

AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO: ESTRUTURAÇÃO SOB A FORMA DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS E LEGITIMIDADE PARA FIRMAR TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Luciano Gabriel Henning¹

Bacharel em Direito; Especialista em Direito Empresarial; Pós-Graduando em MBA em Gestão e Políticas Públicas.

Vanessa Fernanda Schmitt²

Administradora e Secretária Executiva; Especialista em Auditoria em Sistemas e Serviços de Saúde, em Gerência de Cidades; em Controladoria da Gestão Pública Municipal; em Educação a Distância: Gestão e Tutoria; Mestranda em Desenvolvimento Regional; Diretora Administrativa da Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí (AGIR); Professora da Universidade Regional de Blumenau (FURB) e do Centro Universitário Leonardo DaVinci.

Endereço: Rua Alberto Stein, 466 – Bairro Velha – Blumenau – Santa Catarina – CEP 89.036-200 – Brasil – Tel: +55 (47) 3331-5828 – e-mail: juridico@agir.sc.gov.br.

RESUMO

Este artigo objetiva em síntese proceder a uma breve análise sob o ponto de vista legal e doutrinário sobre o nascedouro e evolução das agências reguladoras no Brasil, inclusive quando estas adotarem em sua constituição e estruturação a forma de consórcios públicos; relacionando-os, portanto, com os diplomas legais que lhe são aplicáveis e estabelecendo uma valoração comparativa com as decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios acerca da possibilidade de que estas agências reguladoras estabeleçam termos de ajustamento de conduta (TAC) com os entes consorciados e concomitantemente exija-lhes o cumprimento coercitivo destes ajustes estabelecidos; tudo enfim com o objetivo de ofertar uma possibilidade rápida, eficaz e substitutiva ao procedimento meramente sancionatório.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Natureza e constituição. Consórcios públicos. Termos de ajustamento de conduta. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

A princípio e antes de proceder ao arrazoado sobre o tema proposto, revela-se contundente destacar que inúmeras são as controvérsias existentes na seara do direito administrativo relativamente a constituição, natureza e principais fundamentos que permeiam o nascedouro das agências reguladoras, entendidas estas como um dos instrumentos de operacionalização e consecução dos princípios básicos da administração pública, mais precisamente no que toca as atividades de regulação e fiscalização dos serviços públicos, entre os quais destacam-se os de saneamento básico, que por sua vez compreendem as atividades relacionadas com o abastecimento de água potável, manejo de água pluvial, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos.

Enfim, com esta abordagem traçar-se-á uma sinopse sobre os diplomas legais que determinaram a obrigatoriedade de constituição das agências reguladoras como entes intermediadores – prestadores x usuários – e fiscalizadores dos serviços públicos, ou mais especificamente no setor de saneamento básico, cujo diploma regente é a Lei Federal nº 11.445/07 e o Decreto nº 7.217/10 que a regulamenta, e bem assim quanto a possibilidade de que estas agências adotem como forma de estruturação, a modalidade legal de consórcios públicos, observado é claro o que dispõe a Lei Federal nº 11.107/05 e demais dispositivos aplicáveis.

A despeito, portanto, da pergunta de pesquisa a ser respondida com o estudo e elaboração deste artigo, apriora-se crível esclarecer que será enfrentada a questão relativa a legitimidade conferida às agências reguladoras para firmarem os termos ou compromissos de ajustamento de conduta e conseqüentemente exigir-lhes o cumprimento sob o viés coercitivo, em especial como meio de fortalecimento dos poderes fiscalizatórios e sancionatórios que balizam a constituição e permeiam os objetivos básicos destes entes reguladores.

Para tanto, os objetivos perseguidos enfrentarão dentre outros, a pesquisa e a necessidade hodierna em subsidiar as agências reguladoras a respeito dos fundamentos legais que norteiam a celebração dos compromissos de ajustamento de conduta e os instrumentos existentes que perfectibilizam e emprestam equibilibidade destes frente aos entes consorciados.

