



## PROCURADORIA LEGISLATIVA

PARECER AO PROJETO DE LEI N.º 75/2021

INICIATIVA: PODER EXECUTIVO

À MESA DIRETORA

**Poder Executivo. Agência Reguladora e  
Autonomia Financeira. Superavit  
Financeiro. Contabilidade Pública. Análise  
da validade. Considerações.**

Senhor Presidente,

O presente projeto, de autoria do Poder Executivo *“AUTORIZA O PODER EXECUTIVO MUNICIPAL A TRANSFERIR RECURSOS FINANCEIROS DA AGERSA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”*.

O projeto tem por finalidade o financiamento das despesas com Abrigos de Ônibus e com o estudo do Plano Municipal de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





## Breve conceito de agência reguladora

O agigantamento do Estado, cujo ápice foi verificado na década de 1980, levou-o a repensar, em 1990, seu papel. Como resultado o Estado decide buscar maior eficiência através da desestatização de alguns serviços públicos.

As agências reguladoras, no Brasil, surgem por conta das privatizações e da necessidade de disciplina das concessões. Trata-se de uma nova forma de atuação do Estado no domínio econômico. Tem-se a substituição do modelo de Estado interventor para um modelo gerencial, pautado pela regulação do serviço delegado à iniciativa privada e avaliação de desempenho e eficiência desta (iniciativa privada) enquanto concessionária, permissionária ou autorizatária de serviço público.

## Natureza jurídica de autarquia especial das agências reguladoras

Nas palavras do Prof. Tercio S. Ferraz Jr.<sup>1</sup>, *“o direito brasileiro incorporou um instrumento do direito norte-americano: as **agências reguladoras**. A nova entidade é considerada **autarquia especial**, em face dos poderes ampliados que*

1 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e Finanças Públicas. ano 8. vol. 35. p. 143-158. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2000  
“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





*detém em comparação com a simples autarquia. Sua principal característica, neste sentido, é apontada na independência (quanto a decisão, objetivos, instrumentos, financiamento). Por conta desta característica ocorre, com a criação das agências, uma ostensiva delegação de poderes, uns quase legislativos, outros quase judiciais e outros quase regulamentares. Tal delegação, obviamente, levanta sérias dificuldades no que toca ao fundamento constitucional”.*

Maria Sylvia Z. Di Pietro<sup>2</sup> esclarece porque as agências reguladoras foram criadas com regime especial: *“Elas estão sendo criadas em regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade dos seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outro órgão ou entidades da Administração Pública”.*

É defensável esta independência maior das agências em relação ao Poder Executivo, que não pode rever ou alterar os atos daquelas. Como ensina Di Pietro, *“A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas”.*

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

**“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”**





Para o Min. Joaquim B. Barbosa Gomes<sup>3</sup> as agências reguladoras podem ser conceituadas como: *“Em suma, trata-se de pessoas jurídicas de direito público, espécie do gênero autarquia, às quais são conferidas as funções de regulamentação, fiscalização e decisão em caráter descentralizado no âmbito de determinado setor da atividade econômica e social de grande interesse público. Por serem autarquias, devem ser criadas por lei, como determina o art. 37, XIX, da CF. Em razão do princípio da simetria, sua extinção também pode se dar através de lei específica e por motivos de interesse público”*.

No Brasil, verifica-se que as agências reguladoras, além das funções macrolistadas pelo Min. Joaquim Barbosa, no conceito mencionado acima, têm as atribuições próprias, enquanto autoridades, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público. Neste âmbito as agências podem, exemplificativamente e conforme o que estiver previsto na sua respectiva lei de sua criação:

1. regular os serviços objeto da delegação;
2. realizar a licitação que precede o ato de delegação;
3. celebrar o contrato de concessão ou permissão, ou praticar o ato de autorização;
4. definir o valor das tarifas e participar do controle dos reajustes;
5. controlar a qualidade dos serviços objeto da delegação;

<sup>3</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia – Uma reflexão de direito constitucional e comparado. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 13. vol. 50. p. 39-74. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar 2005.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





6. aplicar sanções;
7. rescindir o ato de delegação, ou revogar a autorização; e
8. atuar como ouvidora dos usuários do serviço objeto de delegação.

Diferente, portanto da chamada **agência executiva**, que se identifica por um critério negativo: seria uma autarquia destituída de competências regulatórias, dedicada a desenvolver atividades administrativas clássicas, inclusive a prestação de serviços públicos, subordinada a um plano estratégico e a um contrato de gestão<sup>4</sup>.

