b) Ao Procurador Geral do Estado de Santa Catarina e ao Diretor Presidente da Celesc, para pronunciarem-se sobre a possível determinação futura deste Tribunal ao Governo do Estado e à Celesc Holding S.A. para que adotem providências para que em

até 6 (seis) meses e nos termos do estabelecido no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, providenciem o retorno ao Estado de Santa Catarina das 1.827.415 (um milhão, oitocentas e vinte e sete, quatrocentas e quinze) ações ordinárias de emissão da SCGás transferidas/vendidas por este à Celesc em 05 de junho de 2007, nas mesmas condições e valores originalmente transacionados – R\$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões) – atualizados monetariamente, ocasião em que a condição de sócio majoritário da companhia de gás retornará ao Estado catarinense.

c) Ao Diretor Executivo da Agesc e ao Secretário de Desenvolvimento Econômico Sustentável, para que se pronunciem a respeito do entendimento pela ilegalidade das Portarias SDE ns. 005/2000 e 008/2002 e Agesc ns. 13/2006, 22/2006, 11/2007 e 09/2008, sendo passível, ainda, de determinação à Agesc para que proceda, em 6 (seis) meses, nos termos do previsto no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, o recálculo tarifário para redefinição dos preços do gás (tarifas médias de concessão) desde o ano 2000.

d) Ao Diretor Presidente da SCGás, para que se pronuncie sobre: i) o entendimento pela ilegalidade das Portarias SDE ns. 005/2000 e 008/2002 e Agesc ns. 13/2006, 22/2006, 11/2007 e 09/2008, e, por conseguinte, pela ilegalidade da Conta Margem a Compensar – CMC – além de pronunciar-se acerca da necessidade de recálculos tarifários, tal como abordados, e pela necessidade considerando os princípios da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade, ante a compreensão de que foram os mesmos descumpridos nos casos em tela, sendo desconsiderados pela estatal as normas previstas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, no art. 74, da Constituição de Santa Catarina, nos arts. 421, 884, 885 e 2035, parágrafo único, da Lei Federal n. 10406/02, nos arts. 116, § único e 154, § 1º, da Lei Federal n. 6404/76, no art. 4º da Lei Federal n. 8987/95, e nas cláusulas décima primeira, item 11 e septuagésima nona do contrato de concessão; ii) possibilidade de se determinar à SCGás que, através de ato de suas Assembléias Gerais e em decorrência das alterações promovidas no contrato de concessão, adéque seu Estatuto Social, de forma a adaptá-lo à nova realidade contratual, considerando o art. 1º da Lei Estadual n. 8999/93.

e) Dar Ciência ao Estado de Santa Catarina, atualmente governado pelo Sr. João Raimundo Colombo, para que, assim entendendo, se manifeste.

3.3 RESULTADO DA DILIGÊNCIA

Após ter seguido o trâmite regimental, quanto aos ritos, formalidades e cumprimentos de prazos, o processo retornou à diretoria técnica, que levando em conta os apontamentos iniciais considerados no item anterior, a manifestação dos responsáveis (Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina – PGE, Agesc, Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável – SDS, SCGás e Celesc), procedeu a análise dos fatos, cotejando as situações apontadas e os argumentos e documentos trazidos em resposta. A manifestação do Procurador Geral do Estado de Santa Catarina consta no item 2 (preâmbulo) deste Relatório e, quanto ao Governo do Estado de Santa Catarina, não houve manifestação.

Como resultado da análise é lançada proposta de encaminhamento, que emite preambularmente uma série de considerações:

Considerando que a Agesc deve ser dirigida por um Conselho Superior, composto de um Conselheiro-Presidente e dois Conselheiros, sendo a instância de deliberação máxima da Agesc (art. 5º da Lei Catarinense n. 13.533/2005);

Considerando as competências do Conselho Superior definidas no art. 3º e 4º do Regimento Interno da Agesc, aprovado pelo Decreto do Governador do Estado de Santa Catarina sob o n. 3.798/2005;

Considerando que, de acordo com o art. 6º da Lei Catarinense n. 13.533/2005, o Conselheiro-Presidente e os demais Conselheiros devem ser nomeados pelo Governador do Estado de Santa Catarina;

Considerando os demais argumentos apresentados no Relatório DCE n. 491/2011 (fl. 973-988);

Considerando que foi dado o Contraditório e a Ampla Defesa ao Estado de Santa Catarina - Poder Executivo - e à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

Na seqüência é firmada a sugestão de encaminhamento em si que resta assim consignada:

Deve ser recomendado ao Governo do Estado de Santa Catarina para que indique os membros do Conselho Superior da agência, visando seja procedida a prévia aprovação deles pela Assembléia Legislativa, em atendimento ainda ao previsto no art. 14 da Constituição Estadual, ou que adéqüe a governança da autarquia especial nos termos do exposto no Processo Agesc CV 741/2011, apresentado à autoridade máxima do executivo estadual através da Exposição de Motivos EM 002/2011, ou que apresente

qualquer outra solução de consenso no sentido de garantir a segurança regulatória no Estado de Santa Catarina.

