

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ

**O SANEAMENTO BÁSICO NO
ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:
EFICÁCIA E DESENVOLVIMENTO**

CURITIBA

2012

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ

**O SANEAMENTO BÁSICO NO
ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:
EFICÁCIA E DESENVOLVIMENTO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2012

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Diniz, Cláudio Smirne
D585s O saneamento básico no Estado brasileiro contemporâneo : eficácia e
2012 desenvolvimento / Cláudio Smirne Diniz ; orientador: Alvacir Alfredo Nicz.
– 2012
220 f. : il. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2012
Bibliografia: f. 212-220

1. Direito econômico. 2. Saneamento. 3. Política pública. 4. Privatização.
5. Desenvolvimento econômico. 6. Desenvolvimento social. I. Nicz, Alvacir
Alfredo. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.378

CLAUDIO SMIRNE DINIZ

**O SANEAMENTO BÁSICO NO
ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:
EFICÁCIA E DESENVOLVIMENTO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz
Orientador
Programa de Pós-Graduação em
Direito Econômico e Social – PUCPR

Curitiba, ____ de _____ de 2012.

“... o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”. (João Guimarães Rosa)

Ao meu filho José Antônio.

AGRADECIMENTOS

A contribuição de diversas pessoas possibilitou a idealização, a elaboração e a conclusão do presente trabalho.

O primeiro agradecimento dirige-se ao orientador Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz pelo sempre pronto, cortês e competente atendimento. A serenidade advinda de sua maturidade assumiu importância fundamental para que os trabalhos se desenvolvessem dentro de certo equilíbrio, em que pesem os desacertos do autor.

Agradece-se, também, aos ilustres professores que ofertaram as disciplinas cursadas no Programa de Doutorado em Direito da PUCPR: Profa. Dra. Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa, Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte, Prof. Dr. James José Marins de Souza, Profa. Dra. Katya Kozicki, Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet e Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro. Cada qual contribuiu significativamente com o processo de pesquisa, além de emprestar a motivação, decorrente de suas trajetórias, indispensável ao desenvolvimento das atividades acadêmicas.

À Eva Curelo e à Verônica Krauss, pela sempre agradável presença e pela sistematização eficiente das informações acadêmicas.

Aos Promotores de Justiça, Dra. Adriana Vanessa Rabelo Câmara, Dra. Danielle Gonçalves Thomé, Dra. Janaina Bruel Marques e Dr. Paulo Ovídio dos Santos Lima, colegas do Ministério Público do Estado do Paraná, pela compreensão e pelo esforço em suprir os afastamentos necessários à pesquisa.

Ao meu pai Lúcio, à minha mãe Wanda e à minha irmã Luciana, por terem proporcionado bases sólidas e, portanto, perenes, capazes de dar sentido ao que em mim tem sido construído.

À querida Hirmínia, por há mais de dez anos vivenciar, integrar e compartilhar absolutamente todos os projetos e experiências que a vida tem me proporcionado, inclusive este, que lhe fez suportar momentos de ausência e de inquietude, invariavelmente presentes nas empreitadas acadêmicas.

Ao meu filho José Antônio, por fazer-me descobrir – com sua existência abençoada, com a felicidade sempre retratada em seu olhar e com o encanto de suas palavras – que, contrapondo-se à inexorável incompletude humana, os sentimentos podem ser infinitos.

Resumo

O estudo proposto insere-se no contexto brasileiro pós-privatizações. Serão analisadas as relações mantidas entre o Estado, o mercado e os cidadãos, tendo-se como referência o segmento do serviço de saneamento básico. A defesa da participação privada vale-se dos argumentos do aumento da eficiência e da potencialidade de se efetuar novos aportes de investimentos, já que o setor público, abalado pela crise fiscal, teria dificuldades em assim proceder. Entretanto, o capital privado é atraído, invariavelmente, pela realização de lucros e, portanto, atuará no setor com esse objetivo. Por outro lado, o setor de saneamento básico não é sempre rentável, o que retira o interesse espontâneo ao investimento privado. É diante desse conflito estabelecido entre a realização de lucro e os direitos elementares que se propõe a discussão acerca das funções estatais de planejamento, normatização e regulação da economia. O objetivo é demonstrar o caráter indispensável da atuação do Estado, dentro de determinados critérios, propiciando as condições necessárias ao desenvolvimento, incapaz de ser atingido exclusivamente pela articulação privada das forças produtivas. Essa junção entre o público e o privado, assim como as consequências que dela decorrem, constitui-se no pano de fundo da pesquisa elaborada. Analisa-se que a submissão do serviço de saneamento à lógica mercantil deve ser vista com reservas, pois sua implantação, pura e simples, fugiria por completo da atuação redistributiva. A problemática levantada conduz à reavaliação das atividades estatais antes mencionadas, confrontando-as com o princípio da livre iniciativa, apontando-se no sentido de que a ponderação desses vetores deverá definir os limites e os objetivos da atuação estatal, na expectativa de que o adequado exercício dessa função possa compor os conflitos e promover a universalização do serviço, diante do quadro já posto das pessoas privadas no exercício de funções públicas.

Palavras-chave: Atuação estatal no domínio econômico. Serviço público de saneamento. Políticas públicas. Regulação. Privatizações. Desenvolvimento econômico e social.

SANITATION IN THE CONTEMPORARY BRAZILIAN STATE: EFFICIENCY AND DEVELOPMENT

Abstract

This study is conducted in the context of post-privatization in Brazil. The relationship between the State, the market and the citizens will be analyzed, taking into account the service of sanitation. Proponents of private participation believe in the improvement of efficiency and the potential of acquiring new types of investments, given that the public sector, damaged by the fiscal crisis, has been facing difficulties. However, private capital is invariably attracted by the realization of profit and, therefore, will act in the sector with this objective. On the other hand, the sector of sanitation is not always profitable, which eliminates the spontaneous interest in the private investment. In light of this conflict between making a profit and guaranteeing basic rights, a discussion regarding the state functions of planning, normatization and regulation of the economy is proposed. The objective is to demonstrate the indispensable character of the State, within certain criteria, fostering conditions necessary to development, which could not be attained solely by the private articulation of productive forces. This partnership between the public and the private sectors, as well as its consequences, constitutes the background of this research project. This project concludes that the subservience of the sanitation services to the market power should be seen with reservation, given that its implementation, in a simple and pure fashion, would completely miss the redistributive performance. The problems discussed in this study promote the reassessment of the aforementioned state activities, which are confronted with the principle of free enterprise. They also indicate that the balance of these variables should set the limits and objectives of the state activities, in the hope that the adequate realization of this function can compose the conflicts and promote the universalization of the service

Keywords: State activities in the economic environment. Sanitation public services. Public politics. Regulation. Privatization. Economic and social development.

ASSAINISSEMENT DANS L'ETAT BRÉSILIE COMTEMPORAIN: EFFICACITE ET DÉVELOPPEMENT

Résumé

Cette étude est menée dans le contexte de post-privatisation au Brésil. La relation entre l'État, le marché et les citoyens seront analysés, en tenant compte du service de l'assainissement. Les partisans de la participation du secteur privé croient en l'amélioration de l'efficacité et le potentiel d'acquisition de nouveaux types de placements, étant donné que le secteur public, endommagé par la crise financière, a été confronté à des difficultés. Toutefois, le capital privé est invariablement attiré par la réalisation de bénéfices et, par conséquent, se manifestera / agira dans le secteur dans cet objectif. D'autre part, le secteur de l'assainissement n'est pas toujours rentable, ce qui élimine l'intérêt spontané de l'investissement privé. En vue de ce conflit, entre faire un bénéfice et garantir les droits fondamentaux, est proposée une discussion sur les fonctions de l'État en ce qui concerne la planification, la normalisation et la réglementation de l'économie. L'objectif est de démontrer le caractère indispensable de l'Etat, qu'à partir de certains critères, favoriserait les conditions nécessaires au développement, qui ne pouvait pas être atteint uniquement par l'articulation privée des forces productives. Ce partenariat entre le public et le secteur privé, ainsi que ses conséquences, constitue l'arrière-plan de ce projet de recherche. Ce projet conclut que la soumission des services d'assainissement à la puissance de marché doit être considérée avec réserve, étant donné que sa mise en œuvre, d'une manière simple et pure, passerait complètement à côté de la performance redistributive. Les problèmes évoqués dans cette étude promeuvent la réévaluation des activités de l'Etat mentionnées ci-dessus, qui sont confrontés au principe de la libre entreprise. Ils indiquent également quel équilibre de ces variables devrait fixer les limites et les objectifs des activités de l'Etat, dans l'espoir que la réalisation adéquate de cette fonction permette de composer des conflits et de promouvoir l'universalisation du service.

Mots-Clés: Activités de l'État dans l'environnement économique. Services publics d'assainissement. Politique publique. Règlement. Privatisation. Le développement économique et social.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA	17
2.1 A evolução das ideias econômicas	17
2.1.1 O Estado Liberal	17
2.1.2 O Estado Intervencionista	22
2.1.3 O Estado Neoliberal	32
2.2 Os serviços públicos	46
2.2.1 O serviço público é dever do Estado	52
2.2.2 Normas que definem a adequação dos serviços públicos	54
2.2.3 As pessoas privadas no espaço público	59
3 ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO	64
3.1 Planejamento estatal e políticas públicas	75
3.1.1 Planejamento estatal	75
3.1.2 Finanças públicas	84
3.1.3 Políticas públicas	88
3.2 Atividade regulatória do Estado	91
3.2.1 Conceito de regulação	94
3.2.2 Justificativas para a intervenção estatal: regulação econômica e social	98
3.2.3 Críticas ao Estado Regulador	107
4 INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS	111
4.1 Atuação direta	111
4.1.1 Empresas estatais	111
4.1.2 A crítica quanto à ineficiência das empresas estatais	114
4.1.3 Mecanismos voltados ao aumento da eficiência das empresas estatais	117
4.2 Atuação por direção e por indução	120
4.2.1 Agências reguladoras e executivas	120
4.2.2 Concessões	122
4.2.3 Terceiro Setor e parcerias público-privadas (PPPs)	124
5 DESENVOLVIMENTO	128
5.1 Teorias do desenvolvimento	130
5.1.1 Teoria da modernização	130
5.1.2 Teoria da dependência	132
5.1.3 O movimento direito e desenvolvimento	134
5.2 Desenvolvimento econômico	137
5.2.1 Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição do direito internacional	139
5.2.2 O Estado Brasileiro e o desenvolvimento	142
6 O SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO	145

6.1 Características econômicas do serviço de saneamento e inter-relações com outros segmentos	148
6.1.1 Os déficits na área de saneamento básico	151
6.1.2 Histórico do serviço de saneamento no Brasil	155
6.1.3 Experiência de outros países	162
6.2 O papel do Estado no serviço de saneamento básico.....	167
6.2.1 Competência em matéria de saneamento	168
6.2.2 Planejamento, políticas públicas e regulação na área de saneamento.....	174
6.2.3 Participação das pessoas privadas.....	190
7 CONCLUSÃO	199
REFERÊNCIAS.....	212

1 INTRODUÇÃO

O estudo proposto insere-se no contexto socioeconômico brasileiro da contemporaneidade, especificamente no período pós-privatizações. A pesquisa desenvolve-se a partir da constatação de que significativa parcela da população brasileira vive em condições indignas e, portanto, encontra-se à margem do processo de desenvolvimento. O acesso ao serviço de saneamento básico bem exemplifica esse distanciamento.

Acredita-se que o meio para a superação do quadro de desigualdades e de exclusão social não se limita à elevação da quantidade de riqueza nacional, mas pressupõe, sobretudo, a superação de circunstâncias estruturais, responsáveis pelos desequilíbrios apontados.

Nessa perspectiva, diante da ordem jurídica brasileira vigente, serão observadas, à luz dos novos parâmetros estabelecidos pelas reformas constitucionais, as relações doravante mantidas entre o Estado, o mercado e os cidadãos, valendo-se como referência, para tanto, do segmento do serviço de saneamento básico.

As reformas constitucionais a que se refere receberam inspirações do pensamento neoliberal.¹ Por meio delas propiciou-se o afastamento do Estado da produção econômica direta (Estado-empresário), de forma a posicioná-lo na condição de agente regulador da economia (Estado Regulador).

A defesa da participação privada vale-se dos argumentos do aumento da eficiência e da potencialidade de se efetuar novos aportes de investimentos, já que o setor público, abalado pela crise fiscal, teria dificuldades em assim proceder. Nesse sentido, no campo do saneamento básico, especificamente, algumas empresas estatais foram privatizadas, enquanto outras receberam empresas privadas em sua composição societária.

Essas mudanças estruturais são ricas em significados, pois o capital privado é atraído, invariavelmente, pela realização de lucros e, portanto, atuará no setor com esse objetivo. Entretanto, o setor de saneamento básico não é sempre

¹ É preciso que se ressalve que o neoliberalismo não foi plenamente implantado no Brasil. Ao contrário, grande parcela da produção econômica brasileira ainda se encontra em poder do Estado, a exemplo do setor petrolífero, bancário, dentre outros, sem falar na elevada carga tributária, se comparada ao Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Na verdade, a ordem jurídica brasileira recebeu certos influxos do pensamento neoliberal, mas está longe de incorporá-lo em sua integralidade.

rentável, ou seja, em certas localidades, habitadas por pessoas com maior poder aquisitivo, é possível o investimento privado e o imediato retorno; porém, em locais mais distantes desses centros privilegiados, grande parcela da população não tem condições de arcar com o custo das respectivas tarifas e, assim, naturalmente, não haverá interesse espontâneo no investimento privado.

É diante desse conflito estabelecido entre a realização de lucro (ínsito às pessoas privadas que agora exercem funções públicas) e os direitos elementares – a serem concretizados mediante a universalização dos serviços essenciais; entre as expectativas empresariais e as expectativas sociais; entre a igualdade material e a liberdade de iniciativa; tomando-se por paradigma o serviço de saneamento básico – que se propõe a discussão acerca das funções estatais de planejamento, normatização e regulação da economia.

Entende-se haver razões suficientes para a construção da teoria dos serviços públicos ter se desenvolvido sob os fundamentos da titularidade estatal – o Estado como provedor de serviços públicos –, da interdependência social e da submissão ao princípio da universalidade. Diante disso, a submissão do serviço à lógica mercantil deve ser vista com reservas, pois sua implantação, pura e simples, fugiria por completo da atuação redistributiva, inerente aos serviços públicos.

Toma-se como referência o serviço de saneamento básico, ainda que esse setor não tenha sofrido tão intensamente os efeitos das reformas regulatórias da década de 1990, no sentido da privatização, em larga escala, das empresas estatais prestadoras de serviços públicos e da formatação do ambiente de competição (regulação concorrencial). Entretanto, optou-se pelo estudo desse setor, por reunir características que o distingue dos demais, permitindo a discussão da hipótese de que a lógica privada não seria capaz de corrigir os déficits de saneamento, sendo imprescindível a atuação estatal no setor, principalmente no planejamento e na elaboração das estratégias de financiamento.

Também motiva a pesquisa a constatação de que o Estado Brasileiro não possui tradição em bem desempenhar essas atribuições que a própria Constituição lhe conferiu. Ao contrário, a história da relação entre o Estado Brasileiro e a ordem econômica é marcada por soluções imediatistas, em detrimento da atividade planejada de longo prazo.

Essa falta do Estado traz consequências desastrosas para o país, o que pode ser observado na lentidão do desenvolvimento econômico – principalmente no

alto índice de exclusão social; na precariedade das políticas públicas, caracterizadas, em regra, pela pessoalidade e pelos fins demagógicos, em prejuízo do caráter técnico em sua formulação e implantação; e na insuficiência dos serviços essenciais, constatada no distanciamento dos ideais de universalização.

A problemática levantada conduz à reavaliação das atividades estatais antes mencionadas, confrontando-as com o princípio da livre iniciativa, adotado no texto constitucional. A ponderação desses vetores deverá definir os limites e os objetivos do planejamento, da normatização e da regulação da atividade econômica, pois se questiona se deveriam tais funções estar adstritas, apenas para que se venha a corrigir episódicas “falhas de mercado”; ou se poderiam, ante o conflito mencionado, serem ampliadas para que venham, inclusive, a encampar preocupações sociais concernentes aos destinatários dos serviços essenciais; ou, de forma mais alargada, se tais funções devem necessariamente estar comprometidas com o desenvolvimento econômico-social do país.

Propõe-se o aprofundamento do estudo desses institutos, na expectativa de que o adequado exercício dessas funções possa superar os conflitos antes mencionados e promover a universalização do serviço, diante do quadro já posto – e em relação ao qual não se pretende opor – das pessoas privadas no exercício de funções públicas.

Pretende-se, o quanto possível, desvencilhar-se de questões ideológicas preconcebidas, tendo em vista que a pesquisa ingressa no campo das convicções que são tidas a respeito do Estado – seu modelo e dimensões –, o que tende a derivar a pesquisa científica para terrenos ricos em subjetivismo. Como precaução, portanto, não se quer ser contrário ao Estado nem às suas reformas. Admite-se, apenas, que, apesar das imperfeições que o cercam, é ele necessário e último agente para a promoção de direitos fundamentais.

Como pondera Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Não se trata de ser contra ou a favor de privatização. Privatização não contém em si mesmo qualquer conotação ideológica definitiva. Determinado processo de desestatização é que pode ter – e em geral tem – aquela conotação. Assim, não se é de ser contra ou a favor de privatização, podendo e devendo o cidadão se posicionar, contudo, sobre um processo específico de desestatização.²

² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A privatização das empresas estatais. **Revista de Direito Federal**, Niterói, v. 17, n. 59, p. 423, 1998.