Ao final, buscar-se-á estabelecer uma valoração legal e jurisprudencial acerca dos institutos que subsidiam as atividades das agências reguladoras, com destaque especial à legitimidade e legalidade dos TAC's firmados por estas com os prestadores, e também no que tange a evolução e importância destes ajustes extrajudiciais como instrumentos alternativos e eficazes para implementar as melhorias nos serviços de saneamento básico e conseqüentemente promover a celeridade e primazia ao atendimento dos direitos básicos do usuário.

2 CONCEITO E PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Quanto aos princípios constitutivos das agências reguladoras, revela-se como de assaz importância destacar que tais encontram-se insculpidos em nossa Magna Carta Constitucional, mais precisamente pelo que preconizam os artigos 174 e 175¹, cuja redação destes normativos constitucionais estabelecem textualmente a incumbência do Poder Público para exercer privativamente os serviços públicos, sejam estes prestados de forma direta, indireta ou sob o regime de concessão e permissão, sendo que nestes últimos é imperativo cogente a prévia e inafastável realização de licitação pública, que traduz-se, portanto, como instrumento necessário ao atendimento dos princípios inerentes à administração pública, entre o quais o da legalidade e moralidade.

Neste diapasão, e convergindo a temática de discussão para a seara dos serviços públicos de saneamento básico, que enfim norteiam a realização deste estudo, tem-se que a Lei Federal nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007, constitui-se no diploma legal que instrumentalizou e estabeleceu as principais diretrizes para os serviços de saneamento básico no Brasil, determinando em especial a necessidade de elaboração de políticas públicas pelo titular destes serviços e também quanto a definição do ente responsável pela sua regulação e fiscalização, tal como se depreende pela redação do artigo 9º e seus incisos, que para tanto disciplinam assim:

- Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:
- I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei;
 - II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;
 - III [...]

Enfim, a redação do citado artigo 9º da Lei nº 11.445/07 e seus incisos, são claros e enfáticos ao disporem quanto ao dever do titular dos serviços públicos formular a sua política pública de saneamento básico – o que se dará em relação aos municípios com a elaboração do respectivo Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB), que prescindirá da sua análise e convalidação através de prévias audiências públicas, e tornar-se-á instrumento estratégico de planejamento, gestão participativa e condição a liberação de recursos federais para o saneamento básico -, e bem assim definir o ente regulador e fiscalizador, para enfim, garantir a lisura, transparência e qualidade na prestação destes serviços; zelando enfim pelos direitos dos usuários quanto a qualidade e modicidade na cobrança das taxas e tarifas dos respectivos serviços públicos.

Mais adiante, e ainda referendando a Lei Federal nº 11.445/07, extrai-se de seu contexto outros dois normativos legais que também se constituem em importantes fundamentos da necessidade imperativa de existência das agências reguladoras – como ente regulador e fiscalizador dos serviços, direitos e deveres dos prestadores e usuários dos serviços públicos de saneamento -, é o que se depreende, portanto, da redação dos artigos 11 e 21, que contextualizam assim:

¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, **incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização**; (Grifo nosso)

[...]

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;

II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

Em suma, os subsídios legais supra transcritos, são por si só claros e evidenciadores da necessidade de existência de uma entidade de regulação e fiscalização, como condição para a validade dos contratos administrativos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, e também quanto aos princípios que deverão ser atendidos para o exercício desta função de regulação (v.g independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões), tudo com o objetivo precípuo de atender aos fins e exercer os poderes para os quais foram criados estes entes reguladores.