Embora a Instrução tenha trazido pela determinação ao Governador, considerando o bom desempenho da atual diretoria executiva da Agesc que, por vezes, negou reajustes tarifárias à SCGás⁵⁶, atuando em conformidade com o Princípio da Modicidade Tarifária, a determinação foi substituída por recomendação, devendo, sua efetivação, ficar a critério do Poder Discricionário do Governador do Estado de Santa Catarina.

Já a conclusão do relatório após a análise das manifestações em atendimento as diligências, foi expresso com encaminhamento de sugestão de decisão por parte do Tribunal Pleno, com tramite anterior junto ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e ao gabinete do relator.

A proposta em suma foi assim firmada:

Alteração do Contrato de Concessão

Considerando que os acionistas da SCGás aportaram R\$ 31,6 milhões na empresa mas já receberam a excessiva quantia de R\$ 263 milhões em dividendos até maio/2011, o que acabou não sendo uma remuneração justa do capital;

Considerando que os consumidores de gás natural são os grandes financiadores da SCGás, tendo em vista que já aportaram R\$ 4,013 bilhões na empresa até junho/2011;

Considerando que o Contrato de Concessão, no item 6 do Anexo I, insere Taxa de Remuneração e Taxa de Remuneração dos Serviços no Custo de Capital e Custo Operacional, respectivamente, como se fossem os acionistas da SCGás que bancassem tais custos;

Considerando a excessiva Taxa de Remuneração e de Remuneração dos Serviços estabelecida no Contrato de Concessão, de 20% a.a.;

Considerando que o correto é a Taxa de Remuneração considerar somente o aporte de capital realizados pelos acionistas da SCGás;

Considerando que em virtude dessa incongruência, a tarifa de gás natural tornou-se maior, infringindo o Princípio da Modicidade Tarifária, bem como houve menos investimentos da Concessionária, ocasionando que menos consumidores tiveram acesso à rede de gás natural, infringindo o Princípio da Universalidade do Serviço Público;

Considerando que a tarifa elevada prejudica o desenvolvimento de toda a cadeia produtiva envolvida bem como contribui para o aumento da inflação;

Considerando que a Cláusula Décima Quarta do Contrato de Concessão dá poderes exclusivos à SCGás de só realizar investimentos que apontarem taxas de retorno mínimas de 20% a.a., como se os recursos fossem advindos dos acionistas, o que é uma distorção, pois os recursos são advindos dos consumidores de gás natural, não se devendo haver limitações dos investimentos considerando uma taxa de retorno tão alta como de 20% a.a.;

Considerando os Princípios da Supremacia do Interesse Público, da Indisponibilidade do Interesse Público, da Razoabilidade e da Proporcionalidade;

⁵⁶ Informações disponíveis no *site* da Agesc: <http://www.agesc.sc.gov.br/>.

Considerando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor dos consumidores de gás natural;

Considerando que o Contrato de Concessão está beneficiando de modo excessivo os acionistas da SCGás, em detrimento de toda a população catarinense;

Considerando os demais argumentos trazidos neste Relatório (DCE n. 95/2012) e no Relatório DCE n. 491/2011;

Considerando que será respeitado o direito adquirido, tendo em vista que o saldo existente no custo de capital e no custo operacional, na data da alteração do Contrato de Concessão, permanecerá com as regras originalmente estipuladas;

Considerando que foi dado o Contraditório e a Ampla Defesa à SCGás, ao Estado de Santa Catarina - Poder Executivo - e à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina,

- Assinar prazo ao Governo do Estado de Santa Catarina para que, em conjunto com a agência reguladora do Estado, atualmente representada pela Agesc, no prazo máximo de 6 (seis) meses, altere o contrato de concessão dos serviços de gás canalizado em Santa Catarina celebrado em 28 de março de 1994 entre o Governo do Estado de Santa Catarina e a SCGás, em conformidade com os Relatórios n. 491/2011 e n. 95/2012, apresentando comprovação a este Tribunal 30 (trinta) dias após essa alteração;
- Assinar prazo à SCGÁS para que, em 30 (trinta) dias após a alteração do contrato de concessão, adéque o seu Estatuto Social a esse contrato, considerando o art. 1º da Lei Estadual n. 8999/93, apresentando comprovação a este Tribunal 30 (trinta) dias após essa adequação (conforme o item 2.1 deste Relatório).