Fica dito, portanto, que o Estado deve estar comprometido com o desenvolvimento e com a promoção dos direitos fundamentais. Em resumo, reside nessa função instrumental sua razão de existir. Por outro lado, não é crível que a atuação estatal, por si só, mostre-se suficiente para a realização efetiva dessas metas, o que o leva, inevitavelmente, a socorrer-se das pessoas privadas. Essa junção entre o público e o privado – não somente inevitável, como desejável –, assim como as consequências que dela decorrem, constitui-se no pano de fundo da pesquisa elaborada.

Ocupa-se, em suma, da discussão acerca do caráter desenvolvimentista da atuação estatal na esfera econômica, mediante o exercício do planejamento. O objetivo é demonstrar o caráter indispensável da atuação do Estado, dentro de determinados critérios, propiciando as condições necessárias ao desenvolvimento, incapaz de ser atingido exclusivamente pela articulação privada das forças produtivas.

O trabalho está dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo, será examinada a relação existente entre o Estado e a ordem econômica, tanto a perspectiva histórica – do Estado Liberal ao Estado Neoliberal – quanto seu dever em atuar na economia para assegurar a oferta de serviços públicos adequados e em caráter universal, considerando o recente ingresso das pessoas privadas nesse espaço público.

No segundo capítulo, trata-se das estratégias de atuação estatal no domínio econômico, abordando-se o planejamento, as políticas públicas, as implicações orçamentárias e o exercício da atividade regulatória. Nesse capítulo, será sustentada a inafastabilidade da atuação estatal e a necessidade de se resgatar o planejamento econômico, há muito esquecido no cenário brasileiro.

O terceiro capítulo versa sobre os meios de que dispõe o Estado para atuar na esfera econômica. Tratar-se-á dos instrumentos de atuação direta, consistente no ingresso do Estado no mercado por meio de empresas estatais, e dos instrumentos para a atuação por direção, o que envolve as agências reguladoras e executivas, as outorgas de concessão de serviço público e a regulação do Terceiro Setor e das parcerias público-privadas.

O objetivo do quarto capítulo é apontar que a prestação de serviços públicos conduz ao desenvolvimento econômico-social. Nessa perspectiva, a justificativa para a atuação estatal estaria na promoção do desenvolvimento, em

todos os segmentos de relevância social em que a aplicação da lógica mercantil não basta para a consecução das finalidades públicas.

No sexto capítulo, a bagagem teórica desenvolvida ao longo dos capítulos anteriores será transposta para o segmento específico do saneamento básico. Serão tratadas das características do serviço e, uma vez expostas suas peculiaridades, ocupar-se-á das políticas setoriais, o que passa pela necessidade de universalização da prestação e da pertinência – e em que condições – da participação dos agentes privados.

A tese está fundada em dois aspectos centrais: i) a necessidade de o Estado atuar na esfera econômica com o propósito de promover o desenvolvimento, em todos os segmentos em que tal rumo não puder ser dado pela articulação espontânea das forças de mercado; e ii) a existência de obstáculos à participação privada na prestação do serviço de saneamento básico, situação que recomenda o desenho da regulação setorial em consonância com tais adversidades.

2 O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA

O presente capítulo trata da relação entre o Estado e a economia. Aborda-se essa relação sob a perspectiva histórica, a partir da evolução das ideias econômicas, desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Intervencionista, até o Estado Neoliberal ou Regulador (item 2.1).

Por outro lado, será destacado o dever do Estado em posicionar-se no cenário econômico de forma a assegurar a adequação dos serviços públicos, bem como a participação dos agentes privados que ingressam nesse espaço público (item 2.2).

2.1 A evolução das ideias econômicas

No sistema de produção capitalista, assentado na apropriação privada dos meios de produção, é assegurada a prioridade dos particulares na exploração da atividade econômica, cabendo ao Estado certas funções de interesse público. Nesse tópico, trata-se desse convívio entre as iniciativas pública e privada em diferentes momentos da história econômica.

Importa analisar, mesmo que sucintamente, o que se passou acerca da relação estabelecida entre o Estado e a ordem econômica, de forma a melhor analisar o que atualmente se discute. Será destacado, nesse sentido, que a relação que se trata é caracterizada por frequentes oscilações, ora pendendo para a intervenção mais significativa, ora pelo distanciamento.

2.1.1 O Estado Liberal

Remontam ao século XVII, as correntes de pensamento empenhadas na discussão das ideias de liberdade e de racionalismo, as quais, no século seguinte, inspiraram a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, assim como o Iluminismo e o

movimento enciclopedista, na França.³ A proposta era a de superação das amarras do Estado Absolutista, que não trazia a segurança jurídica almejada, dada a possibilidade latente de intervenções do monarca na esfera jurídico-patrimonial de seus súditos.

As bases do pensamento liberal derivaram para a formação do liberalismo político, fundado na concepção da divisão de poderes e na concretização dos direitos humanos. De outro lado, o liberalismo econômico é fundado no modo de produção capitalista e das forças internas que o sustentam, surgidas naturalmente a partir do livre mercado.

A convergência entre ambos reside na segurança jurídica, na medida em que se constitui em preceito do liberalismo político e, ao mesmo tempo, vem a ser premissa para o adequado funcionamento da economia capitalista. Todas essas mudanças, ocorridas nos campos político e econômico, construíam a doutrina liberal e manifestavam-se, ostensivamente, em diversos acontecimentos, de maneira a refletir – na política, no direito, na tecnologia e na economia –, com sinais concretos, a nova ordem de ideias que então despertava. Exemplo disso, na seara política, foi a Independência Americana, conquistada em 1776.

No direito, o *Décret d'Allarde*, na França, ao extinguir as corporações de ofício, evidenciava os novos tempos, na medida em que permitia aos cidadãos o livre exercício da escolha de sua profissão, sem que fosse necessária a prévia filiação a qualquer tipo de organização.

No terreno da tecnologia, vivenciava-se a mecanização da indústria têxtil, desencadeando-se a Revolução Industrial. Esse fenômeno teve início na Inglaterra, provocando fortes reflexos sociais, os quais, posteriormente, alastraram-se para a Europa Continental, atraindo para as fábricas os trabalhadores que, antes, produziam no restrito âmbito doméstico, o que representava a diminuição da intensidade do trabalho artesanal e o surgimento da classe do proletariado. Foi nesse cenário socioeconômico que se desenvolveram os estudos de Adam Smith.

Antes mesmo do aparecimento das grandes fábricas, das cidades fabris, dos regimentos a que estavam submetidos os trabalhadores, dos industriais e dos

³ Nesse mesmo contexto, na Inglaterra, surgiu a doutrina utilitarista da qual é precursor Jeremy Bentham (1748-1832), autor de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789). Para essa doutrina, os atos humanos não devem ser avaliados e justificados moralmente apenas em função de suas intenções, mas também por seus resultados práticos, vale dizer, o bem se identifica com o útil.

grandes grupos econômicos – fase inicial da Revolução Industrial –, Adam Smith publicou a obra intitulada *Uma investigação da natureza e causas da riqueza das nações*. Trata-se da maior referência sobre o liberalismo econômico e a base da denominada Escola Clássica da Economia.

O cerne do pensamento do autor refere-se à necessidade de o mercado ser constituído e desenvolvido em regime de liberdade, uma vez que o funcionamento da economia dar-se-ia por meio de leis naturais, originadas de um mecanismo de autorregulação, ao que denomina “mão invisível”. Esse mecanismo natural dispensaria a ingerência estatal, pois eventuais desequilíbrios seriam corrigidos no âmbito do próprio mercado.⁴

Esse substrato teórico, no qual irá se fundar o Liberalismo Político e Econômico, reflete a oposição que o Estado Liberal fazia ao Estado Absolutista, até então existente, o que é estampado nas profundas transformações operadas naquele momento histórico, cujos reflexos são notados no enorme distanciamento estabelecido nas relações entre Estado e economia.

A intervenção estatal era assim vista como maléfica à sociedade e, portanto, deveria ser coibida. A riqueza das nações decorreria da dedicação de cada um dos cidadãos, livres para fazerem suas próprias opções. E, assim, ao defenderem seus interesses individuais trariam benefícios à coletividade.

Cada indivíduo esforça-se continuamente para encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo da sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade.⁵

Segundo Adam Smith:

Na verdade, ele não pretende, normalmente, promover o bem público, nem sabe até que ponto o está a fazer. Ao preferir apoiar a indústria interna em vez da externa, só está a pensar na sua segurança, e, ao dirigir essa indústria de modo que a sua produção adquira o máximo de valor, não está a pensar no seu próprio ganho, e neste como em muitos outros casos, está

⁴ A denominada Lei de Say ou Lei dos Mercados constitui-se na pedra angular do pensamento liberal. Segundo ela, a oferta cria sua própria demanda, promovendo o equilíbrio econômico. Consequentemente, a economia capitalista seria autorregulável, dispensando a intervenção estatal.

⁵ SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981, v. 2, p. 757.

a ser guiado por uma mão invisível a atingir um fim que não fazia parte das suas intenções.⁶

A tônica liberal é a preservação das liberdades individuais, asseguradas por meio da limitação ao poder estatal.⁷ As atividades estatais deveriam ser restritas à edição das leis, à defesa da sociedade contra a violência, à manutenção da defesa comum (segurança pública), ao provimento da justiça e à realização das obras públicas necessárias. O direito destinava-se a prevenir e a punir atos atentatórios à liberdade e à propriedade.

Quanto maior o mercado, maiores seriam os benefícios coletivos, tendo em vista que a teoria em exame parte do pressuposto de que todas as classes sociais teriam livre acesso à propriedade privada e aos meios de produção. A liberdade de empresa propiciaria a concorrência necessária que iria provocar a redução dos custos sociais. As desigualdades sociais seriam superadas a partir do momento em que houvesse igualdade perante a lei. Priorizava-se assim a igualdade de oportunidades e, daí para frente, cada um seria individualmente responsável pelo seu destino. Quanto mais livre o país, maior seu crescimento econômico.⁸

No campo do direito, a partir do séc. XVIII, houve relevantes transformações, dentre as quais se destacam as trazidas pelo movimento constitucionalista. A pretensão do movimento foi a de organizar o Estado de forma a assegurar os direitos do homem e do cidadão. Em reflexo disso, surgiram as constituições clássicas ou liberais, inspiradas em mecanismos de garantia dos cidadãos em relação ao Estado.

Com a contenção estatal, estabeleceu-se a distinção entre o plano político e o plano econômico, ainda que o que se buscava era a reprodução, no direito, da mesma ordem natural que se visualizava na economia. A conclusão disso era que, também no direito, o Estado deveria submeter-se a limitações.

O surgimento do capitalismo-liberal representa, portanto, a passagem para um sistema em que o processo de alocação de recursos é ditado pelo mercado. “A tarefa jurídica que se impõe é, então, a da conciliação de leis de mercado com

⁶ SMITH, 1981, v. 2, p. 758.

⁷ Há, na verdade, significativa redução do poder político.

⁸ Embora apregoe a liberdade econômica, Adam Smith posiciona-se contrariamente à constituição de grandes empresas e conglomerados que trabalhem em regime de monopólio.

leis jurídicas. As leis jurídicas refletem assim as necessidades de organizar o mercado e permitir sua subsistência”.⁹

Segundo Fernando Herren Aguillar:

O direito liberal organiza o mercado, mas dele não participa, deixando que os agentes econômicos interessados trabalhem com desenvoltura dentro das regras preestabelecidas. O Estado constrói a infra-estrutura do mercado, dota-o de aparelhos indispensáveis ao funcionamento, cobre-o com a proteção do direito civil e comercial, para os casos em que algum agente não queira submeter-se às regras que livremente aceitou cumprir. Mas supõe agentes maduros e capazes, tanto consumidores quanto comerciantes, que contratarão seus negócios sem a ajuda do Estado, e, por isso mesmo, se contratarem mal sofrerão as conseqüências de seu mau passo.¹⁰

Surge, assim, a Constituição como produto da observação da realidade social, compreendida como um sistema normativo harmônico, composto de regras e princípios, de caráter cogente, que disciplina as relações sociais. Segundo J. J. Canotilho:

(...) Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.¹¹

Essas inovações na ordem jurídica foram determinantes para a consolidação do pensamento liberal, conferindo ao mercado regras para sua organização e meio para sua manutenção.

O Estado Brasileiro, durante o séc. XIX, na esteira do pensamento liberal então vigente, foi não intervencionista. Sua ação na economia era fundamentalmente regulatória. Limitava-se a conceder empréstimos especiais às empresas estrangeiras que aqui se instalavam, a exemplo do ramo das ferrovias, garantindo-lhes os respectivos rendimentos.

⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 51.

¹⁰ AGUILLAR, 1999, p. 52.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

Até 1920, o regime do *laissez-faire* preponderou no Brasil. Poucas modificações foram vivenciadas, exceto quanto à criação de novos bancos estatais – destinados ao apoio do setor agrícola – e à promulgação da Emenda Constitucional de 03.09.1926, que atribuía ao Congresso Nacional a competência para “legislar sobre comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público”.

2.1.2 O Estado Intervencionista

As profecias liberais, contudo, não se confirmaram. O mercado não evoluiu da maneira prevista na Escola Clássica, sendo observado que o autoequilíbrio preconizado não foi capaz de evitar a concentração do poder no setor industrial, em níveis jamais supostos, e, menos ainda, o surgimento do agente privado de porte transnacional. A economia caminhava para a constituição de grandes monopólios que surgiam sem quaisquer restrições por parte do Estado, trazendo limitações às liberdades individuais.

Por outro lado, não se observou a geração dos benefícios sociais almejados. A igualdade meramente formal, até então defendida, mostrou-se insuficiente para garantir a subsistência do liberalismo, trazendo profundo colapso social. Enfim, o acúmulo do capital em determinados segmentos provocou forte desequilíbrio econômico e social, demonstrando que, ao contrário do pensamento de Adam Smith, nem todas as pessoas poderiam, por suas próprias forças, ter seu lugar ao sol em um mercado de livre competição.

Assim, dentro da nova ordem que se desenhava, o direito incorporava a ótica social. Enquanto nas primeiras declarações de direitos, de inspiração liberal, preponderava o caráter eminentemente individualista, no Estado Intervencionista o destaque era a ótica social. Há o reconhecimento, pelo Estado, dos direitos naturais, fundados não somente na liberdade, mas também na igualdade. Ou seja, liberdade está para o Estado liberal, assim como a igualdade está para o Estado-providência.¹²

Destaca Alvacir Alfredo Nicz:

¹² NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 163, p. 261-279, julho/setembro, 2004.

A igualdade de tratamento constitui um princípio de justiça, cuja validade ultrapassa a de todos os princípios democráticos e liberais. Esse princípio se estende além de uma igualdade puramente formal, para ser, no Estado contemporâneo, principalmente, uma igualdade econômica. Muitas vezes a igualdade de posições jurídicas formais esconde uma desigualdade social.¹³

Historicamente, as questões econômicas não possuíam relevância constitucional. Na verdade, os temas relacionados à economia eram relegados a segundo plano, o que se explica, dentre outros fatores, pela influência da teoria kelseniana, segundo a qual o direito é constituído por uma estrutura normativa fechada e autossuficiente e, portanto, imune e incomunicável com outras ciências sociais. As normas jurídicas eram o único tema sobre o qual o jurista deveria se ocupar, enquanto a economia era assunto restrito aos economistas.¹⁴

Outros rumos surgiram no momento histórico compreendido entre o final da Primeira Guerra Mundial e os anos imediatamente subsequentes, marcados por investimentos estatais de alta monta na economia. As proporções de tais aportes eram tão substanciais que, em decorrência disso, os países foram obrigados a fazer da economia uma questão política fundamental de governo.

O “Estado contemporâneo foi cada vez mais se distanciando da função meramente organizativa da estrutura de mercado, tornando-se seu agente influenciador”.¹⁵ Na verdade, a economia passa a ocupar o principal espaço da agenda estatal, na medida em que prepondera a concepção de que a atividade econômica e tudo que existe ao redor – e que a sustenta – são temas sérios demais para serem dispostos livremente pelos particulares.

Diante de tamanha vulnerabilidade, de efeitos inestimáveis, não havia como se justificar o desinteresse do Estado pelas atividades econômicas. O Estado, portanto, por meio do direito, enfronha-se nessa seara que há pouco esquecera, de forma a promover a completa publicização da economia.

Esse é o contexto do surgimento das chamadas constituições econômicas, definidas como o conjunto de regras e princípios que versam sobre os

¹³ NICZ, 2004.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. O autor propõe a criação da “teoria pura do direito”, purificada de toda ideologia política. Pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, que não pertençam ao seu objeto. Kelsen transformou os julgamentos do tribunal, antes baseados em lógicas políticas, em julgamentos constitucionais, calcados na lógica jurídica. O conhecimento jurídico dirige-se às normas jurídicas, sendo elas as que conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos.

¹⁵ AGUILLAR, 1999, p. 72.

contornos da ordem econômica e, assim, estabelecem a organização e o funcionamento da economia.

A disciplina constitucional acerca do tema faz com que a política econômica a ser implementada, por meio de atos administrativos e normativos, não seja absolutamente livre, mas esteja vinculada à concretização dos princípios constitucionais.¹⁶

Fábio Konder Comparato identifica o surgimento do direito econômico nesse cenário sociopolítico, em decorrência, dentre outros fatores, do impacto que a criação de organismos e a produção de normas de caráter econômico estavam gerando naquele contexto:

A posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar. A se porfiar no otimista “laissez faire”, ter-se-ia na prática um “laissez ne pas faire”. Incumbia a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado.¹⁷

Surgia, portanto, um novo direito, qual seja, o direito da economia ou direito econômico, iniciativa essa que teve sua aceitação confirmada com a crise de 1929. A fase vivenciada pelo capitalismo impedia que o Estado atuasse apenas para assegurar o desenvolvimento da economia, que remanescia nas mãos dos agentes privados, tendo em vista que a autorregulação havia conduzido o sistema econômico para a deflação e para a crise de superprodução.

