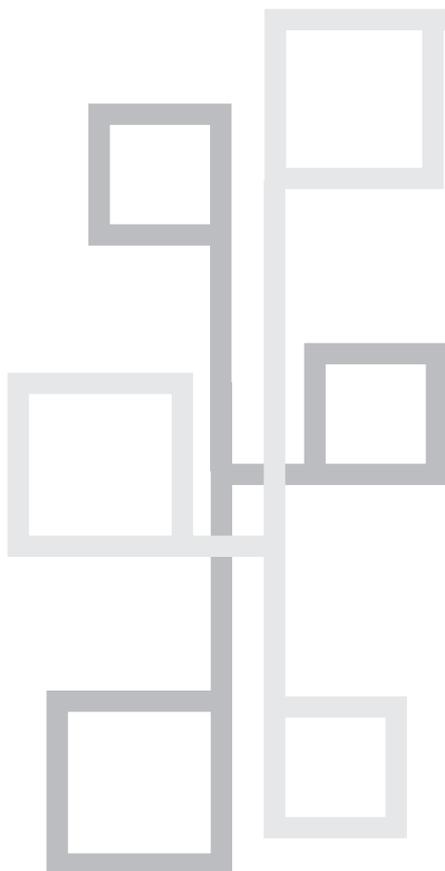


O novo regime dos consórcios públicos e o federalismo compartilhado: um desafio para o controle externo brasileiro

Dirceu Rodolfo de Melo Junior



1. INTRODUÇÃO

A redemocratização de nosso País, um processo encetado com a edição da Constituição republicana de 1988, foi edificada a partir do fortalecimento de nosso federalismo - reforçando-se a autonomia e revivificando-se o plexo de competências dos entes subnacionais - e da crença em um suposto movimento descentralizador benfazejo, o que era de se esperar após o romper com um regime marcadamente totalitário e centralizador.

A constituição de 1988 foi disposta de forma a se estabelecer um intrincado sistema de competências comuns e concorrentes (materiais e legislativas), recaindo concomitantemente sobre as 3 (três) esferas de governo a responsabilidade por políticas e serviços públicos, notadamente no que tange aqueles com maior repercussão sobre a seara social.

A distribuição exaustiva de competências constitucionais, como ocorre no nosso atual sistema jurídico-constitucional, sugere duas lógicas possíveis; de um lado a da compartimentalização dos entes federativos (cada um voltado para ações autopoieticas, crenes no potencial de resolver os próprios problemas e na legitimidade da luta por recursos em meio a uma ambiência competitiva), de outro a do compartilhamento dos problemas, das ações e das atribuições pelos mesmos entes. Uma visão mais realista do que ocorre numa federação democrática, conforme trataremos adiante, sugere a coexistência fática das duas lógicas, contudo desejando-se a preponderância de experiências compartilhadas, coordenadas e cooperativas, mormente numa república federativa que elege como dois de seus objetivos fundamentais a **garantia do desenvolvimento nacional** e a **erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais** (incisos II e III do art. 3º da Constituição da República).

Dirceu Rodolfo de Melo Junior é Procurador Geral do Ministério Público de Contas – TCE/PE. É bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e especialista em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas - Fundação Getúlio Vargas (EBAPE-FGV).

Na esteira da análise de Abrucio (2006), há que se lançar um olhar crítico sobre a idéia disseminada nos meios acadêmico e político de que existe uma relação imediata ou ôntica entre democratização/desenvolvimento e descentralização. A recente experiência brasileira deixa às escâncaras que o processo de descentralização catalizado a partir da promulgação da Constituição Cidadã não foi capaz de atenuar as características assimétricas e compartimentalizadas de nosso federalismo, reversamente, o modelo de inúmeras competências concorrentes e comuns desembocou na acentuação das desigualdades sociais e regionais e, de outra parte, no repasse descomprometido de responsabilidades e competências por parte da União nos albores da nova ordem (“Operação Desmonte”¹), sem qualquer preocupação coordenativa, o que propiciou a deflagração de uma protuberante competição predatória entre os entes subnacionais.

Um dos graves problemas enfrentados pelo nosso federalismo para tornar factível um modelo descentralizado exitoso quanto ao desiderato de democratização efetiva, diminuição das desigualdades e eficiência administrativa, é a carência de instituições e mecanismos incentivadores de uma cultura de cooperação federativa, no mais das vezes passando por uma coordenação indutora a cargo da União. O presente trabalho pretende tecer algumas considerações sobre o novo regime dos consórcios públicos² que prorrompem com a edição da Lei Federal nº 11.107/2005, genuíno e bem engendrado instrumento jurídico-legal de cooperação cujo bosquejo hodierno – perfeitamente ajustado às novas diretrizes de uma Administração Pública concertada – parece-nos munir os entes federados dos “badalos que faltavam aos sinos”³ para que o associativismo entre os entes subnacionais abandonasse os subterrâneos do esporádico e da incipiência, de forma a eclodir como uma nova tônica federativa. Trata-se de um instrumento jurídico-formal transformador e reformador de conceitos, inclusive e principalmente daquele que gravitava em torno dos consórcios públicos.

O novo paradigma de relações no espaço interfederativo, inaugurado com a nova lei dos consórcios, certamente exigirá dos tribunais de contas do País um esforço de adaptação, principalmente no

que concerne à gestão associada de serviços públicos, passando também pela análise dos programas de governo.

As cortes de contas brasileiras, redesenhadas pelo constituinte originário de 1988, absorveram apanágios das controladorias típicas de países cultores do *common law*; embora mantidos os chamados controles de legalidade (auditorias de conformidade), foram inseridos os controles de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade (auditorias de resultados ou operacionais – ANOP’s). Neste sentido, as cortes de contas não podem se furtar do exercício pleno das duas espécies de controle, inclusive sobre os consórcios públicos – agora entes personalizados (dotados de personalidade jurídica, por isso capazes de contrair direitos e obrigações).

A nova realidade que se descortina e que impõe uma postura proativa do controle externo será, por assim dizer, objeto de nossas considerações finais.

2. DESCENTRALIZAR OU “DESCOMPARTIMENTALIZAR”?

As discussões sobre a democratização das esferas subnacionais da federação, a minimização das desigualdades regionais e a eficiência e modernização da Administração Pública passa, quase que obrigatoriamente, por uma espécie de panacéia chamada descentralização⁴, quase sempre se atribuindo uma relação linear entre democratização e descentralização. Talvez tais irrefletidas “verdades apodicticas” encontrem uma razoável explicação na trajetória pendular de nosso federalismo, a qual registra momentos alternados de maior centralização do poder decisório – nestes casos sempre com um forte cariz totalitário – e de descentralização, esta última identificada com a ruptura com um regime autoritário antecedente. Outra explicação para a referida crença pode ser o fato de nosso federalismo territorial⁵ ter sucedido a um estado unitário (*bolding together federations*) – transição descentralizadora –, ao contrário, por exemplo, do que ocorreu com os EUA, que vieram de uma estrutura ainda mais descentralizada que é a confederação (*coming together federations*). Enfim, os fautores desta linha de pensamento acreditam que a descentralização é condição *sine qua non* para a democratização do Poder Público e para o melhor desempenho governamental.

O culto à descentralização há de ser visto como uma idéia-força que viceja em nosso tempo e está disseminada de forma abrangente, corolária da exauriência do Welfare State e do exurgir de vultosas demandas por autogoverno regional. No dizer de Daniel Bell, *“the nation-state is becoming too small for the big problems of life and too big for the small problems of life”*, ou seja, a formação dos Estados nacionais consistiu em um processo de centralização do Poder tremendo (nacionalização da política) que, uma vez levado ao extremo (complexificação do Welfare State e a nacionalização da política), trouxe à tona um cipoal de necessidades e desideratos periféricos sem a devida satisfação por parte de uma estrutura central que então se revelara ineficiente.

A descentralização, portanto, é uma palavra de ordem no contexto atual, não sendo diferente o caso da redemocratização brasileira. O importante é pontuar que a descentralização merece reparos e críticas, nela não estão contidas qualidades intrínsecas capazes de garantir uma transição para um modelo de Estado democrático e eficiente; tais propriedades imanentes são fruto da visão turva e apaixonada, e uma crítica perfunctória é suficiente para soçobrar tal quiddidade quimérica.