Recálculo tarifário

Considerando que a SCGás interpretou o Contrato de Concessão de modo a aumentar, indevidamente, a Tarifa Média Máxima de Concessão - TM;

Considerando que a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Integração ao Mercosul - SDE - homologou a TM referente ao ano 2000 através da Portaria SDE n. 005/00, revogando-a através da Portaria SDE n. 008/2002;

Considerando que a SDE homologou a TM dos anos de 2001 e 2002 através da Portaria SDE n. 008/2002, criando, ainda, através dessa, a Conta de Margem a Compensar - CMC - e aprovando os seus valores para os anos de 2001 e 2002;

Considerando que o Governador do Estado de Santa Catarina, através do Decreto n. 2.069/2009, declarou nula a Portaria SDE n. 008/2002 ante a ausência de competência do Secretário da SDE para a expedição de portarias relacionadas ao contrato de concessão, que alterações contratuais devem obedecer à forma prescrita em lei e ao contido no processo PPGE n. 612/090;

Considerando que a Agência Reguladora dos Serviços Públicos de Santa Catarina - Agesc - homologou as TMs relativas aos anos de 2003 a 2005 e valores da CMC de 2002 a 2004 (Portaria Agesc n. 13/2006), TM de 2006 e valor da CMC de 2005 (Portaria Agesc n. 22/2006), TM de 2007 e valor da CMC de 2006 (Portaria Agesc n. 11/2007), TM de 2008 e valor da CMC de 2007 (Portaria Agesc n. 09/2008);

Considerando que a Agesc anulou as Portarias ns. 13/2006, 22/2006, 11/2007 e 09/2008 ante o Decreto 2.069/2009, o Contrato de Concessão e o Parecer n. 612/090;

Considerando que a SDE e a Agesc homologaram as TMs sem efetuar uma análise crítica dos cálculos efetuados pela SCGás, tendo em vista a inexistência de memória de cálculo das depreciações e ausência de dados analíticos a respeito da origem dos valores lançados como ajustes nos Custos Operacionais;

Considerando os Princípios da Supremacia do Interesse Público, da Indisponibilidade do Interesse Público, da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Modicidade Tarifária e da Legalidade;

Considerando os demais argumentos trazidos neste Relatório (DCE n. 95/2012) e no Relatório DCE n. 491/2011;

Considerando que foi dado contraditório e ampla defesa à SCGás, à Agesc, à Secretaria de Desenvolvimento Econômico Sustentável e ao Estado de Santa Catarina - Poder Executivo,

- Assinar prazo à Agesc para que proceda, em 06 (seis) meses, o recálculo tarifário - TM -, referente à SCGás, desde o ano 2000;
- Após efetuar o recálculo tarifário, a Agesc deve apresentá-lo à SCGás, em obediência ao Contraditório e a Ampla Defesa, para que, em 03 (três) meses, possa se manifestar;
- Após a manifestação da SCGás, a Agesc terá mais 03 (três) para analisar essa manifestação e, assim, efetuar o pronunciamento final sobre a TM desde o ano 2000, apresentando comprovação a este Tribunal 30 (trinta) dias após esse pronunciamento.

Anulação do Acordo de Acionistas

Considerando que o Relatório DCE n. 491/2011 traz irregularidades referentes à alteração acionária ocorrida em 29 de julho de 1994, tais sejam: i) Ausência de cumprimento do princípio da motivação, desobedecendo o Estado o previsto no art. 16, § 5º, da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989; ii) Participação de agente incapaz como preposto do Estado de Santa Catarina, descumprindo o disposto nos arts. 116 e 154 da Lei Federal n. 6404/76 e a Lei Estadual n. 9493/1994; iii) Acordo celebrado verbalmente, o que infringe o art. 60, parágrafo único, da Lei Federal n. 8666/1993; iv) Incompetência da instância colegiada da SCGás que deliberaram pelo Acordo de Acionistas – Conselho de Administração da empresa – descumprindo o estabelecido nos arts. 6º, 136, inciso I e § 1º, 166, incisos I, II e IV e §§ 1º e 2º e 237 da Lei Federal n. 6404/76 e infringindo a Lei Estadual n. 8999/93.

Considerando que, por uma irrisória quantia de R\$ 32.084,44 (trinta e dois mil, oitenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos) o Estado de Santa Catarina - agora representado pela Celesc - teve a sua participação acionária reduzida na SCGás de 34% para 17%, ferindo-se o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público;

Considerando que a recomposição da participação acionária ao *status quo* anterior ao Acordo de Acionista não irá causar prejuízo a nenhum acionista, pois os acionistas que tiverem suas participações reduzidas serão restituídos, inclusive, por valor superior ao que aportaram na companhia, devido o capital ter sido majorado por Lucros Acumulados,

- Assinar prazo de 06 (seis) meses para que o Governo do Estado, nos termos do previsto no art. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XII, da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15/12/00, observando o princípio do contraditório e da ampla defesa, execute ações no sentido de ser declarado nulo o acordo de acionistas celebrado em 09 de novembro de 1994 entre os acionistas da SCGás, cessando seus efeitos.