O direito econômico aparece, portanto, como o ramo do direito no qual se situariam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas, reunindo as técnicas jurídicas, materializadas em instrumentos normativos, que permitiram que a denominada “economia dirigida” se operasse. Assim, o direito econômico emerge como conjunto de técnicas jurídicas de que se utilizava o Estado na realização de sua política econômica.

Enquanto o direito administrativo visa à imposição de limites à ação do Estado, o direito econômico “adquire a feição de condicionadora da atividade dos

¹⁶ O texto constitucional emblemático desse novo paradigma é a Constituição de Weimar (1919), a qual, ineditamente, introduziu a economia na Constituição. A Constituição alemã era dividida em duas partes: i) Organização do Estado; e ii) Direitos e deveres dos alemães. Nessa segunda parte, ao lado dos direitos individuais, estavam previstos os direitos sociais, com seções dedicadas à educação e à cultura.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, n. 353, p. 14-26, 1965.

agentes econômicos, seja por meio das normas instrumentais, seja pela ação da administração indireta”.¹⁸

As técnicas jurídicas utilizadas compreendem os planos e organismos de planejamento que deixaram de ser institutos privativos das economias socialistas. O Estado passou a atuar em colaboração com os particulares na execução da política econômica, cujos instrumentos eram traduzidos normativamente pelo direito econômico.¹⁹

Na verdade, o próprio mercado pressionava a intervenção estatal não somente para promover a repressão à classe operária – proibindo as greves e restringindo os sindicatos – como também para que criasse condições para o funcionamento da economia, viabilizando novas fontes de matérias-primas e mercados consumidores.

No final do século XIX, nos EUA, a intervenção estatal no domínio econômico teve de vir em socorro da economia para prevenir e restaurar o funcionamento da concorrência contra as distorções que a liberdade de mercado tinha produzido. “Por toda a parte a economia capitalista era uma economia artificialmente regulada por via do Estado ou por seu impulso. A regulação exterior tinha-se tornado condição do funcionamento da economia. O próprio mercado, de regulador, passou a instituição regulada”.²⁰

O início do século XX é marcado pela quebra do projeto liberal, provocada pela insuficiência do capital para manter os investimentos na força produtiva, não se sustentando diante das cíclicas crises econômicas. Torna-se necessária a intervenção do Estado para que promova a correção das distorções do capitalismo liberal e assegure o interesse público, notoriamente abalado no conflito entre capital e trabalho.

Desponta, assim, o Estado Interventor ou Estado Social com a incumbência de efetivar o desenvolvimento econômico, ordenar a atividade financeira, prestar serviços públicos, conceder incentivos e subsídios à produção e garantir a propriedade privada.

Contrariamente ao Estado Liberal, importa ao Estado Social a atuação estatal, ampliada, de forma tal que o próprio Estado torna-se encarregado da

¹⁸ AGUILLAR, 1999, p. 110.

¹⁹ COMPARATO, 1965, p. 14-26.

²⁰ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 22.

promoção de ações sociais. Mais que a liberdade do modelo anterior, a preocupação central se volta para a igualdade em sua dimensão material.

Segundo Vinícius Marques de Carvalho:

A autopreservação seria sempre a motivação das sociedades ao longo da história. Se, de um lado, por meio do Estado, criou-se um padrão institucional de mercado auto-regulável e autônomo, fazendo da busca da realização do interesse pelo lucro o elemento estabilizador das relações econômicas, de outro, o Estado foi o instrumento que a sociedade encontrou para realizar a intervenção política de proteção contra os efeitos do mercado auto-regulado. E essa intervenção política, apesar de preservar o próprio capitalismo como modo de produção, desenvolveu uma série de instrumentos capazes de aproximar a política da economia, aumentando a regulação.²¹

Nos Estados Unidos, o *New Deal* – programa econômico implementado no governo de Franklin Roosevelt (1933) – possui significado valioso para o estudo do intervencionismo estatal. Inspirado nas teses de Keynes, o plano é baseado na intervenção do Estado no processo produtivo, por meio de extenso projeto de obras públicas, destinado a atingir o pleno emprego.

John Maynard Keynes defendeu o término do capitalismo liberal, quando, por ocasião da Primeira Guerra Mundial, o absenteísmo econômico do Estado foi deixado para trás. Em sua obra – *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda* –, concebe a intervenção estatal como o principal meio de controle do ciclo econômico e de suas crises.

Segundo Keynes:

Os controles centrais necessários para assegurar o pleno emprego exigirão, naturalmente, uma considerável expansão das funções tradicionais do governo. A par disso, a própria teoria econômica clássica moderna chamou a atenção sobre as várias condições em que pode ser necessário refrear ou guiar o livre jogo das forças econômicas.²²

O Estado Liberal limitava-se a garantir o respeito aos quadros institucionais da atividade econômica, reduzindo a atividade reguladora às tarefas gerais da polícia administrativa. Contrariamente, o Estado Social ou Estado Interventor assume integralmente a responsabilidade pelos serviços públicos, em

²¹ CARVALHO, Vinícius Marques. **Estado e setor privado na gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil**: uma análise jurídica a partir do exemplo francês. 2007. 445 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 48.

²² KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 257.

favor da coletividade, a exemplo dos serviços concernentes à habitação, educação, saúde e outros de cunho social.

Os serviços públicos são fortalecidos com o advento do Estado de Bem-Estar Social e, em consequência, da ampliação da intervenção estatal. O serviço público, em seu aspecto material, passa a fundamentar as referidas intervenções, justificando, assim, o exercício das funções redistributivas e alocativas por parte do Estado.

Para Vital Moreira, “o ‘Estado social’ ou o ‘Estado providência’ que emergiu em meados do presente século é um Estado activo na área econômica e social, tanto pela participação directa na produção e prestação de bens e serviços, como e sobretudo pela regulação da actividade econômica”.²³ Surgem, nesse contexto, as noções de Estado-empresário e de Estado-distribuidor.

Surgem as noções de Estado-empresário, porque estatiza empresas, participa, com o capital privado, de empresas mistas e cria empresas com capital público, mas sob forma jurídica privada; e a de Estado-distribuidor, porque distribui bens econômicos e sociais, para a realização da justiça social. O desempenho dessas duas funções leva a que o Estado, paralelamente à manutenção da economia de mercado, assumia a regulação, a fiscalização e a direção do processo econômico.²⁴

Nos idos de 1960, o capitalismo assumia, em vários países, a configuração de economia orientada e coordenada pelo Estado. Verificou-se enorme influência das autoridades públicas na gestão do sistema econômico, ao mesmo tempo em que era observada a redução do poder do mercado como regulador da economia. Há a nacionalização das empresas e o controle estratégico, pelo Estado, de quase toda a economia, configurando verdadeira publicização das atividades.

No Brasil, a partir do séc. XIX, a produção cafeeira era a principal atividade econômica. Entretanto, o setor foi seriamente atingido pela crise de 1929, principalmente em razão da significativa redução dos pedidos de compra estrangeiros. O governo federal foi instado a agir, destacando-se, dentre as medidas adotadas, a compra do excedente produzido para posterior queima, reduzindo-se, assim, a oferta do produto no mercado mundial. Esse episódio inaugura no Brasil o advento do Estado Intervencionista.

²³ MOREIRA, 1997, p. 23.

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

A partir de então, na década de 1930 – primeiro governo Vargas – opera-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Interventor, centralizado no plano federal. Os principais instrumentos regulatórios utilizados foram o controle de preços básicos (água, eletricidade), a determinação de teto para as taxas de juros e o controle de câmbio.

A Carta Constitucional de 1934 absorveu a tendência intervencionista, inaugurando, na história do constitucionalismo brasileiro, a adoção de uma Constituição Econômica,²⁵ definindo as funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.²⁶ A ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional. Há a preocupação com o fomento da economia popular, o que justificaria a proteção da concorrência, pois se buscava garantir melhores preços, desenvolvimento tecnológico e abastecimento regular.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes,

(...) o que esteve em jogo foi o uso instrumental do direito para interferir no processo econômico em geral e mais especificamente para proceder à redistribuição de poder e riqueza. O direito foi percebido como instrumento de engenharia social. Para tanto, era preciso superar a tradição liberal de (a) não intervenção nos contratos, e (b) separação de poderes de modo rígido, muito especialmente de isolamento do legislativo e do judiciário. (...) Os partidários de Vargas, à época, traziam muitos exemplos americanos para ilustrar seus argumentos. Citavam as autarquias criadas por Roosevelt no seu *New Deal*. Isto revelava, segundo eles, que intervenção estatal na economia e instituições liberais eram compatíveis, já que conviviam na própria pátria de origem do modelo de nossa Constituição republicana de 1891. Se os americanos mudavam o perfil do seu executivo mantendo a Constituição de 1787 em pleno vigor, não haveria porque temer.²⁷

A partir de 1934, portanto, o Estado passou a participar da atividade econômica (*lato sensu*), assumindo postura de empresário, de verdadeiro empreendedor. Para a consecução desse papel, instituiu a Administração Pública indireta – por meio das autarquias e empresas públicas –, atuando, assim, em paralelo com a iniciativa privada, de forma que se estabelece relação entre os

²⁵ É a primeira Constituição Brasileira a prever capítulo específico sobre a Ordem Econômica.

²⁶ O art. 137 da Constituição de 1934 determinava a edição de lei para regular, fiscalizar e revisar as tarifas dos serviços públicos explorados por concessão ou delegação. A lei, todavia, não foi elaborada durante a curta vigência da Constituição.

²⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público Econômico**, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez., 2004, p. 149.

setores privado e público, ambos compartilhando do mesmo espaço no mercado, sendo necessário ao Estado dispor sobre as regras de convivência entre ambos.

A Carta de 1937 determinava que o Estado interviesse na economia para cuidar dos “interesses da nação” (art. 135). Sua inovação foi a criação do Conselho da Economia Nacional, constituído por representantes do governo, industriais, comerciantes, produtores e trabalhadores. Competia ao Conselho a regulamentação e a organização da economia nacional, assim como a análise das condições de trabalho e da produção nacional.

Os anos 1940 e 1950 foram marcados pelo aprofundamento da ação direta do Estado na produção e no financiamento do desenvolvimento. O desejo de industrialização levou o governo a agir de forma a garantir a oferta de insumos estratégicos e os recursos de longo prazo para financiar a expansão industrial. O Estado impunha regras de controle sobre a economia e, ao mesmo tempo, intervinha como empresário.

É desse período a criação da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) – 1941; da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) – 1942; do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE); da Petrobras; e o início do funcionamento da Fábrica Nacional de Motores (FNM).

Nessa época surgem os Conselhos Disciplinadores da Economia, os quais se constituem nas primeiras entidades públicas, em tese independentes, para propor planos dirigidos à regulação da economia brasileira. Ocorre, também, o aumento da burocracia, da máquina estatal, dos benefícios, por meio dos empregos públicos. Instala-se, assim, o nacionalismo econômico. Fernando Herren Aguillar sintetiza:

A conjugação do intervencionismo estatal e o nacionalismo do período entre-guerras resultou em políticas protecionistas que acabaram estimulando o desenvolvimento de uma indústria interna. Por sua vez, a industrialização foi o grande motor do êxodo rural que ali apenas se iniciava. A consolidação de centros urbanos fez crescer, por um lado, a pressão para prover a população de serviços públicos e, de outro, para controlar os serviços que eventualmente fossem delegados aos particulares.²⁸

Nesse quadro, o Estado Brasileiro, por muitos anos, esteve atrelado à concepção de protagonista do desenvolvimento econômico. Ele agiu como instituidor de políticas típicas do “*Welfare State*” –, tais como a proteção ao desemprego (FGTS

²⁸ AGUILLAR, 1999, p. 196.

e seguro-desemprego), os benefícios previdenciários, dentre outros. Constituiu-se em agente fomentador da expansão industrial pelas políticas de incentivo veiculadas pelo BNDES.

Destaca-se a contribuição da Comissão Econômica para a América Latina (Cepal) nesse processo. Fundada em 1946, pelo argentino Raul Prebisch e ligada à ONU, construiu um modelo econômico desenvolvimentista de substituição das importações, conferindo ao Estado o papel de coordenação e planejamento do desenvolvimento econômico.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes:

(...) A segunda fase do debate ocorreu no período desenvolvimentista. Nele o centro deslocou-se para o problema do planejamento. Aceitos os fatos – e o direito – da intervenção do Estado nos contratos (exemplarmente no contrato de trabalho) e da existência de órgãos do Executivo com poderes de regulamentação (para-legislativos, as autarquias, hoje ditas agências), a novidade foi o direito do planejamento. Desde os anos 50, os cepalinos acreditavam que uma abordagem global, estrutural e geral da economia brasileira era indispensável. Nestas circunstâncias, a experiência norte-americana, desde o *New Deal*, era de menor relevância, pois o tema do planejamento global da economia era juridicamente irrelevante. Voltaram-se então os juristas para a experiência europeia, francesa sobretudo. A Europa consolidava em estado reconhecido juridicamente como planejador, por meio da social-democracia.²⁹

Com fundamento na Constituição de 1946, influenciada pela Cepal, o Estado cresce: de mero prestador de serviços para agente responsável pela transformação das estruturas econômicas, seguindo o caminho da industrialização.

As teorias estruturalistas trabalhadas pela Cepal influenciaram substancialmente o governo de Juscelino Kubitschek. Nesse período, o Estado interferia na economia não só a regulando, mas também produzindo maciçamente, idealizando e executando o conhecido “Plano de Metas” (1956-1961), que veio a ser a primeira experiência efetiva de planejamento no Brasil. Tal plano teve por escopo a reunião de todos os projetos e programas setoriais, identificando-se os objetivos que o Estado pretendia atingir por meio dos investimentos públicos.

O Plano de Metas aprofundou o processo de industrialização e construiu a infraestrutura³⁰ necessária ao desenvolvimento a partir de investimentos financiados, principalmente, pelo capital estrangeiro e por empresas estatais.

²⁹ LOPES, 2004, p. 149-150.

³⁰ A infraestrutura é o suporte para diversas atividades econômicas. O investimento em infraestrutura, a exemplo das rodovias, portos, aeroportos, transporte, energia, telefonia e saneamento básico, eleva a produtividade da economia.

Entretanto, limitou-se a implementar indústrias que não possuíam capacidade de inovação e, por isso, utilizavam técnicas estrangeiras. Por outro lado, deflagrou o processo inflacionário que fez parte da história recente do país.

O Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDE) assumiu o papel de coordenador dos programas governamentais e, por meio de empréstimos, vinculou os recursos públicos aos investimentos estratégicos da economia nacional.³¹ O Estado não deveria substituir a iniciativa privada, mas assumir a função de supridor da infraestrutura.

Na verdade, a criação do BNDE decorreu da necessidade de recursos de longo prazo, de forma a viabilizar o processo de desenvolvimento, tendo em vista a inexistência de recursos privados, assim como a insuficiente atratividade para o capital privado ingressar em alguns setores. O pensamento da Cepal acerca do processo de desenvolvimento por substituição de importações e o nacional desenvolvimento conferiam ao Estado o papel de ator no processo de desenvolvimento econômico.

O comprometimento com o planejamento fez o governo Juscelino Kubitschek criar o Conselho do Desenvolvimento,³² com as atribuições de formular e coordenar a política econômica, o que incluía as funções de elaborar, executar, coordenar e acompanhar a implementação do Plano de Metas.

Os agentes privados passam a tomar decisões em função do planejamento. Ilustra Fernando Herren Aguillar:

Havia menos discussão econômica sobre a necessidade de planejamento econômico, do que a respeito de aspectos pontuais da forma do planejamento a ser adotado. Os próprios economistas liberais, como Octávio Gouveia de Bulhões e Roberto Campos, aceitavam a idéia de que era preciso apoio do Estado em setores como o da energia e dos transportes, mas pugnavam por um planejamento setorial e não com a abrangência pretendida por Celso Furtado e outros.³³

Em suma, nesse período, houve forte regulamentação econômica e, simultaneamente, participação direta do Estado na produção.

³¹ O BNDE tornou-se a principal fonte de financiamento de investimento de longo prazo no Brasil, tendo participado ativamente de todas as fases do desenvolvimento nacional. O setor de infraestrutura foi o principal beneficiário de seus financiamentos.

³² Decreto 38.744, de 1º de fevereiro de 1956.

³³ AGUILLAR, 1999, p. 202.

O “Plano Trienal” (1962-1963) foi elaborado a partir das barreiras ao desenvolvimento e as correspondentes medidas para superá-las. No governo de João Goulart deve ser destacada a edição da Lei Delegada n. 4, ainda em vigor, pela qual a União, “na forma do art. 146 da Constituição, fica autorizada a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo”. Revela-se, com a norma transcrita, o forte ímpeto de intervenção estatal.

O subsequente regime militar manteve a tendência interventiva, caracterizando-se pelo enorme envolvimento do Estado em assuntos econômicos. Desse período é o II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979), cujo objetivo foi o de obter o crescimento econômico acelerado, embora o contexto fosse de choques externos, mediante endividamento, com base em taxas de juros flutuantes.

O II PND tinha como objetivo o avanço no processo de substituição de importações nas áreas de insumos estratégicos, além de incentivar as exportações, tornando o país menos suscetível aos choques externos.