E a despeito destes poderes inerentes as agências reguladoras e que culminaram por torná-las eficazes no honroso mister fiscalizatório que lhes foi confiado, faz-se de todo relevante proceder ao cotejo dos ensinamentos de Marques Neto (2009, p. 60), que com singular maestria preleciona acerca dos poderes destas agências, enumerando-os como sendo os seguintes: **a) poder normativo**, que nas palavras do doutrinador consiste em editar normas e resoluções complementares aqueles existentes, seja com o sentido de regulamentá-los ou então suprir as lacunas existentes (abertos e indefinidos); **b) poder de outorga**, que refere-se ao poder-dever de emitir e conceder licenças ou autorizações com vistas a limitar ou franquear o exercício de uma atividade regulada aos usuários; **c) poder de fiscalização**, que constitui-se senão o principal, mas um dos mais importantes ao exercício de sua atividade, porquanto objetiva monitorar e impedir o descumprimento dos diplomas regulatórios, em especial aos usuários atendidos pelos serviços públicos; **d) poder sancionatório**, que derivado do poder de fiscalização, mostra-se também indissolúvel dos demais, e visa a aplicação de multas, advertências e até mesmo atuar para a suspensão dos serviços públicos, em face da prática de atos lesivos aos direitos dos usuários e da primazia e excelências dos serviços públicos; **e) poder de mediação e conciliação**, que visa prefacialmente ofertar alternativas a aplicação de sanções, com a aproximação das partes (prestador e usuário ou concessionário e concedente), para enfim mediar e solucionar os conflitos existentes; e ao final o **poder de recomendação**, que também visa preventivamente obstar litígios ou até mesmo prestar orientação ao poder público ou aos concessionários acerca das decisões a serem tomadas ou até mesmo a edição de normativos legais.

Em abono aos fundamentos e motivações que determinaram o nascedouro das agências reguladoras, traz a colação os ensinamentos de Batista Júnior (2014), que para tanto discorre com elevada propriedade acerca deste assunto, senão vejamos *verbis*:

As agências reguladoras nasceram da necessidade de regular e fiscalizar as atividades econômicas que o Estado exercia em regime de monopólio e os serviços públicos delegados aos particulares, devendo garantir a normalidade e eficiência na prestação dos serviços e atividades não mais realizadas diretamente pelo Estado.

Mais adiante o citado doutrinador discorre ainda sobre a instituição do primeiro ente regulador (ANEEL), e as demais que a sucederam (no caso ANATEL, ANP entre outras). Denota especial atenção a abordagem feita acerca da transferência do poder fiscalizador que dantes era exercido pela administração direta, e que passou a partir de então ser privativo destas agências, como também ocorreu com as demais que surgiram com a promulgação de algumas leis específicas dos serviços públicos, como o foi a Lei Federal nº 11.445/07 na seara do saneamento básico.

Ou seja, a criação das agências reguladoras constitui verdadeiro marco histórico e divisor no segmento de regulação e fiscalização dos serviços públicos, haja vista o simples fato de que houve verdadeira delegação destes poderes dantes privativos da administração pública direta, e que passarão a partir de então serem exercidos por entes reguladores independentes, o que redundou em maior imparcialidade e independência decisória.

E como adiante será demonstrado, no caso das agências reguladoras constituídas sob a forma de consórcios públicos, tais poderes de regulação e fiscalização podem ser exercidos com ainda mais autonomia e interdependência, em especial quando constituídas pela associação de municípios consorciados, porquanto a adoção da gestão associada ou regionalizada destes serviços confere-lhes maior poder fiscalizatório e decisório, tendo em conta dentre outras características, a sua independência administrativa, financeira e orçamentária.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS ORGANIZADAS SOB A FORMA DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Neste ínterim, feitas as considerações introdutórias acerca dos princípios legais e históricos que colimaram com a constituição das agências reguladoras, tem-se como de assaz importância destacar que estas agências podem ser estruturadas juridicamente de diferentes formas, entre as quais sob a forma de consórcios públicos, que para tanto tiveram como princípio matriz a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que por sua vez alterou o artigo 241 da Constituição Federal de 1988, cuja nova redação passou a dispor assim: “a União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei de consórcios públicos...”, o que torna claro e evidente que tal elaboração prescindia de uma lei que se prestasse a regulamentar o referido artigo constitucional. E tal regulamentação assim ocorreu com a promulgação da Lei nº 11.107 de 06 de abril de 2005, a qual passou a ser conhecida como Lei dos Consórcios Públicos, que por sua vez foi regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 7 de janeiro de 2007.