Venda à Celesc das ações que o Estado detinha da SCGás

Considerando ausência de motivação para a venda das ações à Celesc que o Estado de Santa Catarina detinha da SCGás, em desconformidade com o art. 16, § 5º, da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989;

Considerando que as atividades de distribuição de energia elétrica e de distribuição de gás natural, como podem ser concorrentes entre si, pelo fato de ambas serem matrizes energéticas, geram conflitos de interesse entre os acionistas da Celesc e da SCGás, conforme o art. 115, § 1º e o art. 156 da Lei n. 6.404/1976;

Considerando que a representação do Estado de Santa Catarina na SCGás, através da Celesc, não atende ao interesse público, tendo em vista a busca incessante das Centrais Elétricas de Santa Catarina pelo lucro - agravando-se

pelo fato de ter suas ações negociadas em bolsa de valores -, em afronta ao Princípio da Modicidade Tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/1995), da Função Social da Empresa (art. 154, *caput*, da Lei n. 6.404/1976 e art. 2.035, parágrafo único, da Lei n. 10.406/2002) e em detrimento dos consumidores de gás natural, como se verificou nas aprovações, pela Celesc, das distribuições totais dos dividendos da SCGás no período de 2008 a 2011, num total de R\$ 248 milhões, valor que poderia ser menor se fosse distribuído apenas 25% do lucro - valor mínimo obrigatório definido no art. 17, § 1º, I, da Lei n. 6.404/1976 - e a diferença ser utilizada para reduzir a tarifa do gás natural, considerando que os acionistas da SCGás aportaram, somente, R\$ 31,6 milhões na estatal;

Considerando os demais argumentos trazidos no Relatório DCE n. 491/2011 e neste Relatório (DCE n. 95/2012);

Considerando que foi dado o Contraditório e a Ampla Defesa ao Governo do Estado de Santa Catarina, à Celesc e à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina,

- Assinar prazo de 06 (seis) meses ao Governo do Estado e à Celesc para que adotem providências no sentido do retorno ao Estado de Santa Catarina das 1.827.415 (um milhão, oitocentas e vinte e sete mil e quatrocentas e quinze) ações ordinárias de emissão da SCGás transferidas/vendidas por este à Celesc em 05 de junho de 2007, nas mesmas condições e valores originalmente transacionados – R\$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões) – atualizados monetariamente, comprovando o cumprimento dessa decisão em 30 (trinta) dias a este Tribunal.

Agesc

Considerando que a Agesc deve ser dirigida por um Conselho Superior, composto de um Conselheiro-Presidente e dois Conselheiros, sendo a instância de deliberação máxima da Agesc (art. 5º da Lei Catarinense n. 13.533/2005);

Considerando as competências do Conselho Superior, definidas no art. 3º e 4º do Regimento Interno da Agesc, aprovado pelo Decreto do Governador do Estado de Santa Catarina sob o n. 3.798/2005;

Considerando que, de acordo com o art. 6º da Lei Catarinense n. 13.533/2005, o Conselheiro-Presidente e os demais Conselheiros devem ser nomeados pelo Governador do Estado de Santa Catarina;

Considerando os demais argumentos apresentados no Relatório DCE n. 491/2011 e neste Relatório (DCE n. 95/2012);

Considerando que foi dado o Contraditório e a Ampla Defesa ao Estado de Santa Catarina - Poder Executivo - e à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina,

- Recomendar ao Governo do Estado de Santa Catarina para que indique os membros do Conselho Superior da Agesc, visando seja procedida a prévia aprovação deles pela Assembléia Legislativa, em atendimento ainda ao previsto no art. 14 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, ou que adéque a governança da autarquia especial nos termos do exposto no Processo Agesc CV 741/2011, apresentado à autoridade máxima do executivo estadual através da Exposição de Motivos EM 002/2011, ou que apresente qualquer outra solução de consenso no sentido de garantir a segurança regulatória no Estado de Santa Catarina.

O relator do processo RLA 11/00379107, Conselheiro Salomão Ribas Junior, apresentou voto que submetido ao Tribunal Pleno do TCE, na sessão de 19/12/2012 – Decisão nº 6.188/2012, publicada no Diário oficial Eletrônico da Corte de Contas em 14/02/2013, encontrou guarida, estabelecendo em linhas gerais o que segue:

6.1. Conhecer do Relatório de Auditoria realizada na Companhia de Gás de Santa Catarina - SCGás, que teve por objetivo esclarecer aspectos relevantes destacados no Relatório DCE n. 117/2011 e Parecer Prévio (I.I 17 e II. 4) - PCG 2010.

6.2. Assinar prazo de, no máximo 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da publicação desta Decisão no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal de Contas, ao Governo do Estado de Santa Catarina, em conjunto com a agência reguladora do Estado, atualmente representada pela Agesc, altere o contrato de concessão dos serviços de gás canalizado em Santa Catarina, celebrado em 28 de março de 1994 entre o Governo do Estado de Santa Catarina e a SCGás, em conformidade com os Relatórios ns. 491/2011 e 95/2012, apresentando comprovação a este Tribunal 30 (trinta) dias após essa alteração (conforme o item 2.1 do Relatório de Instrução DCE/Insp.3/Div.7 n. 95/2012);

6.3. Assinar prazo à SCGÁS, para que, em 30 (trinta) dias após a alteração do contrato de concessão, proceda à adequação do seu Estatuto Social a esse contrato, considerando o art. 1º da Lei (estadual) n. 8999/93, apresentando comprovação a este Tribunal 30 (trinta) dias após essa adequação (conforme o item 2.1 do Relatório DCE).