Esse período foi marcado pela crescente ampliação da participação das empresas estatais no processo de crescimento econômico, em virtude do aumento da disponibilidade de recursos, inclusive provenientes de organismos internacionais, além do fato de ter sido conferida a essas empresas a liberdade para contratar e elevar a remuneração de seus agentes, nos termos do Decreto-lei n. 200 de 1967.

2.1.3 O Estado Neoliberal

Em virtude da crise que havia acometido o Estado Social, a partir de 1980 iniciaram-se as críticas ao modelo vigente, imputando ao Estado a responsabilidade por ser mau administrador. Ele passa, assim, a ser cobrado pela ineficiência econômica, pela incapacidade de promover investimentos e de ofertar serviços públicos de qualidade, pelo custo exagerado de sua manutenção, o qual teria dado origem aos vultosos endividamentos do setor público.³⁴

Os ataques partiam da inviabilidade do desenvolvimento de tantos serviços públicos pelo Estado, situação que restou agravada pelo aumento da expectativa de vida da população, trazido pelos próprios benefícios proporcionados

³⁴ GROTTI, 2003, p. 65.

pelo Estado Social. Ocorria que a elevação demográfica não havia sido acompanhada de mecanismos que dessem suporte aos financiamentos estatais, acarretando a crise fiscal que resultou na deterioração dos serviços e estruturas públicas.

Fernando Herren Aguillar descreve a crise emergente:

Nos países centrais, a partir da década de 80 passou-se a referir ao Estado Providência como instituição em crise. A provisão estatal do seguro-desemprego, de assistência social sem custo, incluindo setores como saúde e educação, previdência social etc., deu origem, ao longo dos anos, a enorme déficit orçamentário, cujas conseqüências nefastas começaram a se fazer sentir apenas algum tempo após sua instituição. Ainda que se reconheça que tais medidas cumpriram seu papel conjunturalmente, o sistema é generalizadamente tido por inepto, ineficiente, deformador moral e inibidor do desenvolvimento da economia privada.³⁵

As empresas estatais apresentavam resultados *deficitários*, situação que se explica pela elevação do passivo externo, provocada pela política de crescimento com endividamento dos anos 1970, pela redução de suas receitas operacionais e pela contenção de despesas de investimento. Tal ordem de adversidades trouxe o declínio da capacidade produtiva e da modernização tecnológica, conferindo às referidas empresas significativo grau de obsolescência.

Há, ainda, críticas de ordem comportamental. Marçal Justen Filho destaca que a concepção do Estado de Bem-Estar Social trazia aos cidadãos grande comodidade filosófica, pois representava a “transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado”.³⁶

Diante disso, apontava-se a necessidade da sociedade ser estimulada em suas próprias iniciativas ou, caso contrário, chegar-se-ia ao ponto de o Estado demonstrar-se absolutamente insuficiente para atender às demandas sociais.

Identificava-se que as crises não advinham propriamente das “falhas de mercado”, mas sim das “falhas de governo” e, a partir dessa constatação, tentava-se identificar os fundamentos e as condições pelas quais não havia a concretização do interesse público pelo Estado.

A partir daí, várias teorias vieram a fundamentar o processo de desregulamentação da economia, com o foco na ideia de que a livre competição no mercado seria o melhor instrumento regulatório. Nessa linha de pensamento,

³⁵ AGUILLAR, 1999, p. 23.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 11.

destacam-se as contribuições de George Joseph Stigler,³⁷ Richard Posner e Sam Peltzman.

Segundo esses autores, a atividade regulatória estatal não se sustentava, na medida em que sua tecnicidade estaria seriamente comprometida pelos grupos de pressão. Dessa maneira, o excesso de regulamentações governamentais não protegeria o interesse público, como se anunciava, mas sim as próprias empresas.

A teoria econômica intervencionista de Keynes, colocada em descrédito, é substituída pelas teorias de Friedrich Hayek (prêmio Nobel de Economia em 1974) e Milton Friedman³⁸ (prêmio Nobel de Economia em 1976), autores precursores da denominada “Escola de Chicago”. Essa corrente teórica defende que as prioridades estatais no campo econômico deveriam ser o combate ao déficit público, a intensificação dos processos de privatização e a desregulação da economia.

A grande primeira doutrina liberal é a obra *O caminho da servidão*, de Friedrich Hayek, publicada em 1944, na qual o autor defende que a regulação do mercado constitui-se em risco à liberdade econômica e política e, nesse sentido, sustenta que a livre concorrência deve ser o mecanismo regulador dos esforços individuais.

Seus estudos revelam postura absolutamente crítica em relação aos fundamentos da economia socialista. Opõe-se à planificação das economias socialistas que, segundo ele, cerceia a liberdade e transforma-se em tirania, o que se dá não por mero acidente histórico, mas em função dos próprios fundamentos desse modelo econômico. O autor afirma que muitos socialistas têm um ideal utópico, realmente glorioso, mas impossível de ser atingido.

O socialismo é marcado pela existência do planejamento central e, em decorrência dessa formatação, há tendência de forte concentração de poder nas mãos de certas autoridades, detentoras de controle sobre tudo. Nessa perspectiva, é de se considerar que o exercício de qualquer atividade de planejamento econômico, ainda que adstrita a certos setores, necessita de um agente coercitivo, capaz de direcionar as pessoas a agirem de acordo com os planos estabelecidos. Estaria aí,

³⁷ Stigler desenvolveu teorias sobre a forma de comportamento dos mercados em concorrência imperfeita, resultante do domínio da economia pelos grandes monopólios.

³⁸ Milton Friedman aduz que a liberdade política está condicionada à existência da liberdade econômica. Ele defende o exercício de funções apenas essenciais pelo Estado e sustenta que o comércio internacional estimula a harmonia entre as nações. Quanto aos direitos sociais, considera-os negativos aos próprios indivíduos, uma vez que deixariam de ser cidadãos ao deles usufruírem. Seu pensamento está sintetizado na obra *Capitalismo e liberdade*, publicada em 1962.

portanto, a raiz do regime totalitário ou o primeiro passo na caminhada do Estado Socialista rumo à servidão.

Segundo Hayek:

A autoridade que dirigisse toda a atividade econômica controlaria não só o aspecto da nossa existência que envolve as questões inferiores; controlaria também a alocação dos meios escassos e os fins a que seriam destinados. Quem controla toda a atividade econômica também controla os meios que deverão servir a todos os nossos fins; decide, assim, quais deles serão satisfeitos e quais não o serão. É este o ponto crucial da questão. O controle econômico não é apenas o controle de um setor da vida humana, distinto dos demais. É o controle dos meios que contribuirão para a realização de todos os nossos fins. Pois quem detém o controle exclusivo dos meios também determinará a que fins nos dedicaremos, a que valores atribuiremos maior ou menor importância – em suma, determinará aquilo em que os homens deverão crer e por cuja obtenção deverão esforçar-se. Planejamento central significa que o problema econômico será resolvido pela comunidade e não pelo indivíduo; isso, porém, implica que caberá à comunidade, ou melhor, aos seus representantes, decidir sobre a importância relativa das diferentes necessidades.³⁹

Inicialmente, no exercício do poder, os ideais socialistas abandonam os princípios de igual tratamento perante a lei. Ao mesmo tempo, distancia-se do princípio segundo o qual o próprio governo deve ter limites. Nesse cenário, os recursos públicos são dirigidos a objetivos específicos, sem critérios que obedeçam a uma racionalidade pública e concentrem-se no atendimento de objetivos específicos, escolhidos de acordo com parâmetros subjetivos do governante.⁴⁰

Hayek compreende a formação das estruturas sociais como algo não planejado, embora as instituições sociais pareçam, após sua constituição, efetivamente estruturadas. Sob outro prisma, ainda que as estruturas sociais reflitam padrões do comportamento humano, não decorrem do desígnio ou de qualquer ato de planejamento. Demonstra em sua obra que, na verdade, as instituições decorrem de longo processo de ordem natural.

Hayek foi defensor da liberdade individual, compreendida como o estado no qual o homem não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária do outro. A liberdade lhe parecia adequada, primeiramente, em razão da ignorância existente em relação aos múltiplos fatores dos quais depende a realização de nossos

³⁹ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 100.

⁴⁰ O planejamento, em razão de sua própria estrutura, induz à presença de um líder. Entretanto, quando surge um líder forte, torna-se difícil detê-lo, pois, para consolidar sua posição, o líder se apoia na massa de indivíduos mais simples e, por isso, o socialismo assume sempre uma conotação nacionalista e imperialista.

objetivos e bem-estar. Essa complexidade recomendaria a liberdade e não o planejamento. Por outro lado, o progresso e o uso do conhecimento não podem ser planejados, já que não se dirige o progresso, mas, tão somente, encoraja-se seu desenvolvimento.⁴¹

Outro pilar das teses de Hayek diz respeito à posição crítica assumida em relação à concepção de que o Estado seria o responsável pela realização da justiça social, quando, na verdade, muitos dos benefícios sociais conquistados resultam de operações em estrutura demasiadamente complexa e não da intenção de quem quer que seja. Ele sustenta que a política social enfraquece as atitudes que promovem de fato a liberdade e, além disso, contraria os efeitos benéficos da livre sociedade e da livre economia.

A solução estaria no mercado, ambiente em que as pessoas são remuneradas de acordo com a contribuição que oferecem ao sistema produtivo. Nada diferente disso seria viável, pois aferir o mérito de alguém é impossível, em razão da subjetividade do julgamento. Em um mercado livre, cada um tende a seguir seus próprios interesses e, como resultado dessa ação individual, estariam sendo atingidos objetivos de muitos outros.

Por fim, embora contrário ao planejamento, Hayek destaca que o fato de um sistema econômico não ser dirigido por um poder central não importa na inexistência do planejamento, pois cada indivíduo faz seu próprio planejamento e, assim, a livre economia é planejada a partir desses muitos núcleos.⁴²

Essas são as premissas a partir das quais se desenvolve o pensamento neoliberal, debatido ao longo dos acordos de Bretton Woods (1944) e sintetizado no “Consenso de Washington”.⁴³ Trata-se de recomendações dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, consistentes na adoção de políticas de abertura de mercados e de medidas inerentes ao Estado Mínimo, resumidas em três pontos

⁴¹ Ressalva a necessidade, ainda assim, da existência de algum tipo de aparelho coercitivo, o qual deverá ser monopólio do Estado, submetido, no entanto, às normas jurídicas.

⁴² As ideias de Hayek contêm atenuações ao seu perfil liberal. Ele reconhece, por exemplo, que o governo deve prestar certos serviços, mediante cobrança de taxa. Tal autor recomenda, também, que o governo evite a concentração do poder coercitivo, embora lhe seja exigível que assegure que o comércio entre os indivíduos seja o mais fluido possível, o que o leva a sugerir que os cartéis sejam declarados ilegais com fundamento no princípio do livre comércio. Hayek opõe-se aos poderes sindicais, propondo a adoção de medidas tendentes a coibir suas práticas coercitivas, e reconhece a existência de um número crescente de pessoas que não podem contar com o infortúnio e, por isso, defende um rendimento mínimo.

⁴³ Essa compilação é produto de reuniões de economistas do Fundo Monetário Internacional, do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird) e do Tesouro dos Estados Unidos, realizadas em Washington D.C. por volta de 1990.

fundamentais: i) implementação de medidas tendentes a estancar a espiral inflacionária, pois a estabilidade de preços cria condições para os investimentos privados; ii) privatização em larga escala, medida essa capaz de remover gargalos de oferta e de infraestrutura; e iii) redução do papel do Estado no domínio econômico, deixando que o mercado regule a sociedade.

As propostas do Consenso de Washington podem ser esquematizadas em dez medidas: i) disciplina fiscal; ii) redirecionamento das prioridades nos gastos públicos, para setores que ofereçam alto retorno econômico e potencial para melhorar a distribuição de renda, como o da saúde, da educação básica e de infraestrutura; iii) reforma fiscal; iv) liberalização das taxas de juros; v) taxa de câmbio competitiva; vi) liberalização do comércio; vii) abertura para a entrada de investimento estrangeiro, pois a abertura comercial impõe disciplina competitiva aos produtores internos; viii) privatização; ix) desregulamentação; x) garantia dos direitos de propriedade intelectual.

O neoliberalismo resgata premissas do século XIX. Minimiza-se a atuação do Estado, privilegiando-se a liberdade de mercado e a autonomia da sociedade civil, enquanto o Estado deixa de realizar a atividade econômica e abre mão do dirigismo. Essa intervenção – mínima – procura privilegiar a concorrência e o pagamento de menos tributos para manter a máquina menor. O espaço econômico é das e para as pessoas privadas.

Ganham importância as propostas de privatização, fomento e parceria com o setor privado, criando-se um espaço público não estatal, proliferando-se entes intermediários entre os setores público e privado. Essas bases se refletem na Administração Pública, exigindo-se dela maior flexibilidade para o exercício de funções de controle normativo e regulador.

O pêndulo volta a oscilar para o setor privado, passando este a atuar até mesmo em setores que o Estado reservara para si.⁴⁴ Nesse contexto, o Estado deixaria de ser o principal agente executor dos serviços públicos, preocupando-se,

⁴⁴ Esse fenômeno de retração do Estado, tido como um anseio social, conforme as razões anteriormente expostas, recebe interpretação diversa sob o prisma marxista: “Numa ótica marxista destes movimentos de retração, o Estado pode ser um dos instrumentos da luta de classes e, quando o capitalismo vê risco na manutenção do seu sistema, a burguesia dele se utiliza para salvá-lo, usando-o para uma maior intervenção, com a finalidade de oferecer para as classes desfavorecidas uma parte daquilo que era prometido pelo socialismo, prestando serviços sociais. Dessa forma, o Estado é mais ou menos intervencionista em razão das necessidades de preservação do sistema econômico dominante e não em função de critérios científicos, econômicos ou de opções livres que pessoas tomam, reunidas em assembleias constituintes” (GROTTI, 2003, p. 66).

de forma mais enfática, com sua função regulatória, assegurando a estabilidade econômica e fiscal e aguçando, dessa maneira, o desenvolvimento econômico que partiria da própria sociedade.

Não foi uma retirada gratuita: como os agentes econômicos agem de forma predatória, surge a necessidade de regulá-los.⁴⁵ Verifica-se, portanto, o incremento da competência regulatória para direcionar o exercício das atividades dos particulares ao interesse coletivo.

Observa Vital Moreira: “Por mais que o Estado tenha reduzido a sua participação directa na actividade econômica como empresário, por efeito de extensos programas de privatização do sector público, a verdade é que não diminuiu drasticamente o papel da regulação pública na economia”.⁴⁶

Prossegue o autor:

A auto-regulação como modo prevalecente de coordenação global da economia pertence ao domínio da utopia. Mas não deixa de ser igualmente utópico o regresso às origens de uma economia automaticamente regulada pelo mercado ou a realização de uma economia inteiramente planificada pelo Estado. Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção, pesem embora os movimentos de privatização mais ou menos radicais; e mistas sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a auto-regulação profissional.⁴⁷

Não se trata propriamente do enfraquecimento do Estado,⁴⁸ mas de mudança de postura diante do mercado. Conforme observa Floriano Azevedo Marques Neto, o Estado “ao invés de reduzir seu papel, este papel se incrementa. Isso em razão da assunção da função regulatória. Ou seja, neste momento o Poder

⁴⁵ Este é o paradoxo da desregulamentação: quanto mais o Estado se afasta da economia, mais se faz necessário estabelecer regulações. Diogo Figueiredo Moreira Neto observa que “de certo modo, portanto, e até paradoxalmente, a privatização da execução de serviços, empreendida pela Reforma do Estado, neste fim de século, termina sendo uma publicização de sua regulamentação e controle” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12).

⁴⁶ MOREIRA, 1997, p. 19.

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 19.

⁴⁸ Embora não seja o objeto do presente trabalho, é oportuna a menção a respeito das teses no campo da sociologia política, no sentido de que o Estado-nação encontra-se em declínio, em decorrência da transnacionalização da economia. Sobre esse aspecto o poder do Estado é mitigado, submetendo sua organização às exigências do mercado mundial, o que se observa na desestatização, desregulamentação e na abertura de fronteiras. Sobre o tema consultar: LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Público passa a ser o fomentador da atividade, o fiscalizador da prestação, o árbitro de conflitos, o sancionador das prestadoras, o definidor de marcos estratégicos”.⁴⁹

A síntese do tema é dada por Marçal Justen Filho:

Ou seja, o Estado reduz sua atuação direta, em nome próprio, nos setores econômicos e de prestação de serviço. Deixa campo livre à iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado. Mas, em contrapartida, o Estado impõe forte regulação sobre a atividade dos particulares. Essa “regulação” consiste em restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios. Isso equivale a afirmar que a situação jurídica das empresas privadas não é idêntica àquela existente no modelo estatal anterior. Na concepção prévia, a forma primordial de o Estado buscar a obtenção de certos resultados consistia na sua atuação material direta, em nome próprio. Os particulares dispunham de margem de autonomia muito mais ampla. No modelo regulatório, o Estado cessa sua atuação direta e propicia ampliação da atividade privada. Mas o regime jurídico da atividade privada não é mais o mesmo. A liberdade anterior é restringida. Poderia dizer-se que os particulares são autorizados a atuar com maior amplitude *quantitativa*, mas com menor liberdade *qualitativa*. Os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum. Enfim, surgem constrangimentos à atividade privada que não existiam no modelo anterior.⁵⁰

Deve ser ressaltado que não se pretende a transferência integral das atividades estatais para a iniciativa privada. O que determinará a transferência será a natureza das atividades e a possibilidade efetiva dos particulares virem a desempenhá-las, sem que o interesse coletivo seja ameaçado. Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

(...) Por um lado, cogita-se da transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, dotadas de forte cunho de racionalidade econômica. Por outro, propõe-se a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para propiciar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado.⁵¹

O pensamento neoliberal se propaga na vigência do fenômeno da globalização, provocando profundas mudanças no cenário socioeconômico mundial. A teoria neoliberal inspirou diversas políticas econômicas a partir de 1970, como ocorreu no governo de Margareth Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, sendo denominador comum dessas políticas para a

⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2001b. p. 308.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, 2002, p. 30.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 24.

desregulamentação dos mercados, privatizações, quebras de monopólios, fim da crença de que o Estado seria obrigado a promover o pleno emprego, redução do poder dos sindicatos e reformulação das leis trabalhistas.