No dizer de Abrucio (2006), a implementação de um processo descentralizador tem de equacionar 5 (cinco) questões fundamentais:

- a) constituição de um sólido pacto nacional;
- b) combate às desigualdades regionais;
- c) montagem de boas estruturas administrativas no plano subnacional;
- d) democratização dos governos locais;
- e) criação de um ambiente intergovernamental positivo.

As questões acima elencadas estão longe de serem equacionadas em nossa República Federativa, com destaque especial para as “abissais” desigualdades regionais e para a ausência do que se pode chamar de um ambiente intergovernamental positivo.

Quanto ao primeiro aspecto realçado e atinente ao modelo federativo pátrio, não é sem razão que se afirma ser assimétrica a nossa Federação. Camargo (2001, p.83), evidenciando o referido caráter assimétrico, argumenta que “vinte dos 26 estados detêm apenas 22% da renda nacional. O estado mais rico detêm 35%, os três mais ricos detêm 60% da renda. Doze estados da federação que formam o andar de baixo detêm no máximo, cada um, 1% do PIB, configurando uma fragilidade extrema na base da pirâmide”.

No mesmo sentido Anastásia (2007, p. 240) pontifica que:

o federalismo assimétrico brasileiro encontra-se diante do desafio de enfrentar as enormes desigualdades de diferentes tipos que caracterizam o país e que, muitas vezes, são agravadas pela competição predatória entre os Estados-membros. As perversas condições socioeconômicas, que se mostram mais em alguns estados e em algumas regiões do que em outras, constituem ameaça para o regime democrático e afetam negativamente o exercício da cidadania democrática. O que emerge como mais preocupante, do quadro esboçado, é que ali onde as condições são mais precárias é exatamente onde se verifica, também, menor desenvolvimento institucional. O que leva a indagar, com ceticismo, sobre a capacidade das instituições políticas, no âmbito subnacional, de processarem as clivagens, necessidades e interesses dos cidadãos dos diferentes estados.

A outra questão escandida, e ainda sem bispamos razoável nível de resolução no caso brasileiro, é a imprescindível criação de um ambiente intergovernamental positivo, que passa, necessariamente, pelo fortalecimento de instrumentos de cooperação e coordenação entre as esferas do Poder Público como caminho profícuo para o estabelecimento de um compartilhamento matricial da soberania. A protuberância de uma postura associativista deverá estar harmonizada com uma persuasiva atuação coordenativa da União, respeitados os poderes imanentes à autonomia dos entes subnacionais.

A escassa existência de mecanismos de coordenação e cooperação intergovernamentais (verticais e horizontais) – como bem observa Souza (2006) - é um relevante problema com repercussão assaz negativa no processo de descentralização ocorrido após 1988 no Brasil. Sem receio de equívoco, dir-se-á que as profundas desigualdades regionais são potencializadas pela insuficiência e pela incompletude do sistema de relações intergovernamentais.

Retomando a reflexão necessária sobre a epígrafe deste tópico, parece-nos que se torna imperioso o afastamento da ênfase sobre a dicotomia descentralização/centralização, ato contínuo migrando-se para uma abordagem visceral dos temas “descompartimentalização” e a busca de maior equilíbrio entre a cooperação e a competição inerentes a qualquer federalismo democrático.

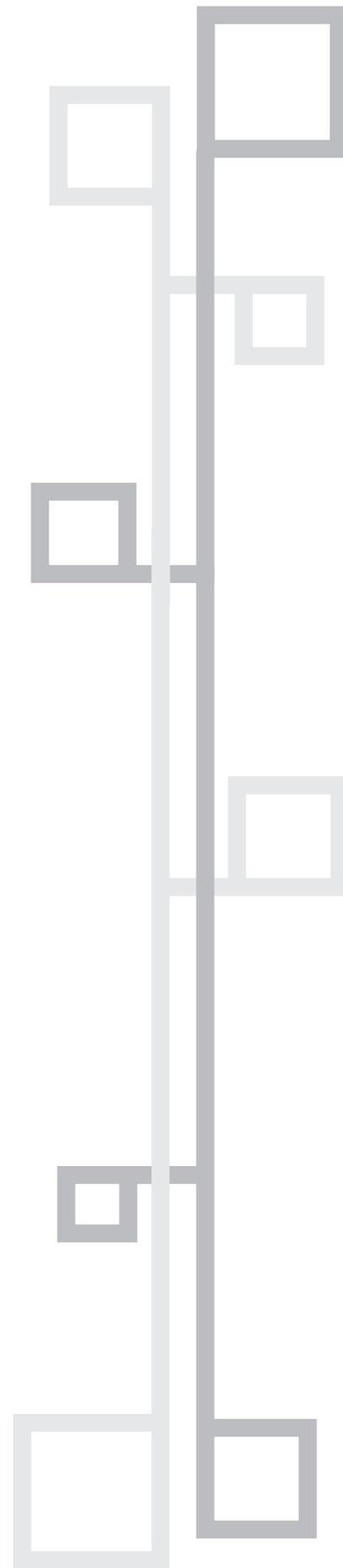
Dentro da mesma aléia argumentativa, reconhecemos no novo desenho jurídico dos consórcios públicos um valoroso mecanismo de incentivo à cultura política da coordenação e da cooperação federativas, retirando a espécie do infecundo gênero dos acordos para a consecução de objetivos comuns – dentro do qual figuravam, e ainda figuram, os convênios –, inserindo-o na região sinalagmática dos contratos, o que gerará direitos oponíveis e obrigações exigíveis.

3. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO FEDERATIVA

Conforme já foi referido, a nossa atual ordem constitucional foi assentada no fortalecimento dos municípios e dos Estados-membros como centros de Poder investidos das competências e atribuições necessárias a tomarem parte no processo decisório, inclusive no plano nacional.

O bosquejo do modelo descentralizado brasileiro, embora promissor no plano jurídico-formal, tem enfrentado profundos problemas para realizar os ideais democráticos, isonômicos e de eficiência no plano fático. Na arena onde interagem as forças reais de poder, evidenciam-se as cores de uma aguda assimetria federativa, grandiloqüentes que são, como já mencionado, as diferentes capacidades de implementação de políticas públicas (enormes desigualdades financeiras, técnicas e de gestão entre os entes subnacionais). Acentuando o primeiro grande imbróglio, constata-se a ausência de mecanismos constitucionais e institucionais de relevância, que regulem e incentivem as relações intergovernamentais de índole cooperativa.

Repisando as sendas argumentativas de Abrucio (2006), é de se notar que os problemas acima descritos determinaram uma descentralização (ao longo do nosso último processo de redemocratização) “conspurcada” por um “padrão de relações” intergovernamentais predominantemente predatórias (competitividade predatória) e compartimentalizadas (cada nível de governo a procura da realização de seu papel específico, num ambiente de parcas ferramentas e tímidos incentivos ao compartilhamento de tarefas e à atuação consorciada).



A preponderância da competição predatória e da compartimentalização como marcantes características de nossa Federação é bem explicada pela carência de instrumentos, inclusive legais, que induzam os entes federativos a palmilhar os caminhos da cooperação. Entendemos, ainda secundando Abrucio (2006), que competição e cooperação são possibilidades sempre consideráveis e independentes quando nos referimos a uma federação democrática. Utilizando-nos de um termo da fenomenologia, competição e cooperação resistiriam a uma redução eidética do fenômeno federativo, a questão é de preponderância.

Abrucio (2006) assevera partir da premissa “de que o federalismo é intrinsecamente conflitivo”. Ainda sobre o tema, tece as seguintes considerações:

Concordo, nesse sentido, com Deil Wright, para quem o conflito não é um estado patológico de uma estrutura federal; mais do que isso, o autor ressalta que a cooperação e a competição não são pólos opostos de uma escala, já que a presença da primeira não significa a ausência da segunda, e vice-versa.