6.4. Assinar prazo à Agesc para que proceda, em 180 (cento e oitenta) dias, o recálculo tarifário - TM, referente à SCGás, desde o ano 2000, (conforme o item 2.1 do Relatório DCE).

6.4.1. Após efetuar o recálculo tarifário, a Agesc deve apresentá-lo à SCGás, em obediência ao contraditório e a ampla defesa, para que, em 03 (três) meses, possa se manifestar; e

6.4.2. Após a manifestação da SCGás, a Agesc terá mais 03 (três) para analisar essa manifestação e, assim, efetuar o pronunciamento final sobre a TM desde o ano 2000, apresentando comprovação a este Tribunal 30 (trinta) dias após esse pronunciamento.

6.5. Assinar prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da publicação desta Decisão no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal de Contas, ao Governo do Estado, nos termos do previsto nos arts. 59, inciso IX, da Constituição Estadual e 1º, inciso XII, da Lei Complementar (estadual) n. 202, de 15/12/00, observando o princípio do contraditório e da ampla defesa, para que execute ações no sentido de ser declarado nulo o acordo de acionistas celebrado em 09 de novembro de 1994 entre os acionistas da SCGás, cessando seus efeitos (conforme o item 2.2 do Relatório DCE).

6.6. Assinar prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da publicação desta Decisão no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal de Contas, ao Governo do Estado e à Celesc para que adotem providências no sentido do retorno ao Estado de Santa Catarina das 1.827.415 (um milhão, oitocentas e vinte e sete mil e quatrocentas e quinze) ações ordinárias de emissão da SCGás transferidas/vendidas por este à Celesc em 05 de junho de 2007, nas mesmas condições e valores originalmente transacionados, R\$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões), atualizados monetariamente, comprovando o cumprimento dessa Decisão em 30 (trinta) dias a este Tribunal (item 2.3 do Relatório DCE).

6.7. Recomendar ao Governo do Estado de Santa Catarina que indique os membros do Conselho Superior da Agesc, visando ser procedida a prévia aprovação deles pela Assembléia Legislativa, em atendimento, ainda, ao previsto no art. 14 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, ou que adeque a governança da autarquia especial nos termos do exposto no Processo Agesc CV 741/2011, apresentado à autoridade máxima do executivo estadual através da Exposição de Motivos EM 002/2011, ou que apresente qualquer outra solução de consenso no sentido de garantir a segurança regulatória no Estado de Santa Catarina (conforme o item 2.4 do Relatório DCE).

6.8. Dar ciência desta Decisão, do Relatório e Voto do Relator que a fundamentam, aos Srs. Deputado Gelson Merísio - Presidente da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, Raimundo Colombo - Governador do Estado

de Santa Catarina, Antônio Marcos Gavazzoni - Presidente da CELESC Holding, Cosme Polese - Presidente da Companhia de Gás de Santa Catarina - SCGás, e Francisco Cardoso de Camargo Filho - Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos de SC - Agesc.

Passo seguinte o *decisum* prolatado foi alvo de Recursos, materializados nos processos:

Quadro 4 – Resumo dos Recursos impetrados contra a decisão prolatada

| Processo | Proponente | Situação |
|----------------|--------------------|--|
| REC13/00128663 | Gaspetro/Petrobrás | Recurso de Reexame – Apensado ao REC 13/00132342, requer nulidade da decisão, com declaração de regularidade da concessão sem aplicação de nenhum dos encaminhamentos propostos |
| REC13/00132261 | CELESC S. A. | Recurso de Reexame – Apensado ao REC 13/00132342, requer nulidade da decisão, com relação à irregularidade na transação realizada com o Governo de SC para compra das ações da SCGás |
| REC13/00132342 | SCGás | Recurso de Reexame, requer nulidade da decisão, com declaração de regularidade da concessão sem nenhuma aplicação dos encaminhamentos propostos |

Fonte: site do TCE/SC / processos: <<http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php>>

Os processos de recursos estão em trâmite no TCE/SC e pelo efeito suspensivo que provocam, obstam a fruição dos prazos estabelecidos na Decisão nº 6.188/2012. Assim por ora ficam em suspenso os procedimentos decorrentes da auditoria realizada. Tão logo ocorra a decisão das peças recursais demandadas, e sendo favorável a permanência do julgado, restabelece-se a contagem dos prazos estabelecidos.

Caso alguns dos itens preconizados na decisão seja alterado/extirpado, adéqua-se a situação a esta nova perspectiva, se por fim for acolhida a proposição de improcedência do julgado, perdem a validade as determinações e prazos estabelecidos.

Assim, no momento presente está o deslinde da situação condicionado ao julgamento dos recursos de reexame apresentados junto à corte catarinense.