No Brasil, as décadas de 1980 e 1990 foram marcadas por planos econômicos de grandes abalos para a economia e para o direito. Em fevereiro de 1986, o “Plano Cruzado” instituiu o “cruzado” como moeda nacional. Deu-se o congelamento de preços, além da proibição de cláusulas contratuais de indexação. Não houve compensação pela perda da inflação. Foi estabelecido um “fator de conversão” para a nova moeda e uma “deflação” dos pagamentos futuros, dando margem a uma série de litígios judiciais. Além disso, houve subsídios e isenções, empréstimos compulsórios,⁵² reajuste de preços públicos, aumento dos impostos indiretos, etc.

Em junho de 1987, surgiu o “Plano Bresser”, que teve duas fases: a primeira, com o congelamento seguido da flexibilização (julho a dezembro de 1987); e a segunda (janeiro a dezembro de 1988), voltando à ortodoxia. Ao final de 1988, a economia retornava à hiperinflação. Apesar de os preços terem sido congelados, antes disso houve aumento dos preços públicos e administrados.⁵³

A Constituição da República de 1988, em seu texto original, ao dispor sobre a ordem econômica, consagrou a continuidade do intervencionismo estatal, em nítida alusão aos preceitos do Estado do Bem-Estar Social e às formulações teóricas de Keynes. Essas influências podem ser observadas na previsão do planejamento econômico pelo Estado (art. 174, CR) e na menção à lei federal de diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual deverá incorporar e compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174, § 1º, CR).

Entretanto, os contornos traçados pelo legislador constituinte não se mantiveram. Inserido em uma tendência global, o Estado Brasileiro, a partir 1990, vivenciou uma ruptura com seus antigos preceitos. O cenário é de crise fiscal, em que o potencial arrecadatório não supre as demandas de sua enorme estrutura, elevando-se, por consequência, o déficit público, a escalada inflacionária, os juros (inibitórios do crescimento), a insatisfação e o descrédito popular.

⁵² Sobre combustíveis, compra de moedas estrangeiras e passagens para o exterior.

⁵³ Eletricidade, leite, telefone, aço, pão e combustíveis.

Em 1990, instituiu-se o “Plano Collor”, que teve como notas principais: a) conversão da moeda nacional; b) congelamento de preços e salários; c) retenção de ativos depositados em instituições financeiras;⁵⁴ d) indexação de impostos, dentre os quais o IOF sobre ativos financeiros; e) aumento dos preços dos serviços públicos; f) eliminação de incentivos fiscais, liberação do câmbio e extinção de órgãos públicos. Elevando à máxima potência as concepções monetaristas, deu-se a supressão da moeda circulante. Sem liquidez, as taxas de inflação baixaram – mas o mesmo se deu com a atividade industrial, o comércio e os salários.

A partir de 1994, o “Plano Real” programou uma série de medidas de estabilização macroeconômica. A inflação foi contida por meio de um plano econômico gradual, sem choques ou agressões a direitos. A partir de 1994, o Estado e sua economia foram se tornando menos irracionais, atenuando os riscos e as incertezas.

Retomando a questão da Reforma do Estado, há que se mencionar que o Programa Nacional de Desestatização (PND), desde 1990, é um instrumento oficial de política pública.⁵⁵ Trata-se de um dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado, estabelecido com o propósito de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, de forma a transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

O PND – que vige e é aplicado ainda nos dias de hoje – começou a reordenar a convivência entre os espaços público e privado. O mesmo se diz quanto às Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, que tratam das concessões e das permissões de serviços públicos.

São os objetivos do Programa Nacional de Desestatização (art. 1º da Lei 9.491/97):

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V – permitir

⁵⁴ 80% de todos os que ultrapassassem os cinquenta mil cruzados novos.

⁵⁵ Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, sucedida pela Lei 9.491, de 10 de setembro de 1997.

que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

A partir de 1990, no âmbito nacional, as relações mantidas entre o mercado e o Poder Público sofreram significativas transformações. Assistiu-se à privatização de diversas empresas estatais, dentre as quais a Companhia Vale do Rio Doce e os sistemas Eletrobras e Telebras. Tudo isso fez com que o Estado se afastasse da execução da atividade econômica. Implementou-se, nesse momento, a política de abertura comercial.

Segundo Bresser Pereira:

(...) era necessário privatizar, liberalizar, desregular, flexibilizar os mercados de trabalho, mas fazê-lo de forma radical, já que para o neoliberal o Estado deve limitar-se a garantir a propriedade e os contratos, devendo, portanto, desvencilhar-se de todas as suas funções de intervenção no plano econômico e social. Sua política macroeconômica deveria ser neutra, tendo como único objetivo o déficit público zero e controle do aumento da quantidade de moeda para que esta cresça de forma constante à mesma taxa do crescimento natural do PIB; sua política industrial, nenhuma, e sua política social, na versão mais pura do neoliberalismo, também nenhuma, dados os efeitos inesperados e perversos que as políticas sociais teriam.⁵⁶

Essa mutação integra o discurso oficial do governo brasileiro, conforme se verifica da parte introdutória do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado pela Câmara de Reforma do Estado, em 21 de setembro de 1995:

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Para realizar essa função redistribuidora ou realocadora, o Estado coleta impostos e os destina aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça ou igualdade e aos objetivos econômicos de estabilização e desenvolvimento. Para realizar esses dois últimos objetivos, que se tornaram centrais neste século, o Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências que daí resultaram deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo

⁵⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p. 16. Cadernos do MARE. n. 1.

mercado. Daí, a generalização dos processos de privatização de empresas estatais.

A premissa governamental passou a ser a de que a melhor regulação seria trazida pelo regime de ampla concorrência, tanto no setor privado quanto no setor público. Entretanto, considerando que em determinados segmentos o investimento que se faz necessário para a implementação da atividade econômica *lato sensu* é altíssimo, a concorrência somente seria estabelecida mediante o ingresso do capital estrangeiro. Foi o que se passou a estimular.

Era preciso, no entanto, alterações no ordenamento jurídico que viessem a permitir a concorrência nos mais diversos segmentos econômicos. Essas transformações foram possíveis em virtude de significativas alterações do texto constitucional, efetivadas por uma série de emendas, conforme se passa a examinar.

A Emenda Constitucional n. 05, de 16 de agosto de 1995, permitiu que o gás canalizado, até então monopolizado pelos Estados federados, fosse distribuído por concessionários particulares.

A Emenda Constitucional n. 06, de 16 de agosto de 1995, redefiniu o conceito de empresa brasileira, trazido até então pelo art. 170, inc. IX, ao estabelecer que empresa brasileira seria aquela instalada no país, independentemente da origem do capital. Com isso, extinguiu-se o tratamento preferencial às empresas nacionais nas aquisições de bens públicos, permitindo, inclusive, a participação de empresas estrangeiras nos setores de mineração e energia.⁵⁷

Ressalta-se que, por força dessa emenda, empresas transnacionais, detentoras de vultosos patrimônios, passaram a receber tratamento igualitário ao das pequenas empresas brasileiras, desde que constituíssem empresa no território nacional.

⁵⁷ O art. 171 da Constituição da República conferia caráter nacionalista ao texto constitucional, quando previa ser “empresa brasileira” aquela constituída sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no país; e “empresa brasileira de capital nacional” aquela em que a maioria do capital votante e o exercício de fato e de direito do poder decisório estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país, ou de direito público interno.

Por outro lado, a mesma emenda rompeu com o monopólio do petróleo, permitindo que a União contratasse, com empresas privadas, a realização de atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural.⁵⁸

A Emenda Constitucional n. 07, de 16 de agosto de 1995, conferiu nova redação ao art. 178 da Constituição e, com isso, encerrou a reserva de mercado para as empresas nacionais no segmento da navegação interior e de cabotagem.⁵⁹

Promulgada na mesma data, a Emenda Constitucional n. 08 deu nova redação ao art. 21, inc. XI, da Constituição, o que representou o término do monopólio das telecomunicações, autorizando à União, mediante concessão, contratar empresas privadas para explorar serviços telefônicos, telegráficos e de comunicações.⁶⁰

A Emenda Constitucional n. 09, de 10 de novembro de 1995, flexibilizou o monopólio estatal de gás canalizado, permitindo a participação de empresas privadas nos serviços de distribuição.

Por último, a Emenda Constitucional n. 19, de 05 de junho de 1998, deu novos delineamentos à Administração Pública, flexibilizando as regras para a contratação com a administração. Pretendia-se instalar uma gama de novas diretrizes ao exercício das tarefas públicas e, para que essa transformação ocorresse, foi necessária a alteração da concepção da gestão pública, aproximando-a de modelos de gestão privada.

Da mesma forma, foi significativa a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), que pretendeu impedir o desequilíbrio orçamentário dos entes públicos – fazendo com que a receita fosse vinculada à

⁵⁸ O art. 176, § 1º, CR, passou a ter a seguinte redação: “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa da fronteira ou terras indígenas”.

⁵⁹ A nova redação: “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

⁶⁰ A nova redação: “Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

expectativa de arrecadação,⁶¹ ao lado de despesas limitadas e ainda mais restritas no último ano do mandato eletivo.

Desde então, há o dever de composição do orçamento com base no equilíbrio fiscal, no planejamento tributário e nos limites dos gastos públicos. O Estado viu-se impedido de emitir moeda irresponsavelmente e de gastar sem lastro orçamentário. Tem-se início novo período na ordem econômica brasileira.

No final da década de 1990 e início dos anos 2000, novas políticas industriais passaram a ser implementadas no Brasil. Tais políticas diferenciam-se das anteriores pelos objetivos – promoção de inovações – e pela relação mantida com o setor privado, baseada na constituição de parcerias e nos estímulos, e não mais nos comandos e nos planejamentos públicos. Serão dados dois exemplos dessas políticas.

No primeiro caso tem-se a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), formulada em 2004, pelos Ministérios da Fazenda e Desenvolvimento, Indústria e Comércio, com a participação do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea). A PITCE voltava-se à promoção da competitividade e à capacidade de inovação do setor industrial e elegia quatro setores prioritários: i) *software*; ii) bens de capital; iii) fármacos e medicamentos; e iv) semicondutores.

Já a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), implementada em 2008, era coordenada pelo BNDES e pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). A PDP teve por objetivo a ampliação da capacidade de oferta da economia, a preservação do balanço de pagamentos, a elevação da capacidade de inovação e o fortalecimento das micro e pequenas empresas, atuando nos setores da saúde, aeronáutico, microeletrônica e tecnologia da informação.

A Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) foi instituída pela Lei n. 11.080, de 30.12.2004,⁶² na forma de Serviço Social Autônomo. Ela possui dois campos estratégicos de atuação: i) o aumento da capacidade inovadora das empresas; e ii) o fortalecimento e expansão da Base Industrial Brasileira.⁶³

⁶¹ Aferida mediante a avaliação da conjuntura econômica, do recebimento da dívida e da renúncia fiscal.

⁶² A Lei n. 11.080, de 30.12.2004, foi regulamentada pelo Decreto n. 5.352, de 24.01.2005.

⁶³ Art. 10 da Lei n. 11.080/2004: “A ABDI firmará contrato de gestão com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para execução das finalidades previstas nesta Lei”.

Em seu art. 18, é criado o Conselho Nacional de Desenvolvimento Industrial (CNDI), vinculado à Presidência da República, “com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a promover o desenvolvimento industrial do País”.

Após esse relato histórico, passa-se a analisar a evolução da relação Estado-economia face à teoria geral dos serviços públicos.

2.2 Os serviços públicos

O Estado Moderno, com a perspectiva do modelo atual, surge apenas após a Revolução Francesa, e com ele a primeira noção de serviço público. Essa acepção inicial foi a responsável pelo alicerce do conceito nos diversos ordenamentos jurídicos europeus e consistia nas atividades que, pelo objeto essencial da prestação e pelas suas peculiaridades intrínsecas, deveriam ser atribuídas à Administração Pública. Excluía-se, dessa maneira, a prestação por particulares, salvo nas hipóteses de prévia concessão.

A França do final do séc. XIX foi o palco do surgimento da doutrina clássica sobre serviço público,⁶⁴ compreendida como o arcabouço teórico construído ao longo do tempo, por meio da sistematização da jurisprudência do Conselho de Estado.

Referidos julgados atingiam a matéria serviço público, na medida em que, diante do sistema dualista de jurisdição, decidiam sobre a competência da jurisdição comum e do contencioso administrativo. Quando entendiam que a matéria dizia respeito à jurisdição administrativa, estavam, por via reflexa, delineando o conceito de serviço público.

Os estudos clássicos sobre serviços públicos, portanto, partiam da necessidade existente de se estabelecer critérios de delimitação das esferas de atuação da justiça administrativa e da judiciária. O primeiro critério diferenciador, fundado na ideia de soberania, importa destacar, consistiu na distinção conceitual

⁶⁴ Paralelamente, nos países anglo-saxões, desenvolveu-se o conceito de serviço público de forma diversa. Tratava-se da noção das *public utilities*. Por meio dela, não haveria vinculação entre o serviço e a sua assunção pelo Estado. Sua característica fundamental residiria no fato de a exploração do serviço pelo particular estar submetida à regulação estatal e ao controle público. Importaria, portanto, o regime jurídico da prestação, independentemente de sua titularidade ser pública ou privada.

entre os atos de autoridade ou de império – praticados no gozo de prerrogativas e privilégios, afetos, por isso, aos tribunais administrativos – e os atos de gestão – hipótese em que o Estado se equiparava ao particular, sujeitando-se ao direito comum e, assim, fixando a competência jurisdicional para os tribunais judiciais ordinários.⁶⁵

A evolução dessa diferenciação caminhou para a noção de serviço público. A teoria do serviço público – sistematizada por Duguit e Jèze – desenvolveu-se no início do século XX, no contexto da ebulição do pensamento intervencionista keynesiano. Esses autores fundam a denominada Escola do Serviço Público:

Seus autores vinculam-se à ideologia da III República francesa: a filosofia neo-kantiana, o positivismo das Ciências Sociais (Auguste Comte), a Sociologia (E. Durkheim), o Solidarismo (Leon Bourgeois), que ensina que entre os cidadãos de um mesmo Estado se estabelece um “quase-contrato social” (o que afasta a idéia rousseuniana de um compromisso pessoal de cada indivíduo), conseqüência do fato de todo cidadão ter – mais ou menos – aproveitado dos bens do meio nacional e se submeter a um estatuto compreendendo direitos e sobretudo deveres, e o pensamento socialista e radical – Proudhon – proporcionam bases éticas e interdisciplinares para explicar e fundamentar juridicamente a nova grande tarefa do Estado.⁶⁶

Duguit, ao trabalhar o conceito de serviço público, parte de sua concepção de Estado, afastada da ideia de poder ou de comando. Tal autor associa o Estado a uma cooperação de serviços públicos, por ele organizados e controlados – o serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. Os serviços públicos são submetidos às regras do direito, competindo ao Estado o respectivo gerenciamento, todavia não o exercício do comando, como originariamente vinha sendo admitido:

Para Duguit, o serviço público é um dado objetivo e material (ele não se cria, ele se constata): “é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante”.⁶⁷

⁶⁵ O marco inicial da noção de serviço público é o caso Blanco (1873). Decidiu-se que a competência era do tribunal administrativo, porque se tratava de serviço público.

⁶⁶ GROTTI, 2003, p. 31.

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 33.

A definição de Estado poderia ser resumida a uma cooperação de serviços públicos, sendo eles organizados e controlados pelos governantes. O serviço público seria toda atividade que, por ser indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social, deveria ser fortemente controlada pela força governante.

As premissas utilizadas pelo precursor da Escola Clássica do Serviço Público justificam a submissão da prestação dos serviços públicos ao regime jurídico administrativo, derogatório do direito privado, capaz de conferir prerrogativas à administração, “transformando-se em critério fundamental para a determinação da competência da jurisdição administrativa, para a identificação dos contratos públicos, para o reconhecimento do domínio público, para a fixação das regras concernentes à responsabilização do Estado”.⁶⁸

Segundo Duguit, o conceito de serviço público não é algo que possa ser dado de forma perene, contudo sujeita-se a profundas variações no decurso do tempo, “dado que as atividades que se impõem aos governantes, que são fruto de uma situação objetiva, que emerge naturalmente do estado atual das relações sociais, variam no decurso do tempo, de acordo com os elementos objetivos que informam a interdependência social”.⁶⁹

Em suma, para Duguit, é obrigação do Estado a promoção da solidariedade social, o que se conseguiria mediante a prestação de serviços públicos. Ele propõe, portanto, um regime político fundado na solidariedade social, no qual os governantes têm o dever de agir. Estaria aí o fundamento para a intervenção estatal no domínio econômico.

Gaston Jèze deu seguimento aos estudos de Duguit. Sua obra principal é de 1916, em que sustenta ser o serviço público a pedra angular do direito administrativo e de importância tal que serviria para modelar todas as instituições do direito público. Para Jèze, a ideia de serviço público se acha ligada à de procedimento de direito público ou de regime jurídico especial,⁷⁰ fundado na supremacia do interesse público sobre o privado, fator que justificaria a possibilidade

⁶⁸ GROTTI, 2003, p. 34.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 33.