Interessante é perceber que o pensamento de Souza (2006) é mais otimista, ao menos num plano apriorístico, na medida em que defende que a estruturação do complexo feixe de competências concorrentes e comuns levadas a cabo pelo constituinte originário (*mens legislatoris*) tinha o fim deliberado de desenhar uma federação cooperativa e de poderes compartilhados de forma não piramidal. A visão de Souza, contraponto à de Abrucio, bispa o constituinte originário de 1988 como optante por uma divisão institucional de trabalho claramente compartilhada e mediante um amplo e complexo sistema de relações intergovernamentais, ou seja, crê que a concepção do constituinte foi de uma federação com marcante caráter cooperativo, o que não se concretizou, como inclusive reconhece, por uma degenerescência do esquema proposto originalmente.

Reafirmamos o nosso entendimento já expresso, competição e cooperação são características “ônticas” da própria federação democrática. Portanto, seria algo insólito imaginar uma equação na qual se mitigando uma alcançar-se-ia, automática e linearmente, o incremento da outra.

O importante é o oferecimento crescente, por parte da União, de uma ação coordenativa e indutora, e, de outra parte, a disponibilização de fórmulas institucionais e legais para que o associativismo grasse vertiginosamente, solidificando uma cultura cooperativa e de compartilhamento, muito embora sem a preocupação ou a pretensão de fulminar a competitividade imanente e, por assim dizer, sempre latente.

O novo regime legal dos consórcios públicos, corporificado na Lei Federal nº 11.107/2005, prefigura-se-nos um hodierno e promissor instrumento de realização do supracitado desiderato.

Conforme já salientado, nos albores do processo de redemocratização a União, que perdera recursos para os demais entes subnacionais no arranjo constitucional de 1988, e tendo de arcar, ainda, com a responsabilidade pela estabilidade econômica e financeira (finanças públicas), olvidou o seu importante papel coordenativo e cingiu-se a repassar atribuições e competências constitucionais para as demais esferas de governo (“Operação Desmonte”). Esse fato, conjuminado ao da escassa existência de mecanismos profícuos e atraentes de coordenação e cooperação intergovernamentais, tanto verticais como horizontais, acabou preparando um meio propício ao medrar de um jogo no qual os entes subnacionais passaram a concorrer entre si pelo dinheiro público de outros entes e a se digladiarem por investimentos privados.

No âmbito municipal, importa realçar, ganhou força notável a canhestra e míope mentalidade do Municipalismo Autárquico (expressão cunhada pelo ex-prefeito de Santo André Celso Daniel), acompanhado de distorções derivadas, como é o caso da prefeiturização – prefeitos como atores por excelência do jogo local e intergovernamental. O Municipalismo Autárquico é a expressão mais fidedigna e crua da compartimentalização, municípios fechados como ínsulas beligerantes, confiantes na própria capacidade de resolver todos os problemas e atender a todas as demandas locais. Nesse passo obliterou-se o fato de que muitos problemas micro e macroregionais clamam por soluções sistêmicas, com planejamento e execução compartilhada. Existem políticas públicas, por outro lado, de caráter sistêmico-nacional (como exemplo pode-se citar as áreas de saúde e educação – a partir do final da década de 90), que precisam ser oxigenadas pelo associativismo na ponta (esferas locais de governo), de sorte a garantir o tónus do princípio da subsidiariedade. Em certa medida, acreditamos no aflorar da visão totalizadora e associativista por meio dos consórcios públicos verticais e, sobretudo, dos horizontais, o que se deve às profundas transformações desse instrumento impostas pela nova lei de regência.

A doutrina mais prestigiosa do País, principalmente aquela que cuida da região material do Direito Administrativo, vinha consagrando a intelecção que aproximava o consórcio público dos convênios, visão

subjetiva ou orgânica cultuada por algumas gerações de juristas reverentes à taxionomia proposta, notadamente, por Meirelles (1998), jurista de grande nomeada e um dos responsáveis, indubitavelmente, pelo desabrochar de um pensamento profundo e autêntico do direito administrativo brasileiro.

Segundo o referido conceito, os consórcios seriam espécie de acordos celebrados entre entidades estatais da mesma espécie (ou de mesmo nível administrativo) – tendo por escopo objetivos comuns – semelhantes aos convênios (estes celebrados entre entidades e órgãos públicos de espécies diferentes, bem como entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas) por não possuírem personalidade jurídica e não estarem encartadas no gênero contratual, o que evidencia o fato de que tais instrumentos (em assim estando conceituados) não tinham o condão de gerar qualquer coercitividade palpável para as partes. Revisitando a metáfora do Mestre Souto Borges (1993), tratavam-se de “sinos sem os desejáveis badalos”, de tal maneira a afastar os consórcios públicos de sua digna vocação, a de viabilizar profusas iniciativas de associação entre entes federativos, todas devidamente lastreadas pela segurança que a coercitividade inerente ao Direito normalmente empresta aos contratos em geral.

É de notar que o conceito doutrinal então corrente e o regime jurídico dos consórcios públicos – o último sem uma disciplina legal apropriada para a espécie – os tornaram inservíveis para dar contornos formais às iniciativas de cooperação e coordenação federativas, além do que já era perceptível um flagrante anacronismo na até então conhecida concepção dos consórcios públicos em relação aos influxos emergentes do alvorecer de um novo pensamento administrativo, estamos uma vez mais nos referindo à idéia-força de uma Administração Pública concertada, calcada em módulos contratuais ou convencionais e base do Federalismo de Cooperação ou de Equilíbrio (em contraposição ao Federalismo rígido). Em verdade, já se bispava o desabrochar da Administração Pública Consensual em detrimento do vetusto modelo de Administração Pública Imperativa, faltava apenas o estopim para que fossem abandonados o já ultrapassado conceito e o regime jurídico-formal dos consórcios públicos, bem definido por Marques Neto:

O doutrinador se nutre e contamina (no sentido positivo dos termos) da contribuição dos seus pares. E por vezes tão forte e consistente é essa contribuição que ela segue sendo reproduzida, inalterada, até que uma nova realidade jurídica (como uma alteração legal ou constitucional) ou fática (uma manifestação concreta do poder político) suscite a reflexão ou obrigue a revisão dos conceitos ou postulados doutrinários.

Com efeito, uma nova realidade jurídica se impôs com a edição da Lei Federal (de caráter nacional) nº 11.107/05, que, segundo Medauar e Oliveira (2006), qualificou os consórcios públicos como instrumentos típicos da emergente Administração Pública Consensual, esta última conformada a partir de novos paradigmas e de uma visão açambarcante de todo o tecido social em interação construtiva, conforme bem observou Cassesse (2003, p.159): “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”.

A lei de 2005 traz relevantes dições que atribuem aos consórcios públicos a aptidão necessária para prefigurarem como importante instrumento de cooperação e, por conseguinte, de compartilhamento matricial da soberania. Conforme já exposto, é de se destacar, inicialmente, os dispositivos que conferem personalidade jurídica aos consórcios (§ 1º, art. 1º c/c art. 6º e incisos), tornando-os capazes de adquirir direitos e assumir obrigações, o que vem a possibilitar demandas extrajudiciais e judiciais pingues de concretidade.

Nos termos do repositório legal, os consórcios adquirirão personalidade jurídica de direito público (caso em que constituirão associação pública) ou de direito privado (nos termos da legislação civil aplicável aos entes privados desprovidos de interesse econômico).

Quando constituído com personalidade jurídica de direito público, a lei prescreve (§ 1º, art. 6º) que o consórcio público passa a integrar a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. De outra parte, o art. 16 da nova lei de regência altera o inciso IV do art. 41 do Código Civil pátrio, encartando as associações públicas (precisamente os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público) no conjunto geral das autarquias. Discussões acadêmicas e jurisdicionais à parte, a linguagem prescritiva debuxada no texto legal patenteia esta espécie de consórcio público (associação pública) como verdadeiras Autarquias Plurifederativas, conforme bem definiu Aragão (2007, p. 758):

Se os consórcios públicos forem de direito público, chamadas pela Lei de associações públicas, serão Autarquias Plurifederativas, já que as entidades da Administração indireta de personalidade jurídica de direito público são sempre consideradas espécies de autarquia, como as chamadas autarquias corporativas e as fundações autárquicas.