Desta feita, as agências reguladoras como também os consórcios públicos constituem-se em institutos novos em nosso ordenamento legal, sendo certo que a constituição destes entes reguladores sob a forma de consórcios públicos encontraram posicionamentos favoráveis e contrários a sua instituição, tendo em conta é claro a sua natureza constitutiva e a dificuldade encontrada pelos entes consorciados em procederem ao controle e fiscalização dos atos de gestão.

Em sentido diametralmente oposto, também inúmeros foram os apoiadores desta forma consorciada de prestação de serviços públicos, que como tal traduz-se em instrumento valioso aos entes federados, aos municípios e a própria União em centralizar serviços e objetivos comuns, cuja gestão associada traz em si inúmeras vantagens entre as quais, pode-se destacar a implementação e realização de interesses comuns dos entes consorciados e como não poderia deixar de ser relacionado, a atividade de regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos intermunicipais (v.g saneamento básico, transporte intermunicipal, saúde, entre outros), que tenham sido objeto de delegação pelos respectivos entes consorciados.

Enfim, considerando algumas das inúmeras finalidades e objetivos dos consórcios públicos, e considerando ainda a abrangência territorial ou intermunicipal que estes podem abarcar e também a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes, extrai-se desde logo a conclusão de que o consórcio público poderá adquirir conotação e objetivo multifinalitário, podendo atrair para si os aspectos e objetivos mais relevantes e de interesse do conjunto de municípios ou entes federativos que o compõem. Assim, são amplas e diversificadas as opções que a constituição de consórcios pode viabilizar para seus consorciados, que poderão, portanto, concentrar em apenas um órgão inúmeras atividades de interesse e objetivos comuns.

Para tanto, e considerando a importância que a associação de municípios, entes federativos ou até mesmo com a presença da União representam para o compartilhamento de informações, recursos e enfrentamento conjunto de problemas comuns, traz-se a baila os ensinamentos de Borges (2006, p. 02), que com muita propriedade discorre sobre esta temática, nos seguintes termos e considerações a saber:

Trata-se de poderoso instrumento que, se bem aplicado, ensejará amplas possibilidades para municípios, ou mesmo para estados mais carentes de recursos, de enfrentar conjuntamente empreendimentos de infra-estrutura, altamente necessários para suas populações, porém muito dispendiosos.

Poderão, assim, congregarem-se associativamente para combinar e somar os recursos materiais, financeiros e humanos de cada um, no sentido de realizarem ações conjuntas que, se fossem desempenhadas por cada ente público, isoladamente, não

ofereceriam a suficiente viabilidade financeira, nem alcançariam os mesmos resultados positivos, com a desejável eficiência.

Feitas estas considerações de caráter introdutório assevera-se crível destacar que aos consórcios públicos pode ser atribuída a personalidade de direito público ou de direito privado, sendo que para a hipótese de que sejam criados com personalidade jurídica de direito público se apresentam como associação pública, nos termos do que dispõe o artigo 41, inciso IV do Código Civil Pátrio, e como tal estarão sujeitos a todas prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, nos termos do que preconiza o artigo 37 da Magna Carta Constitucional.

Ao passo que se atribuída a personalidade de direito privado, nos termos do que dispõe o artigo 4º inciso IV, da Lei 11.107/05, o consórcio público será associação pública, ou pessoa de direito privado sem fins econômicos.

E a par da atribuição da personalidade de direito privado aos Consórcios Públicos, traz-se a cotejo os ensinamentos de Di Pietro (2008, p. 451 apud CARNEIRO, 2009), que com elevada maestria discorre sobre os requisitos e normatizações que devem nortear a constituição sob a égide de direito privado, senão vejamos as considerações discorridas neste particular “*verbis*”:

Se tiver personalidade de direito privado, o consórcio, que se constituirá ‘mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil’ (art. 6º, inciso II), ‘observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT’ (art. 6º, § 2º)

E mais adiante conclui Carneiro (2009), acerca da temática relativa a personalidade de direito privado atribuída aos consórcios públicos assim:

Não é o fato de esse tipo de consórcio ter personalidade de direito privado que ele ficará de fora da Administração Indireta, uma vez que não tem como uma pessoa política instituir pessoa jurídica administrativa como se tivesse instituída pela iniciativa privada, uma vez que todos os entes criados pelo Poder Público para desempenhar funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta ou Indireta

Entrementes as considerações supra discorridas, e as controvérsias enfrentadas quanto a atribuição da personalidade jurídica dos consórcios públicos: público ou privado; dúvidas não há de que o regime jurídico a ser aplicável aos consórcios públicos de maneira integral, é o regime jurídico de Direito público, como a propósito preleciona Viana (2008), nos seguintes termos:

Inobstante a expressa previsão contida na Lei nº 11.107/05 a respeito de os consórcios públicos poderem se constituir como pessoa jurídica de Direito privado, parece não haver dúvidas, após todas as considerações tecidas, de que o único regime jurídico a ser aplicável aos consórcios públicos de maneira integral, é o regime jurídico de Direito público.

A expressa ressalva contida no §2º do art. 6º da Lei nº 11.107/05, no que tange a observância, pelos consórcios públicos de Direito privado, de normas pertinentes ao regime jurídico de Direito público, atestam a inegável sujeição dos consórcios ao regime de Direito público, mesmo diante da previsão de que as normas que regem as associações civis são aplicadas a ambos os tipos de consórcios, de forma subsidiária, nos termos do art. 15 da mesma Lei.

Enfim, superada a discussão relativamente aos consórcios públicos e a sua subsunção ao regime jurídico do direito público, e considerando também a pluralidade de estruturação que as entidades reguladoras podem adotar, entre as quais a organização sob a forma de consórcios públicos, faz-se de todo relevante ponderar que a adoção do sistema organizacional sob este viés retro mencionado, encontra sua fundamentação legal no artigo 2º, inciso IV do Decreto nº 7.217/10 – que regulamentou a Lei Federal nº 11.445/07 -, que por sua vez conceituou entidade de regulação, nos seguintes termos:

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

I – [...]

IV - **entidade de regulação**: entidade reguladora ou regulador: agência reguladora, **consórcio público de regulação**, autoridade regulatória, ente

regulador, ou qualquer outro órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados; (Grifo nosso)

E some-se ao dispositivo legal supra citado, o permissivo legal do artigo 31, § 1º do referido Decreto nº 7.217/10, o qual também facultou que a regulação e fiscalização dos serviços de saneamento opere-se sob a forma associada (consórcio público), quando textualmente dispõe assim:

Art. 31. As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular:

I - [...]

§ 1º **O exercício das atividades administrativas de regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá se dar por consórcio público constituído para essa finalidade ou ser delegado pelos titulares**, explicitando, no ato de delegação, o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a ser desempenhadas pelas partes envolvidas

Ou seja, os normativos legais supra transcritos, permitem aos entes federados constituírem-se de forma associada para fins de constituição de um consórcio público que exerça as funções de regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, que como tal têm se mostrado eficazes no cumprimento de todas as obrigações delegadas, permitindo, inclusive, amplo acesso de todos os interessados às informações sobre a prestação dos serviços regulados e também sobre suas atividades, em nítida observância aos princípios da transparência e polícia administrativa.

4 AGÊNCIAS REGULADORAS: LEGITIMIDADE PARA FIRMAR TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Antes de proceder ao cotejo analítico sobre a temática da legitimidade conferida às agências reguladoras para a celebração dos termos de ajustamento de conduta, faz-se mister destacar que tais ajustes têm se tornado uma forma mais célere e eficaz a solução dos litígios, inclusive como forma alternativa a aplicação das multas, que em muitas vezes tem se mostrado inócuas aos fins colimados pela administração pública, que é a excelência nos serviços públicos e a satisfação do usuário.

Oportuna é a lição de Marques Neto (2009), que discorre acerca do conceito emprestado aos termos ou acordos substitutivos e suas características que pressupõem primeiramente o abandono do procedimento sancionatório, este entendido como o iter estabelecido pela norma jurídica de apuração da verdade com vistas à aplicação de uma sanção; ainda compreende o abandono da própria prerrogativa de punir em favor de providências mais efetivas para consecução do interesse público e, por fim a renúncia parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja ainda em volume (montante).