A Lei n.º 4.798, de 14 de julho de 1.999, que criou a AGERSA destacava a autonomia da agência e o seu caráter exclusivamente regulatório nos seguintes dispositivos:

*Art. 1º - Fica criada a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim - AGERSA, entidade integrante da administração pública municipal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada à Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, **dotada de poder de polícia e de autonomia administrativa e financeira.***

*Art. 3º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é **caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira.***

<sup>4</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal in “Curso de Direito Administrativo”, 2a ed. Rev. E atual. - São Paulo:Saraiva, 2006, pg. 474.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





*Art. 4º - A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.*

Se o que o projeto pretende é a transferência de recursos orçamentários da agência para outra unidade orçamentária do Executivo, e, talvez, do pressuposto de que as agências reguladoras não são absolutamente independentes do Poder Executivo, observa-se que a Lei que instituiu a AGERSA foi alterada pela Lei n.º 4.876/1999, que deu nova redação ao inciso II, do art. 38, determinando o repasse do excedente orçamentário aos cofres da Prefeitura Municipal, nos seguintes termos:

*Art. 38 - Constituem receitas da AGERSA, dentre outras fontes:*

*I - Dotações orçamentárias do orçamento geral do município, créditos especiais e repasses que lhe forem conferidos;*

*II - Recursos provenientes da outorga do serviço de saneamento, que deverão ser pagos diretamente à AGERSA, observando o que dispõe a Cláusula 14, item 14.1.1, do Edital de Concorrência Pública nº 06/97, devendo a Agência Reguladora reter, para a formação de sua receita orçamentária, até o limite de 30.000 (trinta mil) UFIR's mensais, repassando à Prefeitura Municipal mensalmente valores que eventualmente excedam esse limite<sup>5</sup>;*

<sup>5</sup> Evidentemente, pelo próprio decurso de tempo da aprovação da norma, os valores, bem como a própria unidade de referência já extinta, estão efetivamente desatualizados.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





Ocorre que **referida norma foi revogada pela Lei n. 5.807/2005**, que por sua vez foi revogada pela Lei n. 6.537/2011, não havendo nesta lei, nem em alterações posteriores (por exemplo, a Lei n. 7.237/2015), disposições relativas à execução de obras, subsídio de serviços, **ou transferência de recursos superavitários**.

A norma que se pretende aprovar atenta claramente contra o princípio da independência e autonomia financeira da agência, que deveria manter as suas receitas disponíveis em caixa próprio ou aplicações financeiras, destinadas a dotar a entidade de meios para o desempenho de suas funções e assegurariam a almejada autonomia financeira, **sem incumbências que fogem ao seu desiderato primordial, qual seja, a fiscalização, a regulação, o controle dos serviços públicos delegados, permitidos e concedidos**. Este tem sido o modelo adotado para as agências governamentais federais, que não possuem o ônus de realizar obras que cabem aos concessionários, **ou repassar excedentes ao caixa do Tesouro Nacional**.

Não obstante nosso entendimento, **há precedentes de aprovação deste tipo de lei no Município** com a aprovação da Lei n. 7312, de 25 de dezembro de 2015, que autorizava o repasse de verba própria ao Município, com a **finalidade de financiar a extensão de redes de distribuição de água para localidades afastadas e distritos**, como se observa:

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





LEI Nº 7312, DE 25 DE DEZEMBRO DE 2015.

**AUTORIZA A ABERTURA DE CRÉDITO ESPECIAL PARA INCLUSÃO DE DESPESAS NÃO PREVISTAS NA AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - AGERSA NO ORÇAMENTO VIGENTE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.**

A Câmara Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, Estado do Espírito Santo, **APROVA** e o Prefeito Municipal **SANCIONA** a seguinte Lei:

**Art. 1º** - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a incluir na **Unidade Orçamentária 71.01 – Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim - AGERSA**, despesas não previstas no Orçamento 2015, criando para tanto o seguinte:

**UNIDADE ORÇAMENTÁRIA: 71.01 – AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - AGERSA**

ELEMENTO DE DESPESA		VALOR ( R\$ )
3.0.00.00.00.00	DESPESAS CORRENTES	
3.3.00.00.00.00	OUTRAS DESPESAS CORRENTES	
3.3.91.00.00.00	APLICAÇÃO DIRETA DECORRENTE DE OPERAÇÃO ENTRE ÓRGÃOS, FUNDOS E ENTIDADES INTEGRANTES DOS ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL	
3.3.91.93.00.00	INDENIZAÇÕES E RESTITUIÇÕES	1.941.580,24
FONTE DE RECURSO		
299900005807	RECURSOS VINCULADOS – AGERSA	1.941.580,24
PROGRAMA DE TRABALHO		
28.846.0000.3.003	PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES, RESTITUIÇÕES E DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES	1.941.580,24

**Art. 2º** - O recurso a ser utilizado para atender ao disposto no artigo anterior é o proveniente de superávit financeiro, nos termos do que estabelece o Artigo 43, § 1º, item I, da Lei Federal 4.320/64.

**Art. 3º** - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Cachoeiro de Itapemirim, 25 de novembro de 2015.

**CARLOS ROBERTO CASTEGLIONE DIAS**

**Prefeito Municipal**

No mesmo sentido e mais recentemente, a lei Municipal 7.606, de 14 de novembro de 2018, dispõe:

**“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”**





“Art. 2º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a transferir recursos financeiros na ordem de R\$ 2.461.529,00 (Dois milhões, quatrocentos e sessenta e um mil, quinhentos e vinte e nove reais) da AGERSA para a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, a fim conceder, através da Secretaria Municipal de Obras, subvenção para investimento para execução das obras de extensão de redes de distribuição de água tratada nas localidades de Lambari, Tijuca, Safra, Timbó, Quilômetro Nove, Gironda e Monte Libano, georreferenciadas nos autos do Processo 53- 32184/2018.”