Registre-se, contudo, que corrente doutrinária diversa suscita dúvida acerca da constitucionalidade do § 1º do art. 6º da Lei, sob o argumento de que feriria o federalismo a inserção do consórcio público na administração indireta de todos os entes consorciados, haja vista decisões do Supremo Tribunal Federal⁶ afastarem a possibilidade da mescla de entes federativos integrar a Administração indireta de uma determinada pessoa jurídica de direito público interno. A referida linha doutrinária levanta o vexilo da invulnerabilidade da auto-organização e auto-administração dos entes subnacionais, além de expressar estranheza à possibilidade de entes de caráter temporário, como é o caso dos consórcios públicos (inciso I do art. 4º da Lei), passarem a integrar a Administração indireta, o que implicaria, segundo o argumento da citada doutrina divergente, a inimaginável criação de entidade da Administração indireta com prazo de duração.

Abstraindo as disceptações doutrinárias, o fato é que a norma estabelece a inclusão das associações públicas (consórcios públicos) no conjunto de entidades que integram a Administração indireta dos entes conveniados, o que impõe a aplicação de todo o emaranhado de preceitos legais atinentes a licitação pública, concessão de serviços, contratos administrativos, contratação de pessoal, direito financeiro e controle que regem as típicas e clássicas autarquias públicas. A nova “urdidura” legal também aporta com um interessante rebatimento na fértil seara da gestão associada de serviços públicos, qual seja o de possibilitar o exercício de atribuições iminentes ao chamado *jus imperi* pelas associações públicas, dentre as quais há que se destacarem aquelas concernentes à polícia administrativa e à regulação das atividades objeto da gestão associada. Nesse passo, surge uma discussão acerca da constitucionalidade da transferência da regulação e da fiscalização ao consórcio público, entremostrando-se-nos mais consentânea com o mais hodierno pensamento do direito público brasileiro a inteligência expressada por Marques Neto (2005), afirmativa da constitucionalidade de tais transferências sob o percuciente argumento de que o destinatário da transferência é apenas uma divisão administrativa ou um braço integrante do quadro orgânico do ente transferidor, permanecendo sob os auspícios do titular o planejamento, a regulação e a fiscalização do serviço.

A Lei também prevê a possibilidade de criação de consórcio com personalidade jurídica de direito privado, nos termos da legislação civil, embora devendo estar cingida às normas de direito público disciplinadoras da realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Entretanto, os consórcios de direito privado não podem exercer qualquer das atividades consideradas inerentes ao chamado *jus imperi*.

Um outro aspecto de extrema relevância é o patentear da natureza contratual dos consórcios públicos, conforme prescrição do art. 3º da Lei, esvurmando, de forma categórica, a sua vetusta aproximação taxonômica dos convênios e lançando a espécie nos “robustos” braços do sinalagma, de onde, por sua vez, emana a força coercitiva necessária a garantir o cumprimento das obrigações pactuadas.

Decorrem da festejada natureza contratual, dentro da lógica sistêmica que promana da Lei, outros dispositivos de segurança e de descentralização formadores de uma engrenagem indutora da profusão da celebração de consórcios, bem como da eficácia e eficiência dos mesmos. Dentre os preceptivos mais significativos, há de se destacar o inciso XII do art. 4º – uma das expressões mais tenazes do sinalagma – cujo teor exige como cláusula necessária do protocolo de intenções (fase que precede a de ratificação e celebração do consórcio) a previsão de que qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, poderá exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Os parágrafos terceiro e quinto do artigo oitavo são preceitos garantidores das obrigações financeiras assumidas pelos entes consorciados no denominado contrato de rateio (contratos anuais no qual ficam estipulados os recursos financeiros a serem repassados ao consórcio). Enquanto o parágrafo terceiro dispõe que os entes consorciados (isolados ou em conjunto) e o próprio consórcio público (pessoa jurídica que é) poderão exigir o cumprimento das obrigações financeiras assumidas, o parágrafo quinto prevê a possibilidade de exclusão do ente consorciado que não garantir os recursos para fazer face às despesas assumidas no contrato de rateio, garantia esta consistente na previsão orçamentária de dotações suficientes (Lei Orçamentária Anual ou créditos adicionais).

Ainda enfocando o aspecto segurança jurídica, importante é destacar o parágrafo segundo do artigo onze da Lei, potencialmente tuitivo das avenças que versam sobre gestão associada de serviços públicos, haja vista garantir a intangibilidade das obrigações já constituídas nos contratos de programa, caso o consórcio venha a ser extinto, sendo inclusive previsto o pagamento das indenizações devidas.

A Lei também não se descuroou do importante e imprescindível papel da União como coordenador-indutor de políticas públicas compartilhadas, tanto que previu no artigo quatorze, de forma explícita, a possibilidade da mesma celebrar convênios com os consórcios públicos com o intuito de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas (aqui o anelo do legislador foi dar ensanchas a que o princípio da subsidiariedade fosse fortalecido a partir de um processo descentralizador não-piramidal, ou seja, a União induzindo a distribuição matricial de competências e atribuições, mantendo incólume o respeito pela autonomia dos outros níveis de governo).

Por fim, realçamos que o repositório legal em epígrafe previu a transferência de algumas competências e atribuições das entidades consorciadas para os consórcios, de forma a garantir o não-engessamento dos últimos diante da urgência no agir para o atingimento dos fins colimados e consignados no contrato consorcial. Assim é que, à guisa de exemplo, o parágrafo terceiro do artigo segundo prevê a possibilidade de autorização contratual para que os consórcios outorguem concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Da análise minudente da norma, infere-se que os novos contornos jurídico-formais dos consórcios públicos os aquinhoaram das garantias e dos apanágios necessários à assunção do seu importante papel de instrumento de cooperação e de coordenação federativas, o que exigirá dos Tribunais de Contas do País uma preparação específica, redefinindo a forma de exercer o controle externo diante da iminente eclosão de uma nova ambiência de relacionamento interfederativo. Parafraseando Abrucio (2006), parece-nos que “o novo consórcio público” passa a ser o grande protagonista do redesenho da governança do território do País, mediante políticas públicas que

induzam, preponderantemente, a ação intermunicipal, em detrimento das ações municipais estanques e, no mais das vezes, perversamente competitivas.

4. A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NOVOS DESAFIOS DO CONTROLE EXTERNO.

Uma vez aduzidas considerações gerais sobre o novo consórcio público – modelado na Lei 11.107/05 como genuíno instrumento da hodierna acepção de uma Administração Pública Consensual – é auspiciosa a constatação de que uma de suas mais profícuas utilizações, e à qual os entes subnacionais têm mais se avezado, é a gestão associada de serviços públicos.

A escassez de recursos, o improlífico modelo competitivo, os baldados esforços das administrações municipalistas, além de outros fatores correlatos, prepararam uma larga alameda por onde passaram a fluir o ideário e uma pragmática alicerçados no paradigma multipolar de discussão dos assuntos públicos, conforme definição de Cassese (2003), ou seja, passou-se a evidenciar a importância do consenso na esfera administrativa e, por conseguinte, uma emergente visão sistemática e regionalizada dos problemas e das necessidades da população impôs o sufocamento do discurso tópico e auto-suficiente (característica do paradigma bipolar / Estado-cidadão).

Não é por acaso que dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2001) demonstram que em vários setores da atuação estatal tem aumentado a celebração de consórcios públicos, o curioso é que é nos municípios de menor porte (5.001 a 20.000 habitantes) que se concentra a participação nos mesmos. A mesma fonte de pesquisa revela que os municípios se associam mais freqüentemente para consecução de objetivos nos setores de saúde, aquisição e/ou uso de máquinas e equipamentos, educação, tratamento e disposição final do lixo, serviços de abastecimento de água, reciclagem de lixo, coleta seletiva de lixo, processamento de dados, esgotamento sanitário, limpeza urbana, remoção de entulhos e habitação.