⁷⁰ Sempre que se estiver diante de um serviço público, estar-se-á diante de um conjunto de regras jurídicas especiais.

de alteração da organização dos serviços, por ato unilateral do Poder Público. Os serviços públicos voltam-se à satisfação das necessidades de interesse geral.⁷¹

A principal distinção entre as conclusões de Duguit e Jèze consiste no reconhecimento ou não de determinada atividade como serviço público. Para o primeiro, a noção de serviço público partiria da própria realidade social, enquanto para o segundo tal reconhecimento dar-se-ia caso a caso, com base naquilo que o ordenamento jurídico venha a definir, “deixando de lado, portanto, qualquer pretensão de buscar estabelecer uma razão substancial ou material de serviço público”.⁷²

Em síntese, da abordagem da teoria clássica, extraem-se os aspectos determinantes da noção de serviços públicos a serem a seguir examinados: i) destinam-se à satisfação das necessidades individuais de natureza essencial – aspecto material; ii) são prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes – aspecto subjetivo; e iii) submetem-se ao regime jurídico de direito público – aspecto formal.

A doutrina atual é absolutamente divergente quanto ao conceito de serviço público. Os debates polarizam-se entre o significado de atividade econômica (em sentido estrito), estando assim reservada à iniciativa privada, podendo o Estado atuar nesse segmento apenas em caso de monopólio estatal (definido constitucionalmente) ou quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – definidos em lei (art. 173, CR) –, e o conceito de serviço público, sendo este da titularidade do Estado, havendo a faculdade de ser delegada sua execução à iniciativa privada, sem que isso o isente da responsabilidade por quaisquer conseqüências dessa opção política e sem que isso implique a perda da titularidade do serviço (art. 175, CR).

Alaôr Caffé Alves é da opinião de que o serviço público se diferencia da atividade econômica, não somente por adotar o regime jurídico de direito público, como também quanto ao modo e aos fins da prestação, ao controle a que se encontra submetido e, ainda, quanto

às obrigações fiscais; à supremacia sobre o interesse particular; à adequabilidade e universalidade da prestação; ao regime de retribuição pela prestação; à forma de transferência de seu exercício a terceiros; à

⁷¹ GROTTI, 2003, p. 35 *et. seq.*

⁷² *Ibidem.*, p. 37.

continuidade e qualidade do serviço; à legalidade das atividades que o compõem, etc.⁷³

Está-se longe do conceito final de serviço público. A definição decorre da convicção ideológica do doutrinador a respeito do papel do Estado, sofrendo mutações contextuais, em razão da realidade política, econômica e social vivenciada.⁷⁴ A relação circunstancial estabelecida entre Estado e sociedade irá definir o serviço público, ou como ensina Marçal Justen Filho: “Discutir ‘serviço público’, portanto, representa enfrentar as questões mais nucleares da Política e do Direito. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares”.⁷⁵

Concorda-se com Dinorá Adelaide Musetti Grotti, para quem cada um dos aspectos do serviço público – presença do Estado, atividade desempenhada e regime jurídico a que se submete –, analisados isoladamente, mostra-se insuficiente para a construção do conceito de serviço público, sendo imperiosa a conjugação de dois ou três dos elementos enunciados na pretendida conceituação.⁷⁶

Há quem sustente que o serviço público, diante das reformas do Estado, perdeu suas características vitais e, por isso, entrou em crise. Daí se falar que o serviço público teria “morrido”, como sustenta Gaspar Ariño Ortiz:

El servicio público es merecedor de un gran elogio ya que fue un instrumento de progreso y también de socialización de todos. Pero su ciclo há terminado. Cumplió su misión hoy – como dice JOSÉ LUIS VILLAR – hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales – también los políticos y culturales – sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente.⁷⁷

Carlos Ari Sundfeld defende ideia parecida:

⁷³ ALVES, Alaôr Caffé. **Saneamento básico**: concessões, permissões e convênios públicos. São Paulo: Edipro, 1998.

⁷⁴ Segundo Eros Roberto Grau (2001, p. 141): “A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 1, 2003. p. 16.

⁷⁶ GROTTI, 2003, p. 52 *et. seq.*

⁷⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)**. Granada: Comares, 1999. p. 550.

Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.⁷⁸

Na verdade, entende-se que os serviços públicos continuam existindo e sendo a razão do Estado. Pouco importa se as respectivas prestações são executadas por particulares. Fato é que os serviços continuam sendo públicos e submetidos aos princípios e regras do direito público.

Há, portanto, uma mudança de paradigma. O que antes se atrelava à ideia de titularidade estatal, regime de monopólio, prévia fixação de preços, regulação minuciosa, hoje se apega a um sistema aberto, com liberdade de iniciativa e de fixação de preços, ausência de titularidade estatal e ao conceito de interesse público não estatal.

Essa mutação, embora radical, não desnatura a essência do serviço público, de instrumento à satisfação das necessidades coletivas e à concretização de patamares mínimos de dignidade.

Em que pese a tentativa doutrinária de se identificar características perenes nos serviços públicos, de forma a encontrar a definição permanente para o instituto (corrente essencialista), o presente trabalho filia-se à corrente teórica, segundo a qual o conceito de serviço público é extraído do ordenamento jurídico em vigor e, por conta disso, sofre mutações segundo o momento histórico. A lei, portanto, incumbe-se da definição da linha demarcatória entre o espaço privado – preceito do sistema de produção capitalista – e o espaço público reservado ao Estado.

Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro diz:

(...) é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, além da lei ordinária, a própria Constituição faz essa indicação nos arts. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, §2º, alterados,

⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 161.

respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5 de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir-se, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria⁷⁹.

A diferenciação entre atividade econômica e serviço público, dada pelo ordenamento jurídico, presta-se à identificação do regime jurídico aplicável. Por imposição constitucional, os serviços públicos são de competência estatal, enquanto as atividades econômicas são reservadas, em tese, aos particulares. Todo serviço público desempenhado por particulares só poderá sê-lo mediante concessão ou permissão (art. 175, CR).

Isso porque a prestação dos serviços públicos não segue a lógica do mercado. Ela deve, portanto, ser retirada do mercado para que sejam assegurados os compromissos de redistribuição, universalização e igualdade. Dada sua importância, deve atingir a todos, sem que questões relacionadas ao poder aquisitivo possam determinar a exclusão de pessoa ou grupo.⁸⁰

O regime jurídico dos serviços públicos contempla a submissão estrita ao princípio da legalidade, a possibilidade de se constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a autoexecutoriedade e a revogabilidade desses atos, além da continuidade necessária das atividades, afastando-se, por conseguinte, a *exceptio non adimpleti contractus*.⁸¹

2.2.1 O serviço público é dever do Estado

O serviço público deve ser prestado diretamente pelo Estado ou sua execução por ele deve ser fiscalizada, caso seja desempenhada por particular. A razão é a ausência de transferência da titularidade do serviço, que continua a ser

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 114.

⁸⁰ CARVALHO, 2007, p. 51-52.

⁸¹ O Estado pode desempenhar atividades econômicas em sentido estrito quando houver autorização constitucional e quando assim o permitir lei fundada em motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, CR). O regime jurídico das atividades econômicas em sentido estrito desenvolvidas pelo Estado é parcialmente privado e parcialmente público, pois, apesar da dicção do art. 173, § 1º, há regras aplicáveis à chamada administração indireta que têm características públicas e que não podem deixar de ser observadas pelas empresas estatais ou autarquias, a exemplo da contratação de pessoal mediante concurso público. A previsão do art. 173, § 1º, tem por função assegurar igualdade de tratamento com a iniciativa privada em matérias que poderiam representar favorecimento especial a empresas públicas.

público, mesmo quando executado por particulares mediante outorga de concessão ou permissão.

Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se ao “inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação, sob pena de responsabilidade perante os administrados”.⁸² A retirada do Poder Público da prestação dos serviços públicos implicou implementação, crescimento e modernização do sistema de regulação dos serviços, de forma tal que sejam adequados à população, de acordo com os princípios aplicáveis aos serviços públicos. Seria inconstitucional qualquer reforma legislativa que viesse a afastar o Estado da responsabilidade pela prestação dos serviços públicos.⁸³

Marçal Justen Filho aborda o instituto da concessão, afirmando que por esse instituto o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço e mantém consigo o poder de disciplinar as condições de sua prestação. O particular atua como se fosse o próprio Estado.

Justifica-se, desse modo, o poder-dever de o Estado retomar os serviços concedidos, a qualquer tempo e independentemente do prazo previsto para a concessão, sempre que o interesse público o exigir. Pela mesma via se justifica o poder de o Estado intervir nas atividades de prestação de serviço ou de modificar as regras relativas à sua prestação.⁸⁴

Em razão de sua essencialidade, a prestação dos serviços públicos compete ao Estado.⁸⁵ Na lição de Dinorá Musetti Grotti, seu

cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante.⁸⁶

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 601.

⁸³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, ano 6, n. 30, mar/abr de 2005. p. 82.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁵ Observa-se que a prestação direta de serviços públicos pelo Estado constitui-se em tema relacionado ao intervencionismo estatal. Quanto maior o grau de intervenção, maior será a prestação de serviços públicos diretamente pela Administração Pública. A intensidade da intervenção na economia e a prioridade do Estado quanto à sua atuação irão determinar o próprio conceito de serviço público.

⁸⁶ GROTTI, 2003, p. 33.

A delegação da prestação dos serviços públicos, pelo Estado aos particulares, não descaracteriza o regime desses serviços e, portanto, remanesce o dever do Estado de propiciar os mecanismos necessários para que os cidadãos tenham acesso a serviços públicos de qualidade, haja vista que se constituem em instrumentos para a concretização de seus direitos fundamentais.

Para Dinorá Musetti Grotti, a “titularidade do serviço e, portanto, a responsabilidade última por sua prestação, continua sendo do poder concedente. Perante o consumidor, diversamente, o Poder Público atua simplesmente como ‘protetor’ da parte considerada hipossuficiente”.⁸⁷

Mais adiante Grotti afirma que, caso por uma opção política o Estado outorgue a prestação dos serviços públicos aos particulares, assume imediatamente o dever de garantir, por meio da competente fiscalização e regulação, que os serviços sejam executados de forma adequada:

A adoção da *liberdade de empresa* para a prestação dos serviços de rede, transforma-os em serviços liberalizados e desonera o Poder Público de sua prestação. No entanto, na medida em que correspondem a atividades de interesse geral, ocorre a assunção, pela Administração, de uma responsabilidade-garantia, com competências especiais de regulação e de disciplina, tendentes a assegurar sua universalidade, acessibilidade, igualdade e continuidade, na maior parte dos casos, atribuídas a instâncias administrativas autônomas do Estado. O serviço universal ou as obrigações de serviço público, “são assim um fator que aproxima o regime do exercício dessas atividades do tradicional regime de serviço público”.⁸⁸

Sobre o dever do Estado em prestar os serviços públicos, Marcos Juruena Villela Souto invoca a própria razão de existir do Estado, que não é outra senão a de propiciar o bem-estar da coletividade: “A responsabilidade do Estado decorre do fato de que é ele criado pela sociedade para a produção do bem-estar; sempre que de suas ações ou omissões não resulta o bem, deve ele ser obrigado a restaurar o equilíbrio”.⁸⁹

2.2.2 Normas que definem a adequação dos serviços públicos

⁸⁷ GROTTI, 2003, p. 352.

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 81 *et. seq.*

⁸⁹ SOUTO, 2000, p. 127.

As normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais e definem a atuação do Estado na ordem econômica delineiam os princípios que devem pautar a prestação e a regulação dos serviços públicos. Com base nessas diretrizes constitucionais, criou-se o conceito de serviço adequado⁹⁰ – reunindo a normatização de cada um dos princípios aplicáveis –, definido legalmente como serviço adequado aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.⁹¹

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor refere-se à obrigação dos serviços públicos serem adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Tal concepção da legislação consumerista assemelha-se à teoria administrativista da culpa ou da falta de serviço (*faute de service*). Segundo esta, configura-se a denominada falta de serviço nas seguintes hipóteses: i) quando o serviço não funciona – logo é ineficiente; ii) quando funciona mal – torna-se inadequado; e iii) quando funciona tardiamente – é descontínuo.

As consequências derivadas dessa realidade são previstas no art. 22, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor: “Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

Poderá, portanto, ser determinada a tutela específica ou a adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente à obrigação – conforme art. 84 do Código de Defesa do Consumidor –, dentre elas a multa cominatória prevista no parágrafo 4º do mesmo dispositivo.⁹²

⁹⁰ O art. 175, parágrafo único, inc. IV, da Constituição da República, assegura a oferta e manutenção de serviços adequados.

⁹¹ Art. 6º da Lei n. 8.987/95: “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

⁹² Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da

É de se observar que a demanda tanto poderá ser individual quanto coletiva, havendo previsão expressa para a inversão do ônus da prova quando, “a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência” (art. 6º, VIII, CDC).

A Lei n. 8.987/95, que disciplina as concessões e permissões de serviços públicos, traz diversos dispositivos que visam à proteção dos usuários, estabelecendo direitos, dentre os quais o de receber serviço adequado, informar-se e ser informado das condições a ele relativas, participar de sua administração, escolher o serviço dentre o de distintos prestadores, escolher o dia do vencimento de seus débitos. Tal lei estabelece que os direitos ali assegurados são cláusulas essenciais do contrato de concessão (art. 23, VI, Lei n. 8.987/95). Destaca-se, ainda, o art. 7º, que elenca os direitos e obrigações dos usuários, ressaltando, expressamente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).⁹³

Há princípios gerais que norteiam a prestação dos serviços públicos. O princípio da continuidade impede que haja interrupção na prestação dos serviços públicos, restringindo, por conseguinte, o exercício do direito de greve (art. 37, VII, CR), inclusive, quando prestado por particulares (arts. 10 e 11, Lei n. 7.783/89).

Pelo princípio da universalidade,⁹⁴ é assegurado o acesso de todos aos serviços tidos como essenciais. A noção de universalidade está vinculada ao direito

multa (artigo 287 do Código de Processo Civil). § 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao Juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º. O Juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o Juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

⁹³ Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I – receber serviço adequado; II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

⁹⁴ O art. 79 da Lei n. 9.472/97, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), adota expressamente os princípios da universalização e da continuidade: “A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público. § 1º. Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público. § 2º. Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem

conferido a todos de ter acesso a serviços que possibilitem usufruir de uma vida digna.

Segundo Faraco, Pereira Neto e Coutinho:

(...) tornar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais, expressa o reconhecimento de que o acesso a certos serviços, em vista das características hodiernas de nossa sociedade, é imprescindível para que se tenha uma vida digna e para que o indivíduo possa ter a potencialidade de exercer plenamente sua cidadania econômica e política⁹⁵.

Floriano de Azevedo Marques Neto ressalta a importância da regulação econômica, no que tange à universalidade dos serviços, principalmente no que se refere aos investimentos na universalização, na explicitação dos custos e eventuais subsídios internos e, principalmente, na definição da política tarifária a ser desenvolvida.⁹⁶

A eficiência é outro princípio a ser observado. Atualmente elevado à categoria de princípio constitucional, impõe a atualidade dos serviços e sua otimização. A respeito do conteúdo valorativo do princípio da eficiência, Celso Antônio Bandeira de Mello cita a necessidade de observação do princípio da adaptabilidade, no que concerne à atualização e modernização dos serviços, devendo os serviços ofertados acompanharem a evolução tecnológica.

Outro princípio aplicável é o da modicidade das tarifas, viabilizando o acesso de todos, de tal sorte que não implique um sacrifício exagerado ao usuário, mas também não torne inviável o empreendimento. A previsão constitucional da redução das desigualdades, da função social da propriedade privada e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana implicam a modicidade das tarifas.⁹⁷

É oportuno destacar ser facultada a adoção de receitas alternativas às concessionárias, poupando o usuário de tarifas mais elevadas, hipótese em que tais

paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso". O art. 81 do mesmo diploma legal prevê, também, a criação de um fundo especial, constituído por recursos públicos e privados, destinado a auxiliar na efetiva universalização dos serviços.

⁹⁵ FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2003. p. 10.

⁹⁶ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Aspectos regulatórios em um novo modelo para o setor de saneamento básico no Brasil. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 224, 2001a. p. 85.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, 2003, p. 67.

fontes, dentre elas os subsídios, serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁹⁸

Outro vetor é a cortesia, compreendida como a necessidade de ser despendido um bom tratamento aos usuários, assegurando-lhes a formulação de reclamações e o ressarcimento de prejuízos. Conforme leciona Marçal Justen Filho:

O prestador do serviço tem o dever *jurídico* da cortesia. Não se lhe faculta ser *mal-educado* ou *grosseiro*. Cortesia significa respeito à dignidade humana, reconhecimento da natureza instrumental da atividade desempenhada e tratamento civilizado. A necessidade do usuário em obter a prestação do serviço não pode produzir redução de sua dignidade ou submissão a humilhações (grifo do autor).⁹⁹

Além do controle estatal dos serviços públicos, exerce o cidadão papel de suma importância, pois desempenha função tipicamente fiscalizatória sobre os serviços prestados, configurando o que a doutrina denomina de controle social dos serviços públicos.¹⁰⁰

O Estado de Direito confere aos cidadãos a faculdade de opor seus direitos ao próprio Estado, exercendo, assim, a participação na Administração Pública. Esse controle social é verificado por meio do exercício do direito de participação, permitindo-se aos cidadãos a interferência no âmbito decisório do Poder Público.¹⁰¹

O controle social deve ser exercido, ainda, em razão do direito à informação, definido como o direito de todos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse geral e coletivo (art. 5º, XXXIII, CR) e das audiências públicas (art. 58, § 2º, CR). Esse controle, diga-se, é

⁹⁸ SOUTO, 2000, p. 133.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 307.