## Superavit Financeiro – Normas de Contabilidade Pública

3. Noutro momento, mas não menos importante, o artigo 3º cita a existência de **superavit financeiro** para atender à referida demanda. De acordo com o § 2º do art. 43 da Lei 4.320, superavit financeiro é o nome dado à diferença positiva entre Ativo Financeiro e Passivo Financeiro apurado no **balanço patrimonial** do exercício **anterior**. A esse resultado diminui-se os créditos adicionais que passaram pro outro exercício (aqueles abertos nos últimos 4 meses que foram prorrogados) e soma-se as operações de créditos a eles vinculadas. **Ele não se confunde com o excesso de arrecadação, que ocorre no exercício corrente** (§ 3º do art. 43 da Lei 4.320).

De acordo com o artigo 43 da Lei 4.320/64<sup>6</sup>, o superavit financeiro apurado no Balanço Patrimonial do exercício anterior poderá ser utilizado como fonte de recurso para a abertura de créditos suplementares ou especiais, dependendo da observância dos seguintes requisitos:

6 Que Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





a) **Exposição justificada**, para toda e qualquer abertura de crédito suplementar e/ou especial, a fim de que os óbices porventura existentes sejam minimizados ou mesmo extintos.

b) **Existência do recurso** em volume suficiente para o objetivo pretendido.

c) **Disponibilidade absoluta**, para que a administração possa lançar mão, de imediato, do recurso financeiro para aplicação na finalidade pretendida.

d) **Não comprometimento assegurado**, ao se verificar previamente se o recurso está ou não comprometido ou vinculado a outras obrigações, quais sejam: fundos especiais, convênios, obrigações trabalhistas, obrigações financeiras contratuais (juros e amortizações de empréstimos) e outras.

Com referência aos recursos vinculados<sup>7</sup> (Ver arts. 71 a 74, da Lei 4.320/64), o parágrafo único do art. 8º da LC no 101/2.000 (LRF) dispõe que os

<sup>7</sup> Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto da sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso, observando-se ainda, como acréscimo à presente exigência, as disposições do art. 50. I, da LC 101/2.000 (LRF), determinando que “a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória fiquem **identificados** e escriturados de forma individualizada”..

Dessa forma, por ocasião da apuração do Resultado Financeiro, deve-se levar em conta **a respectiva fonte de recurso**. Caso se verifique que houve superavit financeiro em determinada fonte, **esse saldo poderá ser utilizado como fonte para a abertura de créditos suplementares ou especiais, nos termos da lei**.

Resumindo ao máximo, ao mencionar a existência de superavit financeiro, para que sua aplicação se dê de forma legal, é necessário que se apresente, pelo menos, o **cálculo da apuração do resultado do exercício anterior**. De igual modo é necessário **saber se os recursos do superavit estão vinculados** à Unidade Orçamentária referente ao novo programa de governo.

O projeto necessita de **quorum qualificado para sua aprovação**, nos termos do art. 105, § 1.º, II, “f”, do Regimento Interno.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





## Conclusões resumidas

1. Entendemos que a transferência de recursos de Agência Reguladora atenta contra o princípio da independência e autonomia financeira da agência, mas, contra nosso entendimento, há legislação municipal nesse sentido, ressaltando que a aprovação e existência de leis em vigor não afastam vícios de formação das normas<sup>8</sup>;
2. Superavit é instituto de direito financeiro que depende de demonstrativo chamado **cálculo de apuração do exercício anterior, não juntado ao projeto**;

**A verificação prática da necessidade e adequação da política pública que se pretende implementar deve ser feita pelos Legisladores, no seu papel constitucional de Controle Externo do Executivo, no que poderão, inclusive, solicitar novas informações aos setores competentes da administração, que podem levar, ou não, a modificações no texto em comento.**

Opinamos pelo encaminhamento da matéria à Comissão de Constituição, Justiça e Redação para análise necessária com solicitação da documentação imprescindível e sua juntada com novas informações. Com o

<sup>8</sup> Ante o fato de a lei municipal ser norma hierarquicamente inferior à Constituição e por possuir nesta os fundamentos de validade e sustentação, **não será permitida a sua coexistência no ordenamento jurídico se seu conteúdo dispuser de modo a contrariar a Constituição, uma vez que somente com fundamento na Lei Maior é que ela poderia ser validada** (Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 48.. Por esse princípio, atribui-se **nulidade absoluta e ineficácia plena à lei incompatível com a Constituição Federal**, por lhe faltar o fundamento de validade. É lei que será afastada por provocação ao Estado-Juiz, ou mesmo, hodiernamente, aos Tribunais de Contas.

**“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”**





demonstrativo e informações juntados, opinamos pelo encaminhamento regimental da matéria. Sem eles, pela sua rejeição formal.

É o parecer para decisão de V. Ex<sup>as</sup>.

Cachoeiro de Itapemirim-ES, 01 de setembro de 2021.

Gustavo Moulin Costa

Procurador

OAB ES 6339

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”