O sinalagma, a coercitividade e todas as demais ferramentas jurídico-formais trazidas à baila pela nova lei dos consórcios públicos, transformaram a espécie em um importante facilitador da protuberância do

movimento associativo para a gestão de serviços públicos, muito embora o medrar em importância do movimento associativo já se fizesse sentir antes mesmo da edição da Lei.

A gestão associativa dos serviços públicos – junto com a prestação direta, a prestação por meio de entidades da Administração indireta e a delegação de serviços (art. 175 CR) – representa uma das formas de prestação de serviços públicos, peculiar por consistir num modelo associativo ou compartilhado, com a particularidade de sempre ser realizado entre entidades federativas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). Em tal altura, importa advertir que o presente trabalho cogita de um conceito específico ou estrito de Serviço Público, assentado sobre uma noção de atividade prestacional com geração de algum produto demandado pela coletividade, conforme pontifica Medauar (2006, p. 313): [...]

diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração inserido no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo, arrecadação de tributos, serviço de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público

Estabelecido o conceito de serviço público entretido neste trabalho, reafirmamos as profundas e expeditas transformações pelas quais passa a Administração Pública, não sendo exagerada a afirmação de que o conceito de interesse público, o estabelecimento de serviços públicos prioritários e a forma mais consentânea de serem prestados passa por atividades de consenso-negociação entre particulares, representantes da sociedade civil organizada e os setores do Poder público diretamente interessados. A Administração Pública, no dizer de Medauar (2006), não mais detém a exclusividade no estabelecimento do interesse público (redução da discricionariedade, arredando-se a primazia de imposição unilateral e autoritária de decisões).

O “novo consórcio público”, particularmente quando celebrado para corporificar uma gestão associada de serviços públicos, é um modelo hodierno

e capacitado para atender às novas necessidades das relações policêntricas determinantes do que é serviço público prioritário e da forma de melhor atender às demandas da sociedade.

A gestão associada de serviços públicos, quando levada a efeito por contrato bilateral ou multilateral de consórcio público (também pode ser efetuada por convênio de cooperação), é cercada de garantias de sua solidez, da responsabilização dos entes envolvidos e da continuidade do serviço público. Ocorre que a Lei 11.107/05 (BRASIL, 2005) estabeleceu um verdadeiro lio de avenças impregnadas do sinalagma, partindo da compulsória previsão em cláusula do protocolo de intenções, passando pelos contratos de **consórcio público, de rateio e, sendo o caso, de programa.**

A obrigatória previsão no protocolo de intenções está disposta no inciso XI do art. 4º da Lei, e como a gestão associada implica a transferência de atribuições para o consórcio, o citado dispositivo determina o esmiuçamento dos termos consoante os quais a mesma dar-se-á, devendo estar previsto na cláusula específica: a) as atribuições cujo exercício foi transferido ao consórcio público; b) os serviços públicos objeto da gestão associada; c) a autorização expressa para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação de serviços; d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa; e) os critérios técnicos para os cálculos do valor, dos reajustes e da revisão das tarefas e preços públicos.

Na seqüência, são celebrados os seguintes contratos:

1 – Contrato de Consórcio Público – está previsto no art. 3º da Lei, cuja celebração decorre da ratificação legislativa do protocolo de intenções e disciplina as relações entre todas as entidades federativas (exceto as de natureza financeira e econômica).

2 – Contrato de Rateio – está disposto no art. 8º da Lei, consistindo em obrigações estabelecidas entre cada uma das entidades federativas e o próprio consórcio. As obrigações estabelecidas são de natureza econômico-financeira e referentes aos objetivos do consórcio (recursos financeiros a serem repassados ao consórcio).

3 – Contrato de Programa – sua disciplina está prescrita no art. 13 da Lei, visando à constituição e regulamentação das obrigações que um ente da Federação terá para com outro ente ou para com um consórcio público, sempre no âmbito da gestão associada de serviços públicos (diz respeito a contribuições obrigacionais não-econômicas – é o instrumento através do qual o consórcio delega serviços a outros órgãos e entidades estatais pertencentes a um dos consorciados).

Mencionado o verdadeiro atilho de contratos que dão solidez jurídica à gestão associada realizada por consórcio público, cumpre-nos, por fim, trazer à baila a questão referente ao seu fundamento constitucional. Em princípio, o fundamento da validade constitucional da gestão associada de serviços públicos está previsto no art. 241 da Constituição da República (Das Disposições Constitucionais Gerais), com a redação imposta pela EC nº 19/98, senão vejamos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperações entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A norma constitucional transcrita trata da edição de leis por cada ente federativo. Não cogita, portanto, de uma lei de caráter nacional (ou lei de normas gerais) como de fato é a Lei Federal nº 11.107/05; assim, sob o ponto de vista jurídico-formal, está infirmada a hipótese de ser o art. 241 o fundamento de validade constitucional da Nova Lei de Consórcios Públicos. Por outro lado, não há como sustentar que o repositório de lei em destaque consista no regulamento legal do parágrafo único do art. 23 da Constituição da República (“Leis Complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional” – redação dada pela EC nº 53/06), uma vez que a regulamentação do dispositivo exige a edição de **leis complementares** (a Lei 11.107/05 é **Lei ordinária**). Qual seria, então, o fundamento de validade constitucional da Lei?

Segundo juristas de vulto, a resposta decorre da natureza contratual dos consórcios públicos estatuída na Lei 11.107/05. Assim é que se pode afirmar que estão prescritas na Lei normas gerais sobre Contratos de Consórcios Públicos, por conseguinte o seu fundamento de validade é, inexpugnavelmente, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República (“normas gerais de licitação e **contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III” – redação dada pela EC nº 19/98.). Mais um aspecto que descarta, definitivamente, os consórcios públicos do regime jurídico dos convênios de cooperação, embora a lei disponha sobre os últimos em alguns poucos artigos.

Com base nas considerações até então tecidas, considerando, mormente, o atual estágio da Administração Pública e das novas idéias que o inspiram, bem como a possibilidade de profusão de consórcios públicos inspirada na nova Lei de Regência, pode-se afirmar que são grandes os desafios a serem enfrentados pelos Tribunais de Contas do País para exercerem o seu mister com a proficiência esperada.

A redemocratização do País e o prorrumpimento da nova ordem jurídico-constitucional, tendo como marco formal a promulgação da Constituição da República de 1988, restaurou a plena harmonia e independência das funções clássicas do Poder Público, realçando, sobremaneira, as atribuições e o desenho institucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Os níveis de consciência e de transparência trazidos à tona após o término do regime de exceção exigem das instituições públicas um crescente aperfeiçoamento endógeno e, noutra perspectiva, uma permanente sintonia com o republicanismo e com as renovadas expectativas da sociedade respeitantes à execução de suas missões institucionais.

Conforme registrado, o Tribunal de Contas, órgão de extração constitucional, incumbido da tutela dos dinheiros, bens e valores públicos, e que atua por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades gestoras do

Estado (controle externo), teve as suas atribuições ampliadas e realçadas no vigente texto constitucional, de forma a podermos cogitar de um novo modelo para a clássica doutrina tripartite de Montesquieu. Com efeito, pode-se asseverar, a partir de um razoável respaldo teórico e jurídico-formal, que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário estão ladeados pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas.

Embora o Tribunal de Contas, como as demais instituições republicanas, venha buscando aprimoramento e a ciência atual dos anseios da sociedade, não está indene a severas críticas concernentes à sua eficácia, à sua eficiência, à efetividade de suas ações, à consistência de suas deliberações e, enfim, ao seu papel e à sua destacada posição entre os órgãos públicos com assento constitucional.

Apesar de muitas das críticas negativas serem frutos de visões distorcidas e parciais da organização, reconhecemos que algumas tangenciam questões intrigantes, e que dizem respeito à própria “genética” jurídico-constitucional da instituição, ou seja, o delineamento de suas atribuições e de sua estrutura previsto na Carta Magna aparece como importante fator da ineficácia e da ineficiência das Cortes de Contas do País. Um bom exemplo do que falamos é a imprevisão, no texto constitucional, de instrumentos necessários à auto-executoriedade diante das funções multifaces previstas para o Tribunal de Contas.