¹⁰⁰ A Lei n. 11.445, de 05.01.2007, trata do controle social dos serviços de saneamento: “Art. 47. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo, estaduais, do Distrito Federal e municipais, assegurada a representação: I - dos titulares dos serviços; II - de órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico; III - dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico; IV - dos usuários de serviços de saneamento básico; V - de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico. § 1º As funções e competências dos órgãos colegiados a que se refere o caput deste artigo poderão ser exercidas por órgãos colegiados já existentes, com as devidas adaptações das leis que os criaram. § 2º No caso da União, a participação a que se refere o caput deste artigo será exercida nos termos da Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, alterada pela Lei 10.683, de 28 de maio de 2003”.

¹⁰¹ No Brasil, a Constituição da República de 1988 representou um marco quanto à afirmação da democracia participativa ao prever um espaço público de dedução de demandas sociais. Trata-se de importante mecanismo de efetividade dos direitos fundamentais.

de fundamental importância para a administração gerencial, que tem na eficiência e, portanto, no controle de seus resultados, um meio de legitimação.

2.2.3 As pessoas privadas no espaço público

Expostas as características das relações mantidas entre o Estado e o mercado ao longo da história (item 2.1) e as noções sobre os serviços públicos (item 2.2), destacando-se seu horizonte de universalidade e o dever do Estado em promovê-lo, passa-se a abordar os novos contornos assumidos pelas pessoas jurídicas de direito privado nesse contexto, em especial no que se refere às finalidades públicas que passaram a integrar suas atividades sociais.

Sabe-se que muitas das distinções entre o direito público e o direito privado tornaram-se frágeis na contemporaneidade. Antes, o direito público estava construído sob três premissas fundamentais: i) o Estado detentor de prerrogativas extraordinárias, unilateral e com presunção de legitimidade; ii) superioridade inquestionável do Estado; e iii) *exclusão recíproca* (ou Estado ou sociedade civil).

Hoje, essa concepção jurídica começou a se alterar e a flexibilizar o modelo clássico da Administração Pública desigual. Os reflexos disso são observados no relacionamento das pessoas privadas com o Poder Público e também na definição e na implementação de políticas públicas. Surge a concepção de Administração Pública cooperadora e interativa.

Segundo Caio Tácito:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho de prestações administrativas.¹⁰²

Nesse sentido, a concepção de poder de império estatal cede espaço à atuação conjugada do Estado e da sociedade civil, ambos subordinados ao interesse público. A empresa passa a ser considerada um núcleo de interesses, não somente do empresário, como também da sociedade. Nesse sentido, o art. 170, inc.

¹⁰² TÁCITO, Caio. Perspectivas do direito administrativo ao próximo milênio. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 22, 1998, p. 8.

III, da Constituição da República, vincula o exercício do poder às finalidades públicas, ao instituir a função social da propriedade como princípio da ordem econômica. A função, portanto, confere legitimidade ao direito de propriedade.

A concretização da função social da propriedade empresarial ultrapassa a natural criação de emprego, recolhimento de tributos, produção de bens e prestação de serviços. Incumbe também à empresa a promoção do bem-estar coletivo. Patrícia Ashley sintetiza esse conceito:

Responsabilidade social pode ser definida como compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. A organização, nesse sentido, assume obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável dos povos.¹⁰³

É importante a menção de que, em decorrência do próprio princípio constitucional da legalidade, a imposição de deveres referentes à função social da empresa deve se dar por meio de lei, de maneira que as obrigações estabelecidas procurem equilibrar os anseios empresariais ao atendimento das necessidades coletivas.

As transformações no relacionamento da economia pública com os agentes privados foram igualmente marcantes, derivadas da atenuação da presença estatal e dos novos instrumentos normativos que então surgiram. Com isso, procurou-se introduzir na Administração Pública modelos de gestão empresarial, com a definição prévia de objetivos, a racionalização eficiente de recursos e as formas contratuais de gerenciamento.

Após o processo de industrialização, as pessoas jurídicas de direito privado, especialmente as empresas, passaram a ser instrumento de produção em massa e de utilização de tecnologia. Elas representam a produção com eficiência ou a organização da atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade.

É esse o quadro atual. O Estado convive e admite, senão promove e estimula, a instalação por pessoas privadas de atividades públicas avessas aos “mercados”. São atividades prestacionais que não têm a pedra de toque do

¹⁰³ ASHLEY, Patrícia et al. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

capitalismo, pois não geram lucro. Trata-se de empreendimentos que os particulares realizam visando a beneficiar terceiros, usualmente aqueles mais carentes. Tudo isso a incidir em setores cujo bom trato é essencial ao desenvolvimento econômico (educação, saúde, redução das desigualdades sociais, pesquisa científica etc.).

Isso se dá tanto em serviços públicos, cuja prestação é avessa à “lógica de mercado”, quanto em atividades que não o são, mas têm por objeto o bem-estar social. Trata-se de empreendimentos de interesse público que a sociedade civil instala, organiza e presta sem quaisquer fins lucrativos. Tais atividades desenvolvem-se de forma autônoma (mas não independente) à estrutura estatal e, em sua maioria, são estabelecidas em setores essenciais ao desenvolvimento.

Para a implementação desse novo modelo foram criadas novas figuras jurídicas, de difícil adaptação aos modelos antigos, que implementaram outro tipo de convivência entre o público e o privado em setores essenciais às políticas públicas. Os exemplos mais próximos são os “contratos de gestão” e os “termos de parceria”.

Portanto, evidencia-se na economia ocidental o alargamento das atividades desenvolvidas pelas empresas, estando elas a desempenhar atividades de interesse da coletividade, as quais são constitucionalmente da responsabilidade do Estado.

Entretanto, as empresas foram concebidas no modelo liberal e individualista, estando focadas no lucro e não em valores sociais. É interessante a abordagem de George Soros, ícone do capitalismo financeiro internacional, acerca do comprometimento das pessoas privadas com o lucro:

O capitalismo é muito bem-sucedido na geração de riqueza, mas não podemos contar com ele para assegurar liberdade, democracia e respeito à lei. Os negócios são motivados pelo lucro; não foram criados para resguardar princípios universais. A maior parte dos homens de negócios é composta por cidadãos honrados; isso não muda, porém, o fato de que as empresas visam ao ganho privado, não ao benefício público. A responsabilidade primária do gerenciamento é perante os proprietários da empresa, não uma nebulosa entidade denominada interesse público – muito embora as empresas não raro procurem, ou ao menos finjam, agir com civismo por ser bom para os negócios. Se damos valor a princípios universais como a liberdade, a democracia e o respeito à lei, não podemos deixá-los aos cuidados das forças de mercado; é preciso estabelecer outras instituições que os protejam.¹⁰⁴

¹⁰⁴ SOROS, George. **A crise do capitalismo global**. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 11.

Luís Roberto Barroso afirma que o lucro é indissociável da atividade empresarial, não sendo possível a inversão dos papéis de cada qual na ordem econômica:

O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número x de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou, ainda, que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento.¹⁰⁵

Nesse cenário, a atuação estatal estaria comprometida com a efetivação da responsabilidade social das empresas, considerando que se constituem em manifestação do direito de propriedade¹⁰⁶ e, enquanto tal, estariam juridicamente comprometidas com sua função social. Vale dizer, com o equilíbrio entre a consecução de interesses privados e as necessidades sociais,¹⁰⁷ considerando ser a Constituição o fundamento e o limite para o exercício das atividades econômicas.¹⁰⁸

Segundo Fabiane Bessa:

A importância do tema impõe sua assimilação pelo sistema jurídico, dada a extrema relevância das empresas como células sociais, como fontes da grande maioria das relações jurídicas em todos os níveis, e em vista da condição de verdadeiras 'produtoras' de normas não oficiais cuja efetividade no meio empresarial e influência nos sistemas jurídicos dos Estados e dos organismos internacionais se faz cada vez mais evidente, sem contar a profunda influência do mercado sobre os valores, a cultura e as escolhas (ou falta de escolhas) impostas diretamente ao modo de vida de indivíduos ou até de povos.¹⁰⁹

(...)

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-212, out./dez. 2001. p. 201.

¹⁰⁶ A Constituição da República de 1988 trata em vários momentos da função social da propriedade, sendo oportuno destacar os seguintes dispositivos: arts. 5º, XXIII, 153, § 4º (alíquotas do ITR adotadas como instrumentos de estímulo à produtividade); 170, III; 182, § 2º (função social da propriedade urbana); 183 e 191 (direito de acesso à propriedade reconhecido por meio de usucapião de imóveis urbanos e rurais); 184 e §§ 1º a 5º (desapropriação por interesse social); 186 (função social da propriedade rural) e 243 (desapropriação de glebas com culturas ilegais).

¹⁰⁷ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas – Práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 95-126.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998. p. 117.

¹⁰⁹ BESSA, *op. cit.*, p. 129.

A liberdade é condição necessária à atividade empresarial. E a concepção jurídica, bem como a disciplina da responsabilidade social das empresas encontrada ao longo de todo o ordenamento jurídico brasileiro, define os limites inerentes à livre-iniciativa, protegendo o próprio sistema capitalista de seu impulso autofágico e confere sustentação legal e constitucional as demandas sociais e do próprio mercado (...).¹¹⁰

Somente a atuação do Estado, por meio dos mecanismos jurídicos de que dispõe, pode determinar o direcionamento social das atividades empresariais. Essas estratégias de atuação do Estado no domínio econômico são o tema a ser abordado no próximo capítulo.

¹¹⁰ BESSA, 2006, p. 158-159.

3 ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Em que pesem as diferentes concepções acerca da dimensão que o Estado deva ter, fato é que a manutenção da ordem econômica depende da atuação estatal. Sem ela, seriam insuperáveis as crises cíclicas do sistema de produção capitalista, explicadas pelas razões que a teoria econômica intitula como “falhas de mercado”. Por outro lado, a liberdade econômica absoluta, sem as correspondentes restrições, seria notoriamente contrária aos interesses sociais, pois cada agente econômico se mostra comprometido com o lucro, o que, em regra, confronta-se com os interesses sociais.

Segundo Roberto Dromi:

La sociedad no se opone al mercado. Solo necesita que este sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado para garantizar la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad. Por consiguiente, habrá que romper las barreras y los monopolios para permitir al hombre participar en el desarrollo y tutelar la existencia de bienes colectivos, que no son ni pueden ser considerados simples mercancías.¹¹¹

Calixto Salomão Filho defende a necessidade de propulsão pelo Estado do processo de desenvolvimento – não uma propulsão anticíclica, do tipo keynesiano: “É necessária uma propulsão apta a resolver ou minimizar os problemas estruturais dessas economias e, ao mesmo tempo, capaz de difundir o conhecimento econômico. Será preciso repensar o modelo jurídico de propulsão econômica estatal”.¹¹²

Para Calixto Salomão Filho, os princípios que devem reger o esforço desenvolvimentista são três: i) redistributividade; ii) diluição dos centros de poder econômico e político; e iii) estímulo à cooperação. A redistribuição é a única forma de expandir o consumo pela sociedade, eliminando-se as ineficiências alocativas da concentração do conhecimento econômico, na medida em que expande a base de coleta de dados sobre preferências individuais. O Estado assume novas funções:

¹¹¹ DROMI, Roberto. **Empresas públicas**: de estatales a privadas. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p. 26.

¹¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38.

Em vez de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpra-se fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbe-lhe redistribuir. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos.¹¹³

A redistribuição pode se dar, por exemplo, na hipótese da universalização não ser lucrativa, comum quando se apresenta necessária a extensão da rede até locais longínquos e de baixo poder aquisitivo. Em casos como esse, as externalidades sociais positivas da ampliação dos serviços não se dará por si só, fazendo-se necessária a intervenção do Estado, de forma que a regulação se volta à exigência aos grandes produtores no sentido de que estendam seus serviços a quem não tem acesso.¹¹⁴

A análise desse primeiro princípio, por si só, leva à percepção de que diversas propostas voltadas à universalidade baseiam-se em soluções estatais ou quase estatais.

Em relação ao segundo princípio, considera-se que o desenvolvimento somente será possível caso se obtenha efetiva diluição dos centros de poder, assegurando-se a existência da concorrência. Como se examinou no início deste trabalho, até mesmo as ideias clássicas do liberalismo vislumbravam a tendência à concentração econômica e ao desvirtuamento para o mercado monopolizado. A postura estatal, portanto, deve coibir tal situação, sendo a eficácia de tal atuação um dos pressupostos para o desenvolvimento.

Em terceiro lugar, é preciso que se estimule a cooperação. Isso porque a impessoalidade advinda da globalização recomenda a criação de instituições e valores que induzam e permitam a cooperação, a qual não aparece naturalmente na sociedade. Cumpra ao Direito tal estímulo.

George Vlachos destaca três características da intervenção estatal no domínio econômico na atualidade.¹¹⁵ A primeira é sua larga amplitude, estendendo-se por todos os domínios da vida econômica, e inclui o equilíbrio conjuntural, o desenvolvimento dos investimentos, a reforma das estruturas industriais, o desenvolvimento regional, etc.

¹¹³ SALOMÃO, 2002, p. 41.

¹¹⁴ *Ibidem.*, p. 42.

¹¹⁵ VLACHOS, Georges. *Interventionnisme, politique économique et planification*. In: VLACHOS, Georges. **Droit public économique français et communautaire**. Paris: Armand Colin, 1996. p. 101-113.

A segunda consiste em que esse alargamento implica a diversificação dos instrumentos de intervenção, alguns dos quais, diga-se, apresentam originalidade notável, porque visam a influenciar a motivação dos sujeitos econômicos, a exemplo dos incentivos fiscais e dos financiamentos.

Por fim, a terceira característica da intervenção é a busca da coerência em relação aos objetivos e meios da política econômica, de forma tal que haja compatibilidade entre planos e programas econômicos, que, por sua vez, tornam-se instrumentos de orientação e de racionalidade das intervenções estatais.

Nessa perspectiva, com base nos princípios que disciplinam a ordem econômica, dispõe o Estado de três formas de atuação, observando-se a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: i) imposição de limitações que incidam sobre o exercício das liberdades individuais, destinadas a restringir os aspectos estáticos dos direitos de atuação econômica, especialmente o de propriedade; ii) intervenções, incidentes sobre os processos econômicos e capazes de interferir nos aspectos dinâmicos da atuação econômica; e iii) fomento público, que estimule a atuação privada e incentive o interesse individual em desempenhar atividades econômicas coincidentes com algum peculiar aspecto do interesse público.¹¹⁶

A intervenção, prossegue o autor, é a forma pela qual o Estado interfere nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas para a realização dos valores principiológicos adotados pela ordem econômica, estabelecidos constitucionalmente.¹¹⁷

Eros Roberto Grau distingue três modalidades de intervenção: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; e c) intervenção por indução.¹¹⁸ Na primeira hipótese, o Estado se comporta como agente econômico. Se o faz por absorção, assume integralmente o controle dos meios de produção, atuando em regime de monopólio. Se o faz por participação, assume o controle parcial dos meios de produção, atuando em regime de competição com as empresas privadas.

Nas demais hipóteses, a intervenção dar-se-á com o Estado desenvolvendo a regulação da atividade econômica. Por direção, estabelece

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A atuação do Estado no domínio econômico. **GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, dezembro, 1994. p. 681-701.

¹¹⁷ *Ibidem.*, p. 689.

¹¹⁸ GRAU, 2001, p. 168.

mecanismos e normas de comportamento compulsório; por indução, “manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”.¹¹⁹ São normas dispositivas e não cogentes, como ocorre na direção. O descumprimento não implica em sanção, porém o contrário traz benefícios.

A definição da correta estratégia regulatória inicia-se com a identificação das capacidades básicas ou recursos que o governo possui e pode utilizar para influenciar a atividade industrial, econômica ou social.

Essas estratégias podem ser descritas da seguinte forma: i) comandar – consiste no exercício da influência para impor normas apoiadas por sanções; ii) implantar riqueza – quando contratos, subvenções, empréstimos e subsídios são utilizados para influenciar condutas; iii) explorar mercados – quando a competição do governo força o particular a determinados fins; iv) informar – quando a informação é implantada estrategicamente; v) atuar diretamente – quando o próprio estado assume ações; vi) conferir proteção a direitos – quando direitos e regras de responsabilidade são estruturadas e alocadas de forma a criar incentivos e constrangimentos.¹²⁰

A intervenção do Estado na economia deve se realizar pelas vias institucionais, ou seja, de acordo com as leis, os regulamentos, as decisões individuais, etc. Diante disso, a Constituição da República, especialmente no capítulo da “Ordem Econômica” busca o reequilíbrio nas distorções originadas do confronto entre o econômico e o social, ao estabelecer como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tendo como princípios gerais a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, CR).

Segundo Diogo Rosenthal Coutinho:

Aliar a racionalidade econômica ao comando jurídico do direito público é um meio de tentar interpretar a ordem econômica constitucional. Esta, positivada em termos abertos, e por vezes contrapostos, nos princípios do artigo 170 da carta de 1988, é objeto de constantes interpretações, todas elas destinadas a identificar os traços constitucionais que *devem* orientar a formulação de políticas públicas. A interpretação da Ordem Econômica na

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 169.

¹²⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 34-62.