Assim, superadas todas as questões precedentes, e considerando que a temática central deste estudo proposto é a análise quanto a legitimidade conferida às agências reguladoras para celebrar os termos de ajustamento de condutas (TAC's), entendidos estes como espécie de acordo substitutivo a aplicação de sanções administrativas ou monetárias; faz-se então contundente destacar que o diploma geral que rege a celebração dos TAC's, é o mesmo que disciplina a Ação Civil Pública, no caso a Lei nº 7.347/85, que em seu artigo 5º, estabelece textualmente aqueles que estariam legitimados para propor a ação civil pública, a saber: o (i) o Ministério Público, (ii) a Defensoria Pública, (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, (iv) as autarquias, fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista e (v) as associações na promoção dos direitos tutelados pela Lei.

Para tanto, e objetivando comprovar a legitimidade conferida às agências regulatórias para celebrar os TAC's, como também exigir seu cumprimento, assevera-se crível destacar que o § 6º do dispositivo legal supra citado, enumera quais seriam os legitimados para propor a ação civil pública ou alternativamente exigir a tomada dos TAC's, assim: "*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*".

Transpondo estes dispositivos para então amoldá-los a qualificação e legitimidade conferidas as agências reguladoras, compreende-se que os entes federativos (municípios – administração direta) a ela

consorciadas outorgaram-lhe via adesão ao protocolo de intenções e ulterior ratificação via edição de lei municipal, os poderes de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, cuja delegação regulatória faz presumir que os municípios estão a partir de então submetidos aos diplomas legais editados pelas agências regulatórias, bem como aqueles estaduais e federais porventura aplicáveis.

Enfim, objetivando melhor esclarecer os efeitos da delegação da função regulatória às agências reguladoras, traz a colação o entendimento manifestado por Oliveira (2015), o qual dispôs nos seguintes termos:

Uma vez que há a instituição de uma agência reguladora responsável pelo exercício da função regulatória concernente a algum serviço público, **resta configurada a delegação da competência para o exercício dessas atividades, que passa da Administração Pública direta para uma entidade pertencente à Administração Pública indireta.** Ou seja, há a transferência dessas atividades, que deixam de ser exercidas pela Administração Pública direta e passam a ser desempenhadas por outra entidade, pertencente à Administração Pública indireta. Como visto, no setor de saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445/2007, aplicável a todos os entes federados, determina que a atividade regulatória deve ser exercida por uma entidade com independência decisória, o que demanda a sua autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Trata-se do que é comumente denominado por agências reguladoras. (Grifo nosso)

Claro está, portanto, que uma vez delegada a competência regulatória, no caso: dos entes federativos à entidade reguladora, caberá a esta e somente a esta, proceder a todos os atos relativos a regulação e fiscalização dos serviços públicos que foram objeto da adesão ao protocolo de intenções e ratificada por lei do ente consorciado; o que significa dizer que este deverá submeter-se aos diplomas de conteúdo regulatório, bem como permitir todas as ações fiscalizatórias, e se por fim descumprir algum dispositivo legal, estará então sujeito as sanções aplicáveis, ou alternativamente, transacionar com a agência reguladora para corrigir as “não conformidades” encontradas em processo de fiscalização e instauração de processo administrativo, assegurado sempre o contraditório e ampla defesa.

Neste diapasão, as agências regulatórias, por força do que dispõe o artigo 5º, inciso III c/c § 6º da Lei nº 7.347/85, e também com escólio nas disposições do código de defesa do consumidor, estão legitimadas a celebrar ajustes de conduta com os entes regulados e seus concessionários/permissionários, como a propósito se extrai das lições de Kato (2012), que a despeito da legitimidade conferida as agências regulatórias para estabelecerem os termos de ajustamento de conduta, lastreados na Lei nº 7.347/85, consigna nos seguintes termos:

Nessa perspectiva, entende-se que estão legitimados os entes da Administração direta ou indireta vinculada a algum dos entes federativos previstos no art. 5º, III. Como destaca Geisa Assis Rodrigues, “[O] órgãos públicos típicos, mesmo sem personalidade jurídica, podem celebrar o ajuste desde que detenham personalidade moral (...) estando legitimados a agir em juízo, como o PROCON, e os órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente.” **Assim, agências executivas e reguladoras podem celebrar seus acordos com fundamento nessa Lei. Nesse ponto, note-se que a própria ANATEL tem utilizado desse fundamento legal para legitimar a celebração de seus acordos** – como já tratado acima e defendido também por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara.

