

Consórcios públicos: novos contornos do controle dos Tribunais de Contas sobre a gestão associada de serviços públicos¹

Frederico Jorge Gouveia de Melo*

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o federalismo e sobre a gestão associada de serviços públicos realizada mediante os consórcios públicos constituídos na forma estabelecida pela Lei n.º 11.107/2005. O texto apresenta um panorama do federalismo no Brasil (surgimento, natureza e conformação), com enfoque especial na cooperação intergovernamental. Também retrata diversos arranjos de gestão associada de serviços públicos, tanto no âmbito das federações, quanto nos Estados unitários, com destaque para os aspectos evolutivos, a atualidade e as respectivas perspectivas. Nesse contexto, os consórcios públicos são apresentados como um instrumento de fortalecimento da gestão associada de serviços públicos e analisados quanto à sua natureza, às suas competências e aos limites à sua atuação, a partir de uma perspectiva evolutiva de sua regulamentação e diante dos marcos constitucionais e legais de maior relevo. Por fim, faz-se uma breve análise dos novos contornos das atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas brasileiros, não somente diante das especificidades das normas regulamentadoras dos consórcios públicos, mas, em especial, com relação à efetividade de suas ações e ao atendimento aos melhores interesses públicos.

Palavras-chave: Federalismo. Consórcios públicos. Tribunais de Contas.

¹ O tema ora apresentado foi desenvolvido a partir de estudo patrocinado pelo Tribunal de Contas do Estado e pela Escola de Contas Prof. Barreto Guimarães nos termos do Edital n.º 1/2010, da ECPBG.

* Frederico Jorge Gouveia de Melo é Auditor das Contas Públicas, graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE, especialista em Direito Administrativo e Constitucional; e em Contabilidade e Controladoria Governamental, ambos pela Universidade Federal de Pernambuco, onde, também, obteve o título de Mestre em Gestão Pública. Doutorando em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: fred@tce.pe.gov.br

1 INTRODUÇÃO

O exame das várias formas de organização política no âmbito de cada Estado revela uma dicotomia protagonizada, de um lado, pela centralização, e, de outro, pela repartição de competências e atribuições entre os diversos centros de poder político.

Pode-se afirmar que, ao longo do tempo, fortes pressões sociais e políticas determinaram uma variação na configuração organizacional do Estado, num permanente processo de transformação, qualquer que seja ele.

A forma unitária de Estado é um modelo de organização política centralizado, formado por uma única esfera de poder incidente sobre um determinado território. Isso não significa, no entanto, que não haja margem de descentralização² de competências para entes locais e regionais no âmbito do Estado unitário. Pelo contrário, são diversos os arranjos institucionais existentes³.

A federação, por sua vez, é caracterizada pela coexistência no mesmo ambiente territorial de várias organizações políticas detentoras de competências próprias garantidas pela Constituição, as quais não podem ser abolidas ou mitigadas unilateralmente pelo poder central. Cada ente político é simultaneamente dotado de autonomia e interdependente relativamente aos demais componentes do Estado federal. Somente a este último, no entanto, é reconhecida a soberania, poder que não encontra condição e que se sobrepõe às autonomias dos entes federados⁴, no âmbito interno, e identifica o Estado no âmbito internacional.

O modelo federativo de Estado é, pois, assentado numa estrutura de superposição do poder político central sobre os locais⁵ e na participação, viabilizada pela integração jurídico-política da Constituição federal (MIRANDA, 2004, p. 286-287).

Inexiste, porém, uma modelagem única, específica e definitiva de Estado federal,⁶ visto que cada organização decorre de um processo histórico particular e da conformação de influências sociopolíticas específicas, fatores que determinam a extensão da autonomia dos entes federados. Há Federações, no entanto, que apresentam a maior parte das mencionadas características, mas não a sua totalidade.

2 Cf. Sousa e Matos (2008), a descentralização administrativa apresenta inúmeras vantagens, dentre as quais, “[...] as maiores eficiência e celeridade em abstracto da administração pública; a sua maior democraticidade, possibilitada pela proximidade das pessoas colectivas em relação aos problemas concretos a resolver; a especialização administrativa; a facilitação da participação dos interessados na gestão da administração; a limitação do poder público através da sua repartição por uma multiplicidade de pessoas colectivas [...]”.