3.4 REPERCUSSÕES NA MIDIA E NOS DIFERENTES AGENTES

Independente do encaminhamento a ser estabelecido, após o julgamento dos recursos de reexame anteriormente citados, não foi em vão a tarefa empreendida pela equipe de auditoria. O volume de recursos envolvidos, a potencial possibilidade de reflexo nas tarifas, o clareamento do interesse público/social prejudicado em face da

farta de distribuição de lucros a particulares, ou mesmo na transferência de patrimônio público a iniciativa privada, se constituíram em fatores de ampla divulgação na imprensa em geral.

O episódio suscitado pela atuação do TCE motivou a realização de matérias jornalísticas em diferentes veículos: rádio, jornais impressos, televisão, sites de notícias, etc., em diferentes momentos, e em alguns com destaque, como no caso de chamada de capa em jornal impresso com matéria descrita em farto espaço da edição dominical.

Também os agentes envolvidos, instados a se pronunciar pelos veículos de imprensa, ou mesmo por iniciativa própria vieram a público se manifestar, incluindo as entidades representativas dos segmentos de consumidores do gás natural.

No âmbito do controle externo também ocorreu repercussão, tendo ocorrido conatos informais de outras cores para se inteirar dos fatos e do procedimento adotado.

A própria empresa concessionária, a SCGás, adotou com referência ao resultado apurado no exercício de 2012, uma guinada de procedimentos, eis que promoveu a distribuição restrita de parcela do lucro auferido, revertendo situação anterior, limitou-se a distribuir a seus sócios a parcela mínima legal instituída de 25%, carreando o remanescente para garantir investimentos em expansão e melhoria da rede de distribuição de gás natural em solo catarinense⁵⁷.

⁵⁷ Matéria publicada no jornal Diário Catarinense, editoria de Economia no dia 20/06/2013 – pag. 21

4 CONCLUSÃO

À luz da pesquisa efetuada, na busca de sedimentação teórica, exploradora e reveladora, canal de atingimento de um aprimoramento no conhecimento do controle externo brasileiro foi à base inicial para o desenvolvimento do presente trabalho.

Tal contextualização permitiu a apropriação de conhecimentos, impressões e teorias, vivenciadas ou compiladas por diferentes autores em diferentes momentos históricos.

Fica claro como resultante desta busca que há necessidade, e mesmo imprescindibilidade, de atuação de órgãos e estruturas de controle e, em paralelo a esta constatação uma outra também consensual, a de que a atuação preconizada deve mais e mais, passo a passo, se aproximar da sociedade em geral, dos anseios do homem comum, da satisfação do interesse da coletividade que por sua vez, resulta da soma dos interesses particulares, que é, repise-se, a satisfação do interesse público e social, e assim encadeando, o exercício do *accountability* vertical, tão carente de efetividade e expansão.

Mais dos que palavras, o momento em que a sociedade brasileira vivencia nesta transição de outono/inverno de 2013, em que desperta e vai às ruas propondo e exigindo mudanças conjunturais e estruturais em áreas diversas, que impactam o dia a dia de toda a coletividade.

A manifestação latente das massivas e proeminentes manifestações exprime e clama por renegar o exercício da política desvirtuada, vinculada a políticos que se perpetuam com transmissão de cargos e prestígio “de pai para filho” mantém um “eleitorado cativo”.

Assim torna-se inexorável que a atuação das cortes de contas volte-se para atender tais demandas que afirmam a satisfação dos interesses coletivos, de origem variada e constituição difusa, porém inegavelmente merecedores de atendimento.

O despertar em sua forma de atuação, sem desprezar o viés de cumprimento de normas, regulamentos e leis, expresso em percentuais, números e proporções, é providência urgente e irreversível, e sua negação conduz de forma convicta a seu esgotamento e justificação para existir. Portanto, trata-se de caminho a ser percorrido sem possibilidade de retornos, desvios ou atalhos, e com aceleração de ritmo obrigatória.

Neste passo, é importante delinear que a crescente demanda por serviços e expansão de atividades, com aprimoramento na forma de sua prestação, apropriando-se da evolução técnica, tecnológica e profissional e exigindo assim sua célere incorporação ao leque de oferta a sociedade.

Surge daí não desprezível demanda, que requer cada vez mais, investimentos e otimização de recursos a serem aplicados se faça presente.

A mentalidade de atuação profissional vista como símbolo de corporações particulares proeminentes é exigida também na prestação de serviços públicos, surgindo daí a acentuação da busca de parcerias e associações entre o público e o privado.

O estabelecimento de mecanismos de controle diversos e avançados, nos quais se enquadra o alvo do presente trabalho, inclusive aplicado especificamente a concessões pública é, portanto, tema real, atual e relevante de ser abordado, em sua extensão e forma, cabendo aos órgãos reguladores e controladores atuarem ou serem provocados a assim fazê-lo.

Quanto à necessidade de condicionar, regular, fiscalizar e mais que isso, notadamente e minuciosamente cotejar e analisar a concessão pública, sob a convicção ótica de tratar-se de bem público a ser preservado, no sentido de que prestado de forma excelente, ou na busca de atingir tal conceito.