Por fim, e não menos importante é a transcrição de decisão proferida pelo e. TRF da 5ª Região, o qual decidiu pela legalidade de portaria ditada pela ANP, em face é claro, do poder regulamentar reconhecido às agências reguladoras, cuja ementa está disposta assim:

EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. FISCALIZAÇÃO DA ANP. REVENDA DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO POR PREÇO ACIMA DOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA PORTARIA INTERMINISTERIAL 212/2000. PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. ARTIGO 69 DA LEI 9.478/1997. LEGALIDADE DA PORTARIA.

1. Não merecem acolhimento as assertivas concernentes à inconstitucionalidade da Portaria Interministerial 212/2000 - a qual estabeleceu preços máximos para a revenda de óleo diesel e gás liquefeito de petróleo -, por haver desbordado da competência legislativa enunciada pelo art. 238 da Constituição Federal.

2. Apenas mediante a edição da lei federal nº 9.478/1997 é que foi instituída a Agência Nacional do Petróleo, e definidas as suas competências; daí a necessidade de editar normas que alcancem a especificidade das situações jurídicas subsumidas à sua competência, o que é feito, legitimamente, através de portarias.

3. Na hipótese, a fiscalização administrativa constatou que a apelante revendia GLP em valores superiores aos limites máximos estabelecidos pela Portaria Interministerial nº 212/2000, incidindo, dessa forma, na prática de conduta consignada no art. 3º, III, da Lei 9.847/1999. (TRF5, AC 566.030, Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Disponibilizado em: 26/06/2014)

Em suma, dúvidas não há acerca da legitimidade conferida às agências regulatórias para celebrar os termos de ajustamento de conduta (TAC) com os seus entes consorciados e se acaso descumpridos, poderá então valer da natureza de título executivo extrajudicial que lhe confere o § 6º, parte final da Lei nº 7.347/85, para exigir o seu cumprimento na esfera judicial.

Neste diapasão, as agências reguladoras constituem-se, portanto, em importantes instrumentos de descentralização do poder estatal, fiscalizatório e polícia administrativa, que para tanto prescindem que estejam munidas de importantes ferramentas para melhor desempenhar suas funções com eficiência técnica, jurídica e regulatória, proporcionando aos usuários dos serviços públicos maior satisfação.

E no segmento de regulação dos serviços públicos de saneamento básico, as agências reguladoras no exercício do poder da discricionariedade administrativa que lhe é inerente, via delegação da administração direta, tem a seu favor a prerrogativa de utilizar-se de meios outros que não sejam exclusivamente o poder sancionatório e aplicação de multas, o que vem corporificado com a adoção dos termos de ajustamento de conduta que visam dentre outros fins a cessação da prática irregular, a reparação dos danos causados pela transgressão; ou enfim, coibir novas práticas lesivas ao usuário ou alternativamente impor formas dissuasivas ou reparatórias ao dano causado.

É fato, portanto, que os termos de ajustamento de conduta traduzem-se em novos instrumentos postos a disposição das agências reguladoras para coibir práticas lesivas a boa prestação dos serviços públicos, constituindo a aplicação de sanções como o último meio a ser empregado para equacionar as irregularidades encontradas, haja vista que as tendências que norteiam a moderna prática da administração pública tem-se pautando sempre em aplicar aquela penalização que se mostre menos gravosa ao prestador e mais eficaz ao usuário/consumidor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acerca das agências reguladoras, sua constituição e os poderes que lhe são inerentes em face de suas atribuições no segmento regulatório e fiscalizatório de serviços públicos de saneamento básico são relativamente novas, sendo ainda escassas as obras doutrinárias acerca do tema, cuja construção jurisprudencial tem se lastreado nos diplomas legais então existentes.