3 Por exemplo, a França, que, embora constitucionalmente um Estado unitário, reconhece uma série de divisões e subdivisões administrativas, cujas competências foram objeto de ampliação com a recente reforma constitucional de 2003, responsável por um significativo processo de regionalização.

4 Neste sentido se manifesta Cunha (2012), para quem a efetividade do Estado Federal demanda “[...] não só o reconhecimento da autonomia de cada uma das esferas territoriais de poder, mas, também, a construção de instituições, regras, culturas e relações entre os governos de maneira a permitir formas de cooperação e coordenação federativa.”

5 Note-se que o poder central resulta da composição dos poderes locais.

6 Da mesma forma ocorre no caso do Estado unitário.

Na sua gênese, o Federalismo remonta ao processo de independência das treze colônias britânicas norte-americanas, as quais, de início, reuniram-se em uma confederação de Estados independentes, para, em seguida, transformarem-se em um Estado único, fruto da união de entes, antes soberanos, num movimento centrípeto, caracterizado pela gradual migração das competências e atribuições originárias de cada um deles para o fortalecimento do poder central, conservando-se, contudo, significativas parcelas de poderes, garantindo-se, assim, uma autonomia de conteúdo notadamente alargado para cada Estado-membro.⁷

Esse federalismo dualista clássico norte-americano encontrou propício ambiente no Estado liberal, caracterizado pela reduzida intervenção estatal na economia, mormente no que se refere à atuação da União (ROVIRA, 1986, p. 353-355).

No contexto evolutivo, com a prevalência do Estado intervencionista e provedor de políticas públicas, ganha relevo a atuação dos entes federados, posto que exsurge a necessidade de harmonização da atuação estatal em âmbito nacional, impulsionando o desenvolvimento do federalismo cooperativo, no qual as diversas instâncias federais atuam juntas, o que contribui para a manutenção da descentralização da Administração Pública.

2 O FEDERALISMO NO BRASIL

A Federação como forma organizacional do Estado brasileiro ocorreu com a primeira Constituição republicana⁸ (1891), sob a inspiração do movimento de independência norte-americana de 1776, que criou o Estado federal, e da Revolução Francesa (1789), responsável pela instauração de uma nova ordem política liberal e democrática.

De modo diverso de grande parte das federações, no Brasil o federalismo decorreu de movimentos de descentralização nascidos no período imperial. Das províncias existentes no Estado unitário de então, foi criada a Federação, caracterizando o que a doutrina entende por federalismo centrífugo, em que a divisão de competências e atribuições garante a integração de cada um dos Estados-membros e a unidade do todo federal, a princípio adotando um modelo dualista (PIRES; NOGUEIRA, 2008, p. 33).

O Brasil vem experimentando uma diversidade de construções no seu modelo federativo, seja em função da alternância de períodos de regimes autoritários e de democracia ou do desequilíbrio entre os próprios Estados-membros; seja, ainda, pela predominância de orientações mais liberais ou sociais seguidas pela Federação em certos momentos.

Sob a égide da República, a tendência centrífuga do federalismo brasileiro deu origem a Estados-membros excessivamente autônomos, fato que dificultava sobremaneira a

7 Note-se que a Federação norte-americana, reconhecida como paradigma do federalismo, apesar de conceder extremados poderes aos estados-membros, não atribuiu aos municípios a condição de ente autônomo, estabelecendo, assim, uma organização dual do poder político.

8 Reconhecendo no texto constitucional previsão do Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, que adotava como forma de governo a República e a Federação como forma de Estado.

cooperação entre ambos os níveis de governo, inviabilizando, na prática, a autonomia da maioria dos entes subnacionais.

A Constituição de 1934 introduziu o federalismo cooperativo no Brasil, levando para o Texto Fundamental questões socioeconômicas e aumentando as relações intergovernamentais. Ampliou os poderes da União sem, contudo, eliminar a autonomia dos Estados-membros, possibilitando uma melhor distribuição de tributos entre os entes federados, incluindo os municípios.

Nos anos de 1980, houve uma forte tendência internacional de federalização dos Estados, através da criação de entes subnacionais ou do fortalecimento das ordens federativas de então e da descentralização política, mediante a distribuição de competências, responsabilidades e poder político-econômico⁹. No Brasil, cresceu a defesa do municipalismo em contraposição ao modelo de federalismo centralizador da época.