Nada obstante o Tribunal de Contas ser uma instituição presente na República desde os seus albos, instituída que foi em 07 de novembro de 1890 pelo Decreto nº 966-A, da lavra do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, a Constituição de 1988 foi o documento formal que, finalmente, dotou-o das funções e das características necessárias à afirmação de sua sobranceira condição de órgão de controle externo. Ademais tisonou com cores fortes a sua posição como uma das mais relevantes funções do Poder Público, o que veio a realçar a superação de modelos vetustos do Estado de Direito pelo moderno Estado Democrático de Direito. Tecendo um escorço histórico, registre-se que no texto da nossa primeira Constituição republicana foi referido, na de 1934 foi encartado no capítulo específico “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, na de 1937 foi definido no capítulo reservado ao Poder

Judiciário (levando em consideração as suas feições judicialiformes) e na de 1946 em diante foi inserido no capítulo do Poder Legislativo (FERNANDES, 2003). Contudo, é a Carta Magna de 1988 que, definitivamente, retira os grilhões que confinavam as Cortes de Contas no estrito campo da legalidade, adicionando apanágios e ferramentas típicas dos modelos de controle que privilegiam a eficácia e a eficiência na gestão pública. Chamamos à atenção, sobremaneira, para a inclusão no plexo atributivo da instituição do chamado controle operacional.

O Tribunal de Contas, instituição secular, representa um modelo de órgão controlador oriundo do denominado Direito Continental, portanto implantado nos países cuja tradição jurídica assenta-se na primazia do direito escrito (caso da Alemanha, França, Portugal, Itália, Brasil, etc.), ao contrário do que se verifica, num pólo antípoda, em países cujo arcabouço jurídico tem raízes no direito consuetudinário ou de gênese anglo-saxônica (e.g. Inglaterra, Canadá, EUA, etc.).

Portanto, cumpre-me explicitar, dois são os tipos de controle externo que podem ser verificados nos hodiernos Estados Democráticos de Direito, um o Sistema Tribunal de Contas (órgão colegiado), outro o Sistema de Controladorias (órgão unipessoal ou monocrático – *common law*). Importa registrar, uma vez mais, que ambos os sistemas têm lugar de in viso destaque no atual estágio em que se encontra o Estado Moderno; irrompem como inegável necessidade das crescentes mudanças sofridas pelo Poder Estatal e suas tradicionais funções. O importante é esclarecer que o atual desenho constitucional das Cortes de Contas brasileiras trazem cores de auspiciosa hibridez, ou seja, a instituição passou a contar com competências típicas do sistema anglo-saxão, quais sejam aquelas que a lançam na seara da fiscalização da eficiência, da eficácia e da efetividade administrativas (auditorias operacionais), mantidas, por óbvio, as atribuições clássicas e próprias do controle da legalidade (auditorias de conformidade).

No que concerne ao controle de legalidade da gestão associada (auditorias de conformidade), os Tribunais de Contas preservaram as suas funções clássicas, ademais outros aspectos foram suscitados pela nova Lei.

No caso de os consórcios públicos serem constituídos com personalidade jurídica de direito público (associações públicas), uma vez já definidas como autarquias plurifederativas, estas serão fiscalizadas como qualquer autarquia pública pelo Tribunal de Contas competente, lembrando, uma vez mais, que a Lei – nos termos do §1º do art. 6º – prescreve que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. Assim, não há restrição ao espectro de atuação do controle externo dentro do multifacetado universo das auditorias de conformidade (legalidade, legitimidade e economicidade).

Quando tratamos de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado, a observância das normas de direito público (referente à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal) é imposta pelo §2º do art. 6º da Lei, por conseguinte a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial (sob o prisma da legalidade) há de ser exercida pelos Tribunais de Contas e tendo em vista o cipoal de dispositivos jurídico-constitucionais que disciplinam o dia-a-dia dos entes integrantes da Administração Pública Indireta. Há que se ressaltar, entretanto, a contratação do consórcio público pela Administração Direta ou Indireta dos entes da federação consorciados, neste caso o inciso III do art. 2º da Lei dispõe que a licitação será dispensada.

A ampla atuação das Cortes de Contas em situações como as que ora destacamos (gestão associada de serviços públicos mediante contrato de consórcio público), está categoricamente consagrada nos exaurientes termos do parágrafo único do art. 9º da Lei, sendo de bom alvitre a transcrição integral do texto:

Art. 9º ...omissis... Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio. (BRASIL, 2005)

Ainda dentro do vasto campo do controle da legalidade, os Tribunais de Contas deverão zelar pelo fornecimento fidedigno das informações a serem contabilizadas nas contas de cada ente consorciado, de forma a serem verificados os limites e parâmetros previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) dentro de níveis aceitáveis de confiabilidade. Por isso, há que se averiguar – e isto parece ser também incumbência do controle externo – se os consórcios públicos estão fornecendo, adequadamente, as informações relacionadas com todas as despesas realizadas com os recursos entregues pelos entes consorciados



em virtude de contratos de rateio. Trata-se de uma obrigação legal, nos termos do §4º do art. 8º do novo estatuto.

Os Tribunais deverão, também, estar preparados para a análise da aplicação dos recursos provenientes dos contratos de rateio, uma vez que o §2º do art. 8º da Lei veda a aplicação em despesas genéricas. O cumprimento inflexível dos objetivos colimados pelos contratos de rateio deverá ser fiscalizado pelos órgãos de controle externo.

É consabido que as Cortes de Contas, ao julgarem as contas prestadas pelos responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos – quando e se for o caso – emitem as chamadas **notas de improbidade**, uma análise das irregularidades constatadas na gestão à luz do que dispõe a Lei Federal 8.429/92 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa). As notas de improbidade, dependendo do regime legal do Tribunal em questão (leis orgânicas), poderão consistir em motivo da rejeição das contas e, noutra perspectiva, darem suporte às ações de impugnação de candidatura e à cassação das mesmas candidaturas pela justiça eleitoral (fulcro na Lei Complementar nº 64/90). Portanto, há que se destacarem duas importantes alterações verificadas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), quais sejam a previsão de mais dois incisos determinados pelo art. 18 da Lei 11.107/05, previsões estas que descortinaram outras sendas para a atuação das Cortes de Contas pátrias. Vejamos o texto das mencionadas inserções:

Lei 8.429/92

Art. 10º ...omissis...

XIV – Celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada **sem observar as formalidades previstas na lei.** (Grifamos)

XV – Celebrar contratos de rateio de consórcio público **sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.** (BRASIL, 1992, grifo do autor)

É imprescindível que os técnicos, o Ministério Público e os julgadores dos Tribunais de Contas passem a atuar munidos de um profundo conhecimento do texto da Lei 11.107/05, impondo-se-lhes o cotejamento dos instrumentos que corporificam os consórcios e os contratos de rateio com as regras e formalidades que a Lei qualifica como de impostergável observância. De outra parte, não deverão descurar, em sede de controle orçamentário-financeiro, da verificação de suficiente e prévia dotação orçamentária quando da celebração dos contratos anuais de rateio, um outro viés do controle orçamentário que poderá ensejar, inclusive, a aplicação de sanção pecuniária (multa) pelo próprio Tribunal.

A gestão associada de serviços públicos, levadas a efeito por intermédio do novo modelo de consórcio público, lança outro complexo desafio aos Tribunais de Contas, o de construir um modelo de auditoria de desempenho capaz de promover a busca de uma crescente melhora da gestão dos consórcios, para tanto sendo imprescindível o desenvolvimento de indicadores de desempenho e de sistemas de monitoramento e avaliação, devendo-se executar, sistematicamente, avaliações das atividades referentes às gestões associadas.