Especificamente com relação ao caso estudado, ou ainda quanto à atuação do controle externo acerca da concessão de gás natural do Estado de Santa Catarina, tem-se que ao apontar a ilegitimidade do acordo (firmado de forma espúria por agente incapaz, no ambiente e momentos indevidos) e suas repercussões perniciosas (poder de mando e participação financeira nos resultados, aviltados ao Estado), majoritariamente ao ponto de estabelecer condição marginal ao interesse público/social e, por conseguinte, em relação aos objetivos societários da própria estatal estadual concessionária, privilegiando de forma insana e canibalística a busca e repartição de resultados, sem direcionar o fruto da atividade produtiva em qualificação e expansão da atividade de serviço público, como diagnosticado.

Avançou em sua tarefa o controle externo ao contemplar no mesmo compendio a questão tarifária e os custos que impactam justamente no estabelecimento desta. Mais do que aspectos econômicos foram extraídos do ponto a proposta se insere na defesa integral, de peito aberto, do interesse público/social da relação de prestação de serviço público, incluindo necessariamente desvios de conduta com impactos reflexivos sociais e ambientais.

Como fato levantado a ser destacado, merece ser mencionado que no período de 1994 a 2010 o Estado de Santa Catarina deixou de receber dividendos da ordem de R\$ 57,7 milhões, ao mesmo passo que no geral foram destinados R\$ 374 milhões a título de dividendos aos sócios (com base na nova composição acionária decorrente do acordo de acionistas irregularmente firmado) e reservas de capital.

Também devem ser consideradas as repercussões financeiras oriundas do recálculo tarifário e da revisão contratual acerca da taxa de retorno excessiva, avençada numa época pretérita a mecanismos de regulação legal sedimentada, em que o estabelecimento dos parâmetros se amoldou à realidade da conjuntura econômico/empresarial, ficando privilegiada a situação da concessão do serviço público em tela, sob o olhar da participação privada, eis que o retorno previsto foi fixado em nível muito elevado em relação à realidade de mercado.

Preconiza a abordagem estudada, o caráter educativo (acompanhamento concomitante, medidas corretivas, prazos para correção ou formulação de novos instrumentos, etc.), ao invés do punitivo, como vertente primordial, ou mesmo sua espinha dorsal/linha mestra.

Assim, embora não possa ser diagnosticado que a análise da legalidade esteja de toda forma afastada, contudo, preponderam nas análises à efetividade, que aliada à legitimidade e à economicidade, se traduz em modelo que, embora não rotulado de perfeito ou acabado, mas sem sombra de dúvida evoluído e iluminador, merece crédito quanto a nova trilha ser perseguida, alargada e convenientemente estruturada para prover os resultados ansiados pela sociedade, e importante, posto que considera precipuamente a busca pelo atendimento ao interesse público/social, com a inserção das questões ambiental e da sustentabilidade.

Inegável, igualmente, a constatação aflorada quanto ao acompanhamento dos trâmites do processo na Corte de Contas, e a necessidade de se aperfeiçoarem os ritos que desacelerem o fluxo do mesmo pelas diferentes instâncias e hierarquias administrativas instituídas.

Tal estado de coisas, pode se tornar sim óbice que tolhe de forma representativa a boa consecução da efetividade dos procedimentos propostos justamente para readequar procedimentos, comandos e mesmo omissões detectadas e que clamam por ação intercessora corretiva.

Importante frisar que esta impressão diagnosticada decorreu de fato acessória a análise do caso em si, porém como necessariamente se certificou das etapas

executadas e sua cronologia de andamento, de pronto se detecta a necessidade de maior fluidez processual.

De tudo o que foi até aqui sobejado, resta à convicção da validade, da efetividade e da pertinência da proposta executada.

A atenção midiática despertada, a provocação de demandas até mesmo no judiciário, a prática de procedimentos diferenciados, contidos e restritivos à distribuição de resultados, já neste momento refletem uma mudança de paradigma, e mais, que isso o desperta o interesse da sociedade e do segmento empresarial envolvido, seja como investidor, ou seja, como usuário dos insumos disponibilizados.

Tais constatações são mais do que sinalizadores, da adequabilidade do novo modelo de atuação, e se revelam em verdadeiras “carta de fiança”, abonadoras da necessidade de sua adoção, e da melhoria contínua da prática executada.

Ao contemplar esta nova vertente de abordagem, privilegiando aspectos específicos, de maior complexidade e com especificidades não habituais ou corriqueiramente até então seguidas, cinge-se o controle externo de iniciativa de vanguarda, abrindo trincheiras, na perspectiva de que com a intensificação do fluxo no trilho preconizado, possam multiplicar, inicialmente no âmbito do TCE/SC, com perspectiva de expansão a seus pares de controle externo, no âmbito ações exitosas que assegurem ao controle externo o reconhecimento de efetividade por parte dos agentes sociais e do próprio conjunto de cidadãos.

A confirmação de que a iniciativa encontra ressonância, e se aquilata como necessária é detectada, por exemplo, no recente deflagrado processo de planejamento estratégico do Tribunal de Contas de Santa Catarina, onde uma das etapas previa a sugestão de iniciativas de atuação que permitissem sedimentar o avanço da Corte, em várias frentes, entre elas a do aperfeiçoamento de controle.