Em reforço a tais ideias, a Carta de 1988 apresentou uma nova configuração para o Estado brasileiro, apoiada no fortalecimento do federalismo, afastando-o ainda mais do rígido modelo dualista original de federação, mormente no que toca ao tratamento dispensado aos Municípios, reconhecidos como entes federados, nos termos dos seus artigos 1.º e 18º, dotados de autonomia político-administrativa. Segundo Miranda (2004), “[...] situação particularíssima [...], onde se articulam federalismo a nível de Estado e regionalismo político a nível de Municípios”. Além do mais, enumerou as competências de cada um dos entes da federação e definiu os critérios de repartição tributária, limitando a atuação abusiva do governo sobre os cidadãos e reconhecendo inúmeros direitos e garantias fundamentais.

A adoção desse arranjo organizacional potencializou as relações intergovernamentais no âmbito da Federação brasileira, tanto verticais como horizontais, possibilitando, assim, cooperação da União com os Estados-Membros ou com os Municípios, bem como entre Estado-Membro e Municípios, e, ainda, entre Estados-Membros apenas e Municípios entre si. Nesse contexto, caberia ao governo federal a coordenação e a integração entre os entes federados, de forma negociada, debatida, discutida e gradualmente implantada, considerando a capacidade operacional de cada ente (COSTA, 2007, p. 211-224).

Ocorreu, no entanto, uma progressiva transferência de atribuições de gestão da União para Estados e Municípios sem que lhes fossem disponibilizados os recursos suficientes para garantir a satisfação das necessidades públicas, aumentando, sensivelmente, sua dependência em relação ao poder central.

A experiência brasileira tem mostrado que há uma desigual distribuição de recursos e de capacidade operacional entre as diversas unidades federativas. Tal fato evidencia a acentuada assimetria do federalismo no país (ANASTASIA, 2007, p. 240), que muitas

⁹ Neste sentido, posiciona-se Melo (1999): “[...] dentro de uma tradição neoliberal, a idéia da descentralização, da devolução de funções e competências a entes subnacionais, equivale a uma estratégia maior de retirada de parcela do poder do Governo central. Este é o Leitmotiv da idéia da descentralização”.

vezes é agravada pela competição predatória¹⁰ entre os entes federados, aumentando a disputa por mais receitas¹¹, embora a própria Constituição de 1988 já estabeleça um sistema de repartição tributária entre os entes federados.

Com o objetivo de fortalecer as estratégias de descentralização e com vistas a atingir uma eficiência alocativa de recursos públicos, a Emenda Constitucional (EC) n.º 19/1998 introduziu na administração brasileira a noção de gestão associada de serviços públicos operacionalizada através de consórcios públicos ou convênios de cooperação (art. 241, da Constituição da República).

Tal medida veio a reforçar o federalismo cooperativo previsto na Constituição brasileira (ainda longe de ser alcançado), posto que as desigualdades financeiras, técnicas e de gestão entre os entes federados e a inexistência de instrumentos constitucionais ou institucionais que incentivassem a cooperação, até então, induziam a manutenção de um ambiente altamente competitivo.

Enfim, o federalismo brasileiro mostra potencialidades e dificuldades que apontam para um conflito entre descentralização e recentralização, sendo, nos dias atuais, tendente à convergência do controle da economia e das finanças no âmbito da União, ficando paralelamente Estados-Membros e Municípios incumbidos de relevantes encargos nas áreas sociais, principalmente no que toca à saúde e à educação (PIRES; NOGUEIRA, 2008, p. 55).

3 CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O debate envolvendo as limitações do processo de descentralização e regionalização (municipalização) de políticas públicas, decorrente das novas linhas do federalismo brasileiro traçadas pela Constituição de 1988, foi marcante no final da década de 1990.

A inexistência de um adequado arcabouço normativo e institucional para a cooperação intergovernamental na Federação brasileira determinou um fracionamento das políticas públicas no seu território e o malbarateamento de recursos públicos, numa arena onde ainda predominam as práticas políticas locais isoladas do contexto cooperativo, características do municipalismo autárquico, alheio à necessidade do compartilhamento das ações governamentais.

10 Para Abrucio (2006), a ausência da coordenação de políticas públicas pela União, causada muito em função da perda de arrecadação decorrente da repartição tributária estabelecida pela Constituição de 1988, transformou a descentralização num jogo de mero repasse de funções, intitulado, à época, de operação desmonte.