A realização de auditorias de desempenho (de gestão, operacionais ou *value for money*), conforme já referido, é competência dos Tribunais de Contas brasileiros prevista na Constituição da República (arts. 70 e 71, inciso IV, combinados com o art. 75), sendo relevante lembrar, também, que o parágrafo único do art. 9º, da Lei 11.107/05 prescreve que os consórcios públicos estão sujeitos à **fiscalização operacional** pelo Tribunal de Contas. Com efeito, a fiscalização operacional – realizada através das auditorias operacionais (ANOP'S) – tem inspiração, principalmente, nas experiências de controle externo dos países anglo-saxões, voltada sempre para a melhoria do desempenho e focada na análise da economia (insumos), eficiência (processos), eficácia (produtos) e na efetividade (impactos). Embora as nossas Cortes de Contas sejam marcadas por uma tradição de análise de conformidade, a ordem jurídico-constitucional instaurada com o documento formal promulgado em 1988 quebrou este paradigma e encartou a fiscalização operacional como um instrumento complementar e redefinidor da instituição Tribunal de Contas, transformando-os em plenipotenciárias agências de *accountability*. Portanto, a análise de desempenho dos consórcios no tocante aos seus objetivos, metas, prioridades, bem como quanto à alocação e uso dos recursos disponíveis é missão inarredável e inadiável dos Tribunais de Contas do Brasil a ser cumprida por meio do desenvolvimento e aperfeiçoamento das Auditorias de Desempenho Operacional (uma das modalidades de Auditorias de Natureza Operacional).

Antes de abordar o tópico da metodologia, é de bom alvitre fazer alusão a um conceito de ANOP cunhado pelo administrativista Jorge Ulisses F. Jacoby (2003):

Auditoria Operacional tem por objetivo o levantamento das atividades de operação de um órgão ou entidade, consideradas na sua inteireza, abrangendo o exame econômico-financeiro num sentido analítico, ao passo que as inspeções se dirijam à verificação de fatos ou conjunto de fatos determinados.

A Auditoria Operacional visa a analisar o conjunto de operações e indicar os procedimentos que devem ser revistos, objetivando o aperfeiçoamento das atividades para a consecução da missão institucional, servindo muito mais à administração que pretenda uma radiografia de sua performance;

Ao estabelecer a competência do TCU para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o Constituinte resguardou com este poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de **concretização dos princípios da eficiência e da eficácia**.

Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma. O exame da relação do custo e a verificação dos benefícios, numa concepção ética e axiológica de função pública. (Grifamos)

A gestão associada de serviços públicos (através de consórcios) é forma de prestação de serviços públicos justificada pela necessidade de maior eficiência, eficácia e efetividade, uma vez que é exceção às regras de competência previstas no texto da Constituição da República; ou seja, os entes federativos consorciados, titulares de tais competências constitucionais, pactuam transferi-los aos consórcios, por acreditarem e partirem da premissa de que o formato associativo-cooperativo é o melhor para a obtenção de melhor desempenho. O instrumento capaz de afirmar ou infirmar a hipótese, à disposição do controle externo, é a auditoria de desempenho operacional. A busca da eficiência, da eficácia e da efetividade está diretamente inodada à própria razão da elaboração de desenhos associativos (de natureza consorcial) para a prestação de serviços públicos, portanto o alcance do referido “desiderato justificador” há de ser monitorado, de

forma perene, pelos órgãos de controle. A concepção mais atualizada do interesse público e das relações dele decorrentes exige não apenas a nova modelagem da prestação dos serviços públicos, impõe, também, novos conceitos, formas e caminhos para o exercício do controle administrativo, conforme pontificam Medauar e Justino de Oliveira (2006):

De outro lado, no terreno das relações Administração Pública – Administração Pública, deu-se uma profunda transformação tendente a dotar a ação administrativa de maior eficácia e eficiência, com a simplificação de seus procedimentos e sobretudo conferindo maior efetividade aos resultados alcançados.

São novos conceitos e paradigmas a instilar nos segmentos de direção dos Tribunais de Contas a idéia de uma reforma na maneira de atuar, de sorte a serem visualizados “novos” produtos. No caso do controle dos consórcios públicos, mormente quando celebrados para corporificar a gestão associada de serviços públicos, a tônica nas Auditorias de Desempenho Operacional representa mais do que a realização da vontade expressada desde 1988 pelo Constituinte originário (uma velha novidade); trata-se de mecanismo insubstituível para que se confirme a justificativa do modelo compartilhado de prestação de serviço público. Urge, portanto, o envidar de esforços para o desenvolvimento de metodologia e técnica adequadas à desincumbência da elevada missão institucional conferida aos órgãos de controle externo.

Acresce destacar, ainda, que as auditorias operacionais, de uma forma geral (de desempenho ou de avaliação de programa), exigem uma criteriosa e meticulosa metodologia, parecendo-nos relevante mencionar a que foi desenvolvida pelo projeto CERDS (projeto “Aperfeiçoamento do Controle Externo com foco na Redução da Desigualdade Social”), o qual consistiu em um acordo de cooperação técnica entre o Ministério do Governo Britânico para o Desenvolvimento Internacional (DFID) e o Tribunal de Contas da União (TCU) entre os anos de 2002 e 2006, contando ainda com a participação dos Tribunais de Contas dos Estados de Pernambuco e da Bahia. A metodologia foi desenvolvida de forma a se processar a partir de um ciclo, ciclo este que compreende as

etapas de seleção, planejamento, execução, análise, elaboração de relatório, comentário do gestor, apreciação pela Corte e divulgação e monitoramento das recomendações. Vejamos, de forma sumária, o conteúdo de cada uma das etapas (DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2006):

1) Examinam-se as prioridades de governo, a relevância das ações para reduzir os problemas da sociedade, a materialidade dos recursos envolvidos e o risco de não se alcançarem os resultados esperados (**matriz de risco**);

2) É feito o planejamento da auditoria, aplicando-se técnicas de diagnóstico com vistas a conhecer o objeto da avaliação e definir o escopo do trabalho. São feitas a análise de SWOT, a análise de riscos e a análise de stakeholders, além de ser elaborado o mapa de processo. Nesta fase, examinam-se também os indicadores de desempenho existentes e, por meio da técnica do mapa do produto, elaboram-se, caso necessário, novos indicadores;

3) É elaborada uma **matriz de planejamento** que é apresentada a um grupo de especialistas e interessados para discussão e validação (Primeiro Painel de Referência);

4) Na fase de execução a equipe de auditoria realiza os trabalhos de campo e as pesquisas necessárias à coleta de dados. Os principais achados e recomendações são sintetizados na Matriz de Achados e, novamente, submetidos à discussão e validação de especialistas e interessados, durante o Segundo Painel de Referência;

5) Elabora-se o relatório preliminar que é submetido ao gestor público para comentários (depois de analisados os comentários, estes passam a integrar um capítulo específico);

6) O texto final é submetido à apreciação do Tribunal que emite deliberação, contemplando ou alterando as recomendações propostas;

7) Finalmente, são divulgadas e monitoradas as recomendações em um prazo aproximado de nove meses.

O destrinçar das principais características da ANOP evidencia que não se trata da linha de atuação tradicional dos tribunais brasileiros, contudo é inexpugnável que as dificuldades que insistem em retardar o processo de modernização do controle externo, inclusive aquelas impostas por uma cultura institucional de admoestação e punição, terão de ser superadas, sendo certo que a edição do Novo Estatuto dos Consórcios Públicos passa a contribuir para a catalização do mencionado processo, na medida em que suscita a preeminência do controle de desempenho dessas verdadeiras autarquias plurifederativas, notadamente quando celebradas para a gestão de serviços públicos de forma associada.

O tema ainda requer uma última reflexão, a de que as ANOP'S (gênero) "reclamam", de há muito, uma posição de destaque (no mínimo de co-protagonistas) dentro do cipoal de estratégias de atuação das Cortes de Contas, na verdade uma condição inafastável para o revigoramento da instituição e de seu imprescindível papel dentro de nossos intrincados mecanismos republicanos. Nesse passo, espera-se e deseja-se uma efetiva profusão de auditorias operacionais por tratar-se da outra importante face da mesma moeda. As ANOP'S estão em uma face, as auditorias de conformidade na outra, não se imagine que a presença do controle operacional deva ser algo episódico ou excêntrico. É imperioso que se esvurme, definitivamente, o pensamento e a práxis que resguardam para as ANOP'S tão-somente a borda da moeda.