No entanto, é incontroverso que os entes regulados, sejam eles os municípios, estados ou a união, e os respectivos permissionários ou concessionários dos serviços públicos de saneamento básico, devem redobrar a preocupação em ofertar aos usuários dos serviços públicos com excelência e cuja cobrança das taxas e tarifas devem estar pautadas pela observância à modicidade e aos princípios que regem a administração pública em geral.

A par de tudo quanto foi exposto, e uma vez definida a competência e legitimidade conferida as agências reguladoras para estabelecer o termo de ajustamento de conduta (TAC) com seus entes consorciados, vale a pena destacar que o TAC é um valioso instrumento colocado à disposição da administração pública em face da previsão geral na lei da ação civil pública (Art. 5º, §6º, Lei nº 7.347/85), e também pelas disposições do código de defesa do consumidor. Através deste instrumento, todos os órgãos públicos legitimados para propor a referida ação civil pública estariam paralelamente autorizados a obter dos entes consorciados infratores o estabelecimento de um compromisso de adequação de conduta às exigências da Lei, sob pena de que este compromisso converta-se em título executivo extrajudicial e sujeite-lhes as penas e procedimentos próprios da execução por título extrajudicial.

Em suma, é de crucial importância empreender estudos e esforços conjuntos para fortalecer a atividade regulatória em nosso país, porquanto somente assim dar-se efetividade e cumprimento as diretrizes e exigências da Lei nº 11.445/07, Decreto nº 7.217/10, e em especial aos normativos preconizados pela nossa Magna Carta Constitucional, e também porque estará cumprido o honroso mister regulatório e fiscalizatório conferidos às agências de regulação.

E no tocante as agências reguladoras dos serviços de saneamento básico, tem-se que os termos de ajustamento de conduta também se mostram como importantes instrumentos a consecução dos seus objetivos, haja vista é claro a importância que a preservação dos recursos hídricos e o destino adequado dos resíduos sólidos têm norteado todos os níveis da administração pública e a política ambiental mundial.

A preocupação em adotarem-se instrumentos mais eficazes a preservação da natureza e dos recursos hídricos – como são exemplos os termos de ajustamento de conduta - devem, enfim, nortear a moderna administração pública, para enfim garantir as gerações futuras um ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Márcio Roberto Montenegro. **Agências reguladoras**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3883, 17 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26712>>. Acesso em: 21 de julho 2015.

BORGES, Alice Gonzalez. **Consórcios públicos, nova sistemática e controle**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de julho de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 mar. 2015.

_____. **Lei n.º 11.445**, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 jul. de 2015.

_____. **Decreto n.º 7.217**, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. **Lei n.º 11.107**, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. **Apelação Cível**. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Apelação cível nº AC 566.030**, Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Disponibilizado em: 26/06/2014. Disponível em: <www.trf5.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2015.

CARNEIRO, Evandro Lima. **O regime jurídico dos consórcios públicos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6970>. Acesso em: 21 de julho de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.451

KATO, Mariana Almeida, **Os acordos substitutivos e o termo de ajustamento de conduta**. Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2012, disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/>>. Acesso em: 05 de julho de 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. Ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 220 p. ISBN 978-85-89148-74-0.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de: **O poder normativo e de sanção das agências reguladoras**: In: Seminário Jurídico: O Poder Normativo e de Sanção das Agências Reguladoras, realizado pela Agência Reguladora ARESPCJ aos 20.05.2015, na cidade de Americana/SP

VIANA NETTO, Priscila Ramos. **A duplicidade de regimes jurídicos dos consórcios públicos em sua legislação reguladora e a sua incompatibilidade em face do sistema jurídico vigente**, 16.01.2008. Disponível em: <http://www.rzoconsultoria.com.br/artigo_desc.php?id=44>. Acesso em: 21 de julho de 2015.