11 Apesar da preocupação de descentralizar as receitas de forma a gerar maior autonomia financeira aos entes subnacionais, os municípios mais pobres da Federação não têm condições de gerar recursos próprios suficientes para atender suas necessidades, ficando demasiadamente dependentes das transferências da União e dos Estados-membros. Estimulados pela escassez de recursos e pela autonomia fiscal, os entes federados passaram a competir entre si para tentar atrair maiores investimentos privados geradores de receitas públicas. Essa guerra fiscal, além de prejudicial aos interesses públicos, posto que, em muitos casos são feitas tantas concessões fiscais que terminam por acentuar ainda mais as deficiências econômicas dos entes federados, dificulta o relacionamento de cooperação intergovernamental.

Nada obstante, a gestão associada de serviços públicos, aos poucos, passou a constituir relevante mecanismo de efetivação de políticas públicas, mais fortemente nas áreas sociais. Essa situação foi provocada em grande parte, como já mencionado, pelas sucessivas transferências de competências da União para os Municípios e de uma austera política fiscal adotada no âmbito de toda a Federação, que fez com que tais entes procurassem modos alternativos de se financiar.

Diante desse ambiente favorável à gestão associada de serviços públicos, os consórcios surgem como forma de oferecer aos entes federados (mormente os municípios) a potencialização de ganhos de escalas, quer seja na obtenção de recursos financeiros, quer em relação aos custos dos respectivos insumos, muitas vezes inviáveis para cada município de forma isolada.

Com a expansão da atuação municipal para as mais diversas áreas da Administração Pública, ganharam vulto, também, os instrumentos de consorciamento interfederativo, mesmo antes dos novos ventos de democratização e descentralização trazidos pela Constituição de 1988¹². Com a nova Carta, revelou-se necessário garantir a autonomia dos entes federativos, não apenas sob o aspecto formal, como também materialmente, além de fomentar as relações de cooperação e a atuação conjunta.

A Lei nº 11.107/2005, diferentemente do que rezava a tradição da doutrina administrativista brasileira,¹³ concebeu o consórcio público como ente dotado de personalidade jurídica própria. Tal situação foi tendente a dar maior segurança e estabilidade às relações interfederativas, configurando o consórcio público como um instrumento incentivador do equilíbrio do pacto federativo através do compartilhamento de atuações, em contraste com o modelo predatório e não cooperativo de relações intergovernamentais vigentes naquela altura.

O consórcio público favorece uma melhor organização da Administração Pública nas suas relações de cooperação intergovernamental para a gestão de atribuições compartilhadas, permitindo um maior incremento nos meios de financiamento dos serviços públicos e um compartilhamento do poder de decisão atribuído aos entes consorciados, o que permite uma maior atenção a questões relacionadas às desigualdades na capacidade administrativa e financeira de cada um dos entes federados.

De acordo com a Lei n.º 11.107/2005, o consórcio público constituirá pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica¹⁴, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

12 Cf. Cruz (2001), as mais antigas experiências de consorciamento de Municípios tiveram lugar em São Paulo, com a criação, na década de 1960, do Consórcio de Promoção Social da Região de Bauru e, no decênio seguinte, do Consórcio de Desenvolvimento do Vale do Paraíba.

13 Principal referência durante anos no tema, Meirelles (2010) definia a figura do Consórcio Administrativo como um acordo firmado entre entidades estatais, autárquicas fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

14 Nos termos do art. 41, IV, do Código Civil, as associações públicas são espécies de autarquias.

Os consórcios públicos, tanto os regidos pelo direito público quanto pelo direito privado, integram as administrações indiretas de todos os entes da Federação consorciados e tem como objetivos, dentre outros, a gestão associada de serviços públicos, o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, a instituição e o funcionamento de escolas de governo, a proteção do meio ambiente, o gerenciamento de recursos hídricos, o intercâmbio de experiências e de informações, a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum e ações e serviços de saúde.

Os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos, cabendo a cada ente consorciado se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles.

Para atingir seus objetivos, os consórcios públicos poderão firmar convênios, contratos, acordos; receber auxílios, contribuições e subvenções; ser contratados pela administração direta ou indireta dos entes consorciados sem licitação; arrecadar tarifas e outros preços públicos e outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

O consórcio público será constituído por contrato que disciplinará as relações entre as entidades federativas consorciadas, estabelecendo direitos, obrigações e deveres que cada uma das partes terá para com o consórcio e para com as outras partes, visando à consecução das atividades de interesse comum (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 68).