O atual cariz dos consórcios públicos, se por um lado estimula a "culturalização" dos controles da eficiência, de eficácia e de economicidade, consiste em um formato pronto para atender às necessidades apontadas pelas chamadas **avaliações de programas governamentais**⁷ (uma das duas espécies de ANOP'S). Dizendo por outras vias, a disseminação das ANOP'S, por conseguinte das avaliações de programas, dará ensanchas, como já acontece, ao desabrochar de diagnósticos assestados para remédios compartilhados. É nesta linha de consideração que vislumbramos o novo formato dos consórcios dotado de potencial invisível para corporificar o remédio para muitos problemas que transcendem os limites territoriais e institucionais dos entes federativos isoladamente considerados.

5. CONCLUSÕES

O nosso mais recente processo de redemocratização, ensejado pela abertura política que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, foi marcado por um ambiente intergovernamental preponderantemente competitivo e compartimentalizado. Nos primeiros anos, é importante realçar, a União adotou uma postura absenteísta quanto ao seu papel de principal coordenador de políticas públicas compartilhadas.

Na medida em que emergiu a consciência de que urgia um ajuste de rumos em nosso modelo federativo – sem o qual a República se afastaria ainda mais de seus objetivos fundamentais – impondo-se um compartilhamento matricial da democracia e a profusão de relações intergovernamentais concertadas, não foi difícil perceber a inexistência de instrumentos de cooperação e coordenação capazes de tornar atraente, eficiente e eficaz a via associativa de atendimento das demandas públicas.

Nesse contexto foi editada a Lei nº 11.107/2005, repositório legal que transformou o conceito e o desenho jurídico dos consórcios públicos, dotando-os de personalidade jurídica e atrelando-os à lógica contratual, de maneira a disponibilizar um idôneo instrumento para a modelagem de parcerias entre entes federativos, inclusive e principalmente quando nos referimos à gestão associada de serviços públicos.

Os novos contornos conceituais e jurídicos dos consórcios certamente aplacarão, em grande parte, a carência de ferramentas capazes de transformar o ambiente intergovernamental do País. É necessário, contudo, a atuação indutora, coordenativa e perene da União – desde que reverente à autonomia dos entes subnacionais -, bem como a vigilância dos órgãos de controle interno e externo para que a prática não tergiversasse para os verdadeiros sentido e alcance do novo bosquejo jurídico-formal dos consórcios.

Nesse passo, os Tribunais de Contas do País, uma vez mais, são convocados para o exercício de novas e importantes atribuições, o controle dos consórcios públicos, mormente no que tange a gestão associada de serviços públicos. As Cortes de Contas hão de forcejar pelo aprimoramento dos controles de conformidade, com enfoque especial sobre os contratos de rateio e de programa, não olvidando, por outro lado, da premente necessidade de avançar na seara dos controles de desempenho, propiciando diagnósticos de gestão atualizados e verticalizados, de forma que seja possível a correção de distorções para que os consórcios sejam mantidos na busca das metas de eficiência, eficácia, economicidade e efetividade que justificam a própria celebração dos mesmos. Finalizando, há que se reconhecer que a profusão das auditorias de desempenho (ANOP'S), tendência do processo de modernização do controle externo brasileiro, dará lugar a diagnósticos de gestão que, certamente, apontarão para a gestão associada de serviços públicos como a solução mais adequada e viável, principalmente ante a possibilidade de corporificação de consórcios públicos modelados e controlados nos termos da Lei 11.107/2005.

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*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- ANASTASIA, Fátima. Federação e relações intergovernamentais. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.
- BRASIL.[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil : promulgada em 05 de outubro de 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt..20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>>.
- _____. Lei nº 11.107, de 06 de abril 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>.
- CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm.; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. (Série Debates, n. 22, v.1).
- CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: *La crisis dês estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- DANIEL, Celso. Autonomia municipal e as relações com os estados e a União. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. *Equidade, controle social e governança na gestão pública: A contribuição das avaliações de programas governamentais realizadas pelos Tribunais de Contas*. Brasília: DFID Brazil, 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby . *Tribunal de Contas do Brasil: jurisprudência e competência*. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- IBGE. Perfil dos Municípios Brasileiros: gestão pública”, 2001. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/default.shtm>>
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios no Direito Brasileiro. in www.manesco.com.br.
- MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 8, p. 451- 46, ago.1995.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Celina. Desenho constitucional, instituições federativas e relações inter-governamentais no Brasil pós-1988. In: FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

NOTAS

- 1 Nos albores da nova ordem constitucional, a União adotou uma corrente eminentemente defensiva, furtando-se de seu importante papel coordenativo de políticas públicas e, no dizer de Abrucio (2006), “transformou a descentralização num jogo de mero repasse de funções, intitulado à época de **operação desmonte**”. O absentismo do governo federal tem como causa mais eminente a perda de recursos tributários na Constituição e, num outro pólo, a responsabilidade integral da União – num primeiro momento – pela estabilidade econômica.
- 2 Conforme bem observado por Medauar e Justino de Oliveira (2006), os consórcios públicos não se confundem com as **Regiões Metropolitanas**, com as **Aglomeramentos Urbanos** ou com as **Microrregiões** (criadas por Lei Complementar Estadual, conforme dispõe o art.25, §3º, da CR/88). As três figuras atadas não detêm, sequer, personalidade jurídica.

Os autores, de forma mais oportuna, também diferenciam os consórcios das chamadas **Regiões Administrativas ou de Desenvolvimento**, previstas no art. 43 da CR/88 e que só podem ser criadas pela União Federal mediante edição de Lei Complementar.

É de se ressaltar, finalmente, conforme o fizeram os autores, que os consórcios são figuras distintas das chamadas **Operações Urbanas Consorciadas**, as últimas previstas na Lei Federal 10.257/01 (Estatuto das Cidades). Em verdade, tais operações têm lugar no espaço intramunicipal e consistem em um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com o fito de instrumentalizar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental em uma área de um determinado município. Os consórcios públicos, por sua vez, atuam num espaço interfederativo.

- 3 O insigne José Souto Maior Borges, ao propor uma hierarquização dos princípios constitucionais (in “Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais”. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, nº1, 1993), referindo-se às normas com elevado conteúdo ético, expressa a idéia de que **norma destituída de sanção é como sino sem badalo**.
- 4 Para Abrucio (2006), descentralização é “um processo nitidamente político, circunscrito a um Estado nacional, que resulta da transferência (ou conquista) efetiva de poder decisório a governos subnacionais.”
- 5 F. Anastásia (2007) faz alusão ao federalismo não-territorial, também denominado federalismo corporativo ou sociológico (comunidades culturais autônomas não-territoriais, alicerçadas em identidades nacional, regional, étnicas, raciais, religiosas, lingüísticas etc).
- 6 O Supremo Tribunal Federal (RE 120.932-1/210, 1ª T, rel. Min. Sepúlveda Pertence) proferiu decisão em 24/03/92 (DJU 30/04/92) no sentido da inviabilidade constitucional de uma autarquia interestadual, pois “a validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz”. No mesmo sentido a ADIn 175/PR (Tribunal Pleno, rel. Min. Octávio Galloti – DJU 08/10/93) e a ACO 503/RS (Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves – DJU 05/09/03).
- 7 Durante o projeto CERDS, já mencionado, foi avaliado o Programa Estadual de Alfabetização do Governo do Estado de Pernambuco, constatando-se que o Projeto Alfabetizar com Sucesso, estruturador do programa, estava restrito à rede estadual de ensino que representava 16,11% das matrículas de 1ª a 4ª série do ensino fundamental, deixando de fora 83,89% das matrículas pertencentes à rede municipal, onde se concentra a maior parcela da população carente. O Tribunal de Contas de Pernambuco apresentou entre suas recomendações a necessidade de se elaborar um cronograma de inclusão dos municípios ao Projeto Alfabetizar com Sucesso ou de encontrar alternativas de apoio aos municípios para que eles próprios possam estruturar suas ações de alfabetização. Um campo fértil para a estruturação de arranjos coordenados e cooperativos, ou seja, compartilhados.