Pois bem, uma das iniciativas contempladas pelo grupo responsável e referendadas pelo corpo diretivo versou exatamente sobre questão relacionada à abordagem tratada no presente estudo de caso.

A iniciativa proposta foi a de estabelecer “Metodologia de Análise das Empresas Estatais”, que visa contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública, notadamente das empresas estatais catarinenses – estaduais e municipais – e atendendo à reivindicação popular no sentido de que as atividades daquelas sejam efetivas, eficazes e eficientes, entendendo como essencial que o TCE/SC expanda suas atividades de controle, deixando de observar apenas aspectos meramente legais e formais em sua

ação, como atualmente predomina, e considere a análise de fiscalização e controle sob a ótica da substancialidade, observando em sua integralidade o cumprimento pelos jurisdicionados aos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, tal como disposto no art. 70 da CF.

É necessário levar em conta que o tema ganha relevância quando se trata do setor de empresas estatais, seja por seu regime jurídico próprio, por sua significativa importância na composição da receita pública do Estado e dos municípios, e realização das respectivas despesas – especialmente em investimentos e gastos de capital – ou ainda porque suas atividades e projetos permeiam diretamente o conceito de interesse público, pois que os bens e serviços que fornecem são, em regra, de uso compulsório da população.

Para a implantação do novo modelo de controle externo proposto, testado na prática, e de forma exitosa, na auditoria alvo do presente estudo de caso, todavia, é necessário o estabelecimento de uma nova metodologia de análise, (seguindo a trilha pioneira avançada), que deverá ser discutida e disseminada entre o coletivo de agentes mais diretamente envolvidos na ação de controle referido, observando e debatendo conceitos e princípios que norteiam o denominado controle integral/substancial, assim como sua aplicabilidade potencial, questões que serão objeto da presente iniciativa.

A pertinência do tema estatais traz em seu bojo também a contemplação da atuação junto a concessões públicas e assemelhados, eis que a disponibilização do fornecimento de água e esgoto, energia elétrica, e gás natural, no caso catarinense, se dão por meio de estatais concessionárias de serviços públicos.

Assim, tem-se como métrica derradeira que, de fato, houve atendimento à proposta delineada no escopo do presente estudo de caso, eis que a abordagem foi iniciada por referencial teórico atinente aos agentes e situações nele contemplados, haja vista versar sobre a concessão de serviço público – fornecimento de gás natural – em abordagem planejada, executada e relatada por estrutura técnica interna do Tribunal de Contas de Santa Catarina.

Em que pese à decisão dali originária não restar de todo consolidada, estando na fase de contestação pelos agentes envolvidos, já é sensível a repercussão da atuação do órgão de controle externo, com as consequências práticas já trazidas anteriormente.

De minha parte me dou por satisfeito e convencido de que o desafio proposto foi vencido, se não de forma brilhante, mas suficiente a oferecer os elementos

e requisitos propostos, como essências de serem contemplados e refletivos da carga teórica ministrada largamente de forma presencial, por diferentes mestres.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz de. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Coord.). **O interesse público**. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1962. Cap. 17.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 jun. 2013.

_____. **Lei Federal nº 6404**, de 25 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em 15 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 354897/RS**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767670/recurso-extraordinario-re-354897-rs-stf>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO Filho. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Rodrigo Batista. Eficácia, Eficiência e Efetividade na Administração Pública. In: 30º encontro da ANPAD, 2006, Salvador. **Anais eletrônicos...** Salvador: ANPAD, 2006. Disponível em <www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-1840.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2013.

ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depaime, 1989.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. **Revista Internacional Direito e Cidadania**. n. 6, fev. 2010 a jun. 2010. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>> . Acesso em: 5 jun. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 9, jan./mar. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Temas de direito administrativo e tributário**. Fortaleza: UFC, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 33, jan./mar. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MICHEL, Maria H. **Metodologia e pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 2001.

ROCHA Arlindo Carvalho; QUINTIERE Marcelo de Miranda Ribeiro. **Auditoria governamental**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar Estadual nº 202, de 15 de dezembro de 2000**. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e dá outras providências. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. Tribunal de Contas. **Processo RLA 11/00379107**. Relatório de Auditoria nº 491/2011, de 1 dez. 2011, 137 fls.

_____. Tribunal de Contas. **Processo RLA 11/00379107**. Relatório de Auditoria nº 095/2012, de 5 fev. 2012, 115 fls.

SANTOS, Aline L.; CRUZ, João Benjamin. **Repensando as organizações**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Edna L.; MENEZES, Estela M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 3. ed. Florianópolis: UFSC/PPGEP/LED, 2001.

SILVA, Sidnei. **Ampliação da extensão do controle externo sobre empresas estatais**. Florianópolis: UFSC/CSE/PPGA, 2012.

SOUZA, Alfredo José de. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

WALD, Arnold. **O direito da parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZYMLER, Benjamim. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.