A criação de empregos públicos depende de previsão do contrato de consórcio público que lhe fixe a forma e os requisitos de provimento e a sua respectiva remuneração (inclusive adicionais, gratificações e quaisquer outras parcelas remuneratórias ou indenizatórias).

Os entes da Federação consorciados poderão ceder-lhe servidores, os quais permanecerão no seu regime originário.

O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação do protocolo de intenções mediante lei. Os estatutos aprovados pela assembleia geral disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público.

Somente mediante contrato de rateio, formalizado entre cada consorciado e o consórcio público em cada exercício financeiro (com prazo de vigência limitado ao das dotações que o suportam)¹⁵, os entes consorciados entregarão recursos ao consórcio público.

A execução das receitas e despesas dos consórcios públicos deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, sujeitando-se ao controle do Tribunal de Contas.

Os agentes públicos incumbidos da gestão do consórcio não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público, mas pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

¹⁵ Exceto quando tiverem por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações inseridos no plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos, vedada a aplicação dos respectivos recursos em despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa¹⁶, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro, ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos, exceto se não acarretar qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.¹⁷

A União somente participará de consórcios públicos de que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados, podendo, no entanto, celebrar convênios com os demais consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

A Lei de Consórcios Públicos altera, ainda, a Lei n.º 8.666/1993, que trata de licitações e contratos administrativos, nas hipóteses em que esses são partes das negociações, flexibilizando limites para licitar ou dispensar tal procedimento. Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados, sendo facultado à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato.

Por fim, determina a Lei que cabe ao Poder Executivo da União sua regulamentação, o que ocorreu mediante a expedição do Decreto n.º 6.017/2007 que, dentre outros normativos, estabeleceu que a União somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma tenham se convertido. Claramente uma forma de garantir que, de conformidade com o projeto de lei original, somente os consórcios de natureza autárquica sejam instituídos pelos entes brasileiros.

4 ASPECTOS CONTROVERSOS DA REGULAMENTAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Algumas questões controversas que respeitam à regulamentação dos consórcios públicos desfavorecem uma maior ocorrência da atuação cooperada, principalmente no âmbito dos municípios, em especial no Estado de Pernambuco.

A primeira delas versa sobre a sua natureza jurídica, se de direito público ou privado; pertencente ou não à administração indireta de cada ente consorciado; se constituída sob a forma de autarquia ou associação civil.¹⁸

16 O contrato de programa deverá atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

A lei veda expressamente a inclusão de cláusula, no contrato de programa, que atribua ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (art.13, §3º), entendendo, assim, que o poder concedente deve fiscalizar o serviço prestado com o objetivo de garantir sua qualidade, visto que continua a ser seu titular.

17 É por meio do contrato de programa que são realizadas, com maior segurança jurídica, as prestações de serviços públicos mediante a gestão associada, posto que ele estabelece as obrigações de caráter operacional, relativas a encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à implementação dos objetivos do consórcio firmado e que não são objeto do contrato de rateio.

18 Vedada forma diversa, em especial a empresarial, posto que lhe é vedada finalidade econômica.

Nada obstante, vê-se que os consórcios desempenham funções administrativas, independentemente da sua natureza. Ademais, não se pode admitir que entes políticos constituam pessoa jurídica administrativa com o fim de desenvolver atividades típicas do ente instituidor sem que esta faça parte da Administração Pública. Logo, todos os entes criados pelo poder público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta ou Indireta (DI PIETRO, 2006, p. 466).

Assim, em ambos os casos, o tratamento que deve ser dispensado ao consórcio público é de integrante da Administração Pública indireta.

Outro aspecto digno de nota é o fato de o art. 4º, IX, da Lei 11.107/2005 estabelecer que os servidores não temporários dos consórcios públicos serão, necessariamente, empregados públicos. Trata-se de aparente inconstitucionalidade da própria norma, posto que, como sabido, por decisão do STF, permanece em vigor a redação original do *caput* do art. 39 da Constituição da República, que exige regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas. Considerando que o consórcio de direito público tem natureza autárquica, que faz parte da Administração de cada consorciado, como contratar empregados públicos (celetistas) se os demais servidores do ente forem estatutários?

A definição do regime previdenciário ao qual deverão ser vinculados os servidores dos consórcios é outro aspecto relevante. Tanto empregados como temporários, necessariamente, serão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Se estatutário o regime jurídico, ainda assim, os servidores têm que ser vinculados ao RGPS, posto que não poderão onerar quaisquer dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos entes consorciados, tampouco os consórcios públicos poderão instituir seus próprios regimes previdenciários.

Quanto à cobertura de despesas com pessoal, ou seus respectivos encargos, os valores correspondentes devem integrar o cálculo da Despesa Total com Pessoal para fins de limite da Lei de Responsabilidade Fiscal em cada ente. Trata-se de tarefa de difícil implementação, uma vez que deverá haver uma segregação dos montantes despendidos pelo consórcio com tal finalidade, identificando a respectiva fonte (o consorciado repassador).

A distribuição de competências entre os entes federados autônomos e iguais entre si é regra inerente ao princípio federativo, cujos contornos decorrem diretamente da Constituição. Mas haveria limites para tal delegação por parte dos entes consorciados aos consórcios públicos de que participam?

O art. 241 da Constituição trata da transferência total ou parcial de encargos, prevendo a possibilidade de delegação de competências (encargos e serviços), obedecendo, no entanto, à idéia de que é indelegável a titularidade de um serviço público, mas admitida a transferência de parcela das atividades materiais de execução relativas ao exercício da função pública.

Deve-se destacar a discussão acerca da possibilidade de delegação das competências fiscalizatórias (acompanhamento, monitoramento, controle e avaliação dos serviços públicos) e regulatórias (atuações disciplinadoras de certos serviços públicos, resultantes ou não de atos normativos). Tais competências podem ser transferidas para outrem, contanto que a titularidade continue com o ente delegante, o qual ainda permanece com a competência de controle sobre o próprio delegatário. O mesmo não ocorre com as competências regulatórias, que, pela sua natureza decisória e discricionária, não encontram aparente respaldo constitucional para serem delegadas.

A legislação de regência dos consórcios públicos, por sua vez, não estabelece tal distinção e lhes atribui uma série de prerrogativas com o objetivo de viabilizar sua atuação, tanto materiais, como legislativas, fiscalizatórias ou regulatórias.

5 O CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A despeito da competência constitucional das Cortes de Contas para exercer o controle externo de recursos públicos, a Lei n.º 11.107/2005 estabelece no parágrafo único do art. 9º que o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo, representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos, contratos e renúncia de receitas,¹⁹ inclusive no que toca às admissões de pessoal.²⁰

Considerando, no entanto, a possibilidade da fiscalização dos atos dos consórcios públicos formados por entes submetidos a mais de uma Corte de Contas, bem como as atuais divergências e desencontros das jurisprudências de tais órgãos de controle, surge a dificuldade de aplicação da norma, principalmente na ocorrência de sucessão do representante de um ente por outro de diversa unidade da Federação jurisdicionada de distinto Tribunal de Contas.

Emerge, também, uma imprecisão no caso de o representante do consórcio público deixar de prestar contas dos recursos aplicados e das atividades desempenhadas tempestivamente ao órgão de controle externo: a quem (que autoridade) caberá a obrigação de realizar a respectiva tomada de contas? Aos secretários municipais (ou estaduais) aos quais estão vinculados os consórcios? Aos prefeitos (governadores) que compõem a Assembleia Geral? A resposta passa por regulamentação interna ou por normativo dos Tribunais de Contas competentes, mas não há, ainda, um consenso sobre o tema.

19 Por outro lado, o controle externo a ser exercido sobre os recursos entregues ao consórcio público pelos entes consorciados por meio dos contratos de rateio, de acordo com a Lei dos Consórcios Públicos, ficará a cargo do Tribunal de Contas competente para exercê-lo no âmbito de cada um deles.

20 O mesmo não ocorre em relação aos atos de aposentadoria, posto que o vínculo previdenciário, como mencionado, ocorre com o RGPS.

De outra sorte, a atribuição de controlar os recursos entregues ao consórcio público pelos entes consorciados, por meio dos contratos de rateio, caberá ao Tribunal de Contas competente para exercer o controle externo no âmbito de cada um deles.

O próprio desenho constitucional dos órgãos de controle externo no país desfavorece a uniformização de procedimentos, considerando que apresentam modos operativos bastante distintos. Não fogem à regra em relação ao controle dos atos dos consórcios públicos.

Mas a questão mais relevante da atuação dos Tribunais de Contas, em relação aos consórcios públicos, não diz respeito a aspectos formais das suas atividades. As análises e avaliações exercidas no âmbito do controle externo devem privilegiar a efetividade das ações realizadas pelos consórcios públicos, verificando o cumprimento de seus planos de atividades. Somente uma atuação mais efetiva e que potencialize os escassos recursos públicos de que dispõem os diversos entes políticos nacionais, principalmente os pequenos municípios, justifica os esforços empreendidos na criação de uma entidade pública dotada de tão complexa regulamentação.

6 CONCLUSÕES

Diante das peculiaridades da Federação brasileira, com tantas desigualdades entre os entes subnacionais, onde prepondera a União sobre Estados e Municípios, principalmente, surge, a partir de regras introduzidas pela EC nº 19/1998, uma entidade pública destinada a induzir o fortalecimento das estratégias de descentralização, buscando ao mesmo tempo atingir eficiência alocativa de recursos, por meio da gestão associada de serviços públicos: os consórcios públicos.

Concebidos pela Lei nº 11.107/2005 como pessoas jurídicas integrantes das administrações indiretas de todos os entes políticos consorciados, tais entidades ainda hoje se apresentam envolvidas em questões que carecem de maiores discussões, desde sua própria natureza jurídica até temas relacionados ao controle de suas atividades.

Especificamente nesse aspecto, muitas são as dificuldades com que se deparam os Tribunais de Contas brasileiros no exercício de suas atribuições constitucionais e legais de controle externo dos atos dos consórcios públicos. Por isso, além das questões de caráter formal e técnico, como a flexibilização das regras para contratação, próprias do novel instituto, faz-se necessário, também, que os órgãos de controle avaliem o atingimento de metas e objetivos, sempre com vistas à efetividade das ações dos consórcios públicos.

Public consortia: new contours of control of the Courts of Auditors on the associated management of public services

ABSTRACT

This work deals with the federalism and the associated management of public services carried out by means of a public consortium consisting in the form set out by the Law of 11,107/2005. The text presents an overview of the main current doctrinal related to the appearance, the nature and the conformation of federalism in Brazil, with special emphasis on intergovernmental cooperation. It also addresses the various arrangements for the associated management of public services, both in the context of the federations, as well as in unitary States, with emphasis on the evolutionary aspects, the present and the respective perspectives.

In this context, the public consortia were presented as a tool for strengthening associated management of public services, and analyzed in terms of its nature, its powers, and the limits to its performance, from an evolutionary perspective of its regulations and in the context of Constitution and the laws of greater importance. In the end, makes a brief analysis of the new contours of the activities performed by the Brazilian Courts of Auditors, not only in front of the specific features of regulatory standards of public consortia, but, in particular, with respect to the effectiveness of its actions and to care for the best public interests.

Keywords: Federalism. Public consortia. Courts of Auditors.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (Org.). **Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ANASTASIA, Fátima. Federalismo e relações intergovernamentais. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas Constitucionais n.ºs 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, edições Câmara, 2012.

_____. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Brasília, 18 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm>. Acesso em: 1 set. 2012.

_____. **Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de maio de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102490&tipoDocumento=EMC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 1 set. 2012.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 22 jun.1993, republicado 6 jul. 1994, e retificado 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 1 set. 2012.

_____. **Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=250674&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 1 set. 2012.

COSTA, Valeriano. Federalismo. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Fundação UNESP, 2007.

CRUZ, Maria do Carmo M. T. **Consórcios intermunicipais: uma alternativa de integração regional ascendente**. São Paulo: Pólis - Programa Gestão Pública e Cidadania/EAESP-EGV, 2001.

CUNHA, Rosani Evangelista da. Federalismo e relações intergovernamentais : os consórcios públicos como instrumentos de cooperação federativa. **Revista do Serviço Público**, a. 55, n. 3, jul./set. 2004, p. 5-36. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br>> Acesso em: 13 fev. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2006.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Marcos André B. C. de. O município da federação brasileira e a questão da autonomia. In: **Subsidiariedade e fortalecimento do poder local**. Konrad Adenauer Stiftung, representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: estrutura constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 3.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). **Consórcios públicos**: instrumentos do federalismo cooperativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la república federal alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito administrativo geral I**, 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008.