Constituição de 1988 é, entretanto, uma tarefa muito complexa – ou mesmo impossível – se se pretende obter como resultado um conjunto de feições concretas para a atividade de regulação.¹²¹

A atuação do Estado na economia foi dividida em dois campos. Na atividade econômica, o Estado atua de forma supletiva, apenas quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CR). Nessas hipóteses, o Estado deve submeter-se ao regime próprio das empresas privadas. Nos serviços públicos, atua prioritariamente, podendo ser estes outorgados, por meio de concessão e permissão, sempre mediante licitação (art. 175, CR).

Sobre o reequilíbrio das distorções decorrentes da contraposição existente entre os interesses econômico e social, destaca-se que o texto constitucional conferiu ao Estado o papel de agente normativo, planejador e regulador da economia (art. 174, CR). Essas relevantes funções devem ser melhor interpretadas, quer em razão de sua certa originalidade – já que não constavam dos textos constitucionais anteriores –, assim como em decorrência dos ataques formulados ao Estado, mormente no contexto de sua retirada da atuação direta na economia.

Nesse passo, é preciso que se identifique a existência de duas realidades distintas na economia. Há um segmento, caracterizado pela competitividade entre os agentes, no qual os investimentos são considerados reduzidos se comparados à expectativa de retorno – de forma a abreviar o período de amortização do capital investido – e, ainda, pela maior permeabilidade do progresso tecnológico. Nesse segmento, que se pode denominar de modelo privado, o papel do Estado é efetivamente reduzido, já que a atuação dos particulares se basta para a obtenção dos interesses sociais.

Esse modelo, todavia, não atende, indistintamente, aos propósitos de todos os segmentos. Há outros setores que se caracterizam pela expressiva defasagem de infraestrutura, ressentindo-se do aporte de vultosos investimentos, o que se torna mais difícil em razão da baixa taxa de retorno.

Nesse campo, a competitividade se torna inviável, pois poucos são os particulares interessados, havendo, não raras vezes, pelas especificidades

¹²¹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002a. p. 84.

econômicas, a constituição do monopólio natural e o estabelecimento da economia de escala¹²² – de forma a inviabilizar a competitividade –, hipótese essa absolutamente aplicável ao serviço público do saneamento básico. Nesses setores, a atuação estatal assume proporções bem mais expressivas.

Do quanto foi exposto até aqui, é possível afirmar que não há um modelo único a ser recomendado indistintamente para todos os setores econômicos. Existem peculiaridades de cada qual que deverão ser consideradas para a definição do posicionamento do Estado diante das necessidades daquela realidade específica. Luciano Coutinho alerta que:

(...) privatization and competition worked well in typically private segments such as industries that had been developed or absorbed by the state owing to the fragility of their capital structure when in private hands (e.g. steel, mining, shipbuilding or petrochemicals). In infrastructure and public services (telecommunications, energy, water supply, transportation etc) the experience was problematical, however.¹²³

Luciano Coutinho traça dois modelos que podem ser implementados: i) o privado – no qual o Estado se afasta ao máximo do setor econômico; e ii) o público – no qual há intensa atuação estatal, sobretudo, por meio das empresas estatais. O setor privado pode ser bastante satisfatório em segmentos de elevada concorrência, mas pode não ter o mesmo resultado benéfico no campo dos serviços públicos, por exemplo, se considerada a incompatibilidade entre a taxa de retorno almejada pelo investidor privado e a taxa de retorno socialmente esperada.¹²⁴

Em segmentos econômicos de relevante interesse social, nos quais usualmente não é possível o exercício da atividade em regime de competição, há a necessidade da atuação estatal voltada à proteção social, especialmente no que diz respeito à universalidade do acesso. É exatamente essa função do Estado – a regulação para o desenvolvimento – que se pretende destacar.

Há, como foi dito, certos mercados em que não há viabilidade para o adequado exercício da atividade pelo setor privado, seja por razões do baixo retorno financeiro, seja pela necessidade de vultosos aportes de capital para a instalação da

¹²² A economia de escala se caracteriza pela intensa produção, valendo-se da tecnologia, da racionalização e da automação, com o objetivo de se obter redução dos custos.

¹²³ Regulation and development: reflections in the aftermath of neoliberalism. **Revista Direito GV**, Especial 1, novembro 2005. p. 283.

¹²⁴ COUTINHO, Luciano. Regulation and development: reflections in the aftermath of neoliberalism. **Revista Direito GV**, Especial 1, p. 283-294 nov., 2005.

infraestrutura. Esse contexto demanda a posição ativa do Estado, estabelecendo-se programas de desenvolvimento e dotando o setor de projetos de subsídios.

Na visão de Coutinho, o modelo privado é mais ajustável a serviços que são mais baratos e possuem menor período de amortização do capital investido, mostra maior propensão ao progresso tecnológico e possui menor custo de investimento. De forma oposta, o modelo público parece, em princípio, mais adequado para infraestruturas com maior período para a amortização do capital investido e maior demanda rígida, atenta ao acesso universal.¹²⁵

Faz-se preciso, continua o autor, desenvolver instituições e implementar políticas de proteção para assegurar a transparência, responsabilidade e expansão das infraestruturas úteis, especialmente em países em desenvolvimento. Esse ponto é fundamental para dar ao setor público o papel de planejamento central.

Sob certas condições, a privatização combinada com a regulação leve e eficiente pode conciliar os objetivos de retorno privado e maximização da utilidade social. Sob outras condições, a opção pela manutenção do monopólio público, operado por empresas estatais com gestão eficiente, pode oferecer alternativa superior ao facilitar a convergência entre as taxas de retorno empresarial e social.¹²⁶

Fato é que o sucesso de qualquer modelo depende da existência de estrutura regulatória, capaz de acompanhar os custos de prestação do serviço, estabelecer padrões de qualidade, fiscalizar a empresa concessionária, como também planejar os investimentos necessários, impondo-se metas e fiscalizando seu cumprimento.

Paulo Roberto Ferreira Motta lembra que o acesso da população à energia elétrica, telecomunicações, portos, aeroportos, estradas de rodagem, ferrovias, água, saneamento, escola, hospitais – enfim, a universalização dos serviços –, vem a ser a chave para o desenvolvimento de qualquer nação, sendo o único resultado ético e legítimo a ser buscado pela regulação.¹²⁷

Calixto Salomão Filho pondera com absoluto acerto que há incompatibilidade, na maior parte das vezes, entre a universalização dos serviços e a obtenção de lucros, tendo em vista que a universalidade implica o atendimento às

¹²⁵ *Id.*, 2005.

¹²⁶ COUTINHO, Luciano. Regulation and development: reflections in the aftermath of neoliberalism. **Revista Direito GV**, Especial 1, nov., 2005.

¹²⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações**. 2003. 237 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. p. 139.

populações de baixa de renda, normalmente habitantes de localidades distantes dos centros de maior poder aquisitivo. Assim, a prestação dos serviços, nesses segmentos específicos, apresenta-se deficitária, sendo nessas hipóteses absolutamente imprescindível a intervenção direta do Estado.¹²⁸

Na hipótese de não haver interesse para o investimento privado, e sendo opção estatal não prestá-lo diretamente, o problema deve ser solucionado por meio do fomento – seja pela oferta de subsídios públicos,¹²⁹ seja por vantagens na própria concessão, capazes de atrair o capital privado.

É de se destacar que a oferta de financiamento às concessionárias, para a implementação da estrutura para a prestação dos serviços, pode contar com a garantia das tarifas, conforme previsão do art. 28 da Lei n. 8.987/95, que permite a criação de penhor sobre os direitos emergentes da concessão para a contratação de financiamentos necessários à consecução do empreendimento.

Vitor Rhein Schirato traz paradigmas do direito comparado, como a legislação espanhola de contratações administrativas – o Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16.06.2000 –, a qual prevê a possibilidade de alocação de recursos públicos para a remuneração de concessionários de obras públicas, na hipótese de relevante interesse público. Outro caso é o sistema português de concessão de rodovias, que prevê o subsídio, pelos trechos concedidos superavitários, dos trechos concedidos deficitários, em um sistema em que os subsídios não saem dos cofres públicos, mas do próprio sistema.¹³⁰

O fomento do setor privado, destinado à universalização das atividades públicas, não tem sido utilizado no Brasil, como observa Vitor Rhein Schirato, sendo essa hipótese inclusive vedada em determinados casos. A justificativa para tal situação seria que, na grande maioria dos casos das privatizações das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou das concessões de serviços públicos, o objetivo fundamental da administração não foi outro que não o de arrecadar fundos

¹²⁸ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 172.

¹²⁹ O subsídio, segundo Marçal Justen Filho, “configura-se como uma manifestação de liberalidade, em um certo sentido, na medida em que o Estado desembolsa valores sem contrapartida, visando a beneficiar determinados sujeitos ou atividades” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 335).

¹³⁰ SCHIRATO, 2005, p. 93-95.

para a cobertura de déficits orçamentários, o que se configura total distorção das finalidades e da função do instituto da concessão de serviços públicos.¹³¹

A definição do valor da tarifa devida, em função dos serviços prestados, vem a ser um dos temas de maior complexidade. Se por um lado há, como foi visto, o dever de modicidade; de outro, há a necessidade de investimentos na ampliação e melhoria dos serviços. Por isso, a redução das tarifas não é o único norte a ser seguido, pois há também que se pensar na reserva de caixa para a melhor estruturação do sistema. Importa, assim, regular as tarifas de forma a viabilizar o acesso de todos ao sistema, bem como remunerar os investimentos do concessionário na construção da infraestrutura.

Há que se privilegiar a composição harmônica, tanto quanto possível, entre os interesses públicos e privados, naturalmente conflitantes. A concessão não se resume ao exercício do poder de império do Estado, “mas representa a integração de interesses estatais, coletivos e privados. O princípio da associação impõe considerar a supremacia e a indisponibilidade do interesse público de modo compatível e harmônico com o princípio da intangibilidade da propriedade privada e da satisfação das necessidades coletivas”.¹³²

Faz-se preciso considerar que a obtenção de lucro – dentro do razoável – é algo inerente à concessão. A perspectiva de lucro decorre da propriedade privada inserida no regime capitalista. Daí a impossibilidade de se cogitar a gratuidade dos serviços, dada a inviabilidade material do Estado em assegurar a prestação sem que haja a correspondente disponibilidade de recursos financeiros. Por outro lado, o serviço deve ser acessível, sob pena de ser violado o núcleo de direitos essenciais dos cidadãos.

Além disso, os recursos estatais, nas mais variadas formas, são admitidos na concessão, embora, ainda assim, o empresário mantenha os riscos inerentes à concessão. Marçal Justen Filho defende que “seria impossível obter o atendimento aos princípios da dignidade e da solidariedade se fosse vedado ao Estado promover qualquer remuneração ao concessionário, eis que os carentes restariam sem condições de arcar com o pagamento das tarifas necessárias à obtenção dos serviços concedidos”.¹³³

¹³¹ SCHIRATO, 2005, p. 93-95.

¹³² JUSTEN FILHO, 2003, p. 291.

¹³³ *Ibidem.*, p. 91.

Prossegue o autor:

Logo, a solução para o fornecimento de utilidades aos carentes, em hipótese de serviços públicos concedidos, consiste na assunção pelo Estado da contribuição correspondente. Incumbirá ao Estado realizar a mediação entre a apropriação da riqueza dos que são titulares de capacidade contributiva e o pagamento ao concessionário da remuneração correspondente aos serviços ofertados aos destituídos de recursos. Tal poderá produzir-se diretamente, por meio da assunção por parte do Estado de subvenções destinadas a assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço público aos carentes. Mas também poderá dar-se de modo indireto, por meio de tarifas proporcionadas à capacidade contributiva, de modo que os titulares de maior riqueza arquem com parcela mais substancial dos custos necessários à manutenção de um serviço de abrangência universal.¹³⁴

Pois é justamente diante dessa dicotomia que se estabelece a discussão acerca da função do Estado de protagonizar o desenvolvimento econômico. Para alguns, tal função representa concepção ultrapassada, responsável por diversas mazelas da administração pública.

Outros, contudo, entendem ser inevitável o exercício, pelo Estado, de tal mister, em virtude da imprescindibilidade da realização de investimentos de alta monta em determinados setores. Bem exemplifica essa realidade, o processo de desestatização a que, recentemente, o Brasil foi submetido, pois o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em que pese a tônica privatista, foi o grande financiador das aquisições acionárias efetivadas pelo setor privado.

De fato, o que se observa é que a adoção de políticas industriais – com o correspondente cumprimento de uma agenda desenvolvimentista estatal – faz parte da realidade, inclusive, dos países desenvolvidos, ainda que apregoem políticas liberalizantes.

Nesse ponto, faz-se oportuna a crítica acerca da importação, sem critérios, de modelos absenteístas, na medida em que foram concebidos em países com demandas sociais substancialmente inferiores às do Brasil. Vivem esses países momento histórico diverso e, por conta disso, a realidade política, econômica e social em que as teorias e institutos jurídicos foram concebidos podem não se compatibilizar com a realidade que aqui se experimenta.

Veja-se, por exemplo, a concepção adotada na União Europeia. Não se trata, propriamente, de modelo de Estado, na acepção clássica do conceito, mas de

¹³⁴ JUSTEN FILHO, 2003, p. 91.

organização que exerce competência normativa dirigida aos Estados associados. Segundo Marçal Justen Filho, no modelo comunitário é

vedado aos Estados desvirtuar os processos de mercado. Ademais disso, a adesão ao projeto de moeda única fundou-se na restrição ao endividamento público, o que significa o afastamento definitivo de concepções econômicas de feição keynesiana. Como decorrência, surgiu um compromisso político formal de rejeição ao intervencionismo estatal.¹³⁵

Importa a menção de que a União Europeia não presta diretamente serviços públicos. Limita-se a assegurar o princípio de economia aberta de mercado e, dessa forma, não admite que as intervenções estatais venham a comprometer a livre concorrência. Observa-se lá o distanciamento da atividade regulatória dos postulados do Estado Social, estabelecendo-se o regime jurídico de direito privado na prestação de diversos serviços públicos. Evidentemente, esse modelo europeu não pode ser transposto para a realidade brasileira, cujo processo evolutivo, nos aspectos econômico e social, encontra-se em estágio anterior ao europeu.

Ilustra tal assertiva o fato da adoção do modelo regulatório da União Europeia ter sido precedido de inúmeras adequações, a exemplo dos aportes financeiros destinados à Espanha, à Grécia, à Irlanda e a Portugal, alguns a fundo perdido; outros com longos prazos para pagamento ou com juros baixos.

Paulo Roberto Ferreira Motta estabelece interessante paralelo sobre a questão:

A regulação havida na União Européia pode ser comparada, ao fim e ao cabo, como ordinariamente se procede, com uma cirurgia realizada após uma longa e continuada terapia de fortalecimento orgânico pela dotação de anticorpos, com a utilização de poderosos anestésicos antes, durante e depois da intervenção cirúrgica. Em outros lugares, como no Brasil, muitas vezes passa completamente despercebido aos apologistas das regulações estrangeiras que se pretende realizar a mesma cirurgia sem a terapia e sem a anestesia.¹³⁶

Por outro lado, não é verdadeira a assertiva de que a União Europeia abandonou, por inteiro, as políticas keynesianas. Exemplificam a argumentação, as políticas de complementação de renda mínima e as tarifas diferenciadas para os

¹³⁵ JUSTEN FILHO, 2002, p. 27.

¹³⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A regulação como instituto jurídico (primeira parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano I, n. 4, 2003. p. 188.

setores menos favorecidos. “Ao invés do empresário-prestador arcar com os custos integrais, o mesmo é diluído entre todos os contribuintes”.¹³⁷

Exposta, portanto, a necessidade da atuação estatal no cenário econômico, passa-se a abordar as estratégias disponíveis para tanto. Nesse sentido, será tratado do planejamento estatal e das políticas públicas (item 3.1), assim como da atividade regulatória do Estado (item 3.2).

3.1 Planejamento estatal e políticas públicas

O planejamento estatal é um método que apresenta os meios – mediante os recursos financeiros disponíveis – para a consecução de certos objetivos. Sua implementação, após identificadas as prioridades, dá-se por meio da implantação de políticas públicas. É o que se passa a examinar.

3.1.1 Planejamento estatal

O planejamento é um procedimento ordenado e sistemático, estabelecido em função de objetivos preestabelecidos. Trata-se de técnica de tomada de decisão que enfatiza a escolha de objetivos e aponta os meios mais apropriados para sua consecução.¹³⁸ Consiste na previsão das ações que se pretende adotar, dando a elas certa racionalidade.

Para Hely Lopes Meirelles é

o estudo e estabelecimento de diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos.¹³⁹

Para Renata Porto Adri:

¹³⁷ MOTTA, 2003, p. 189.

¹³⁸ Não se confundem os conceitos de planejamento e planificação. O planejamento refere-se à coordenação necessária entre as esferas de decisões políticas e o mercado, respeitando-se o princípio da livre iniciativa. Por outro lado, a planificação da economia diz respeito à concepção socialista, a qual pressupõe a inexistência do mercado.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 636.

Compreendemos o planejamento como uma atividade estatal, documentada por um plano (lei) e operacionalizada por um processo interventivo e sistemático, cuja vocação é a ordenação do processo econômico e a satisfação e a concretização da ordem social. O plano, portanto, veicula a atividade regulatória que nele estiver inserida, sendo um relevante fator de integração social.

Por conseguinte, o planejamento do desenvolvimento econômico e social do país consiste em um conjunto de atos políticos e jurídicos que objetiva alcançar as finalidades e anseios da sociedade, conforme os princípios e escopos definidos no ordenamento jurídico.

Entendemos, assim, que o planejamento estatal sintetiza a reunião de esforços políticos, econômico-financeiros e jurídicos e objetiva coordenar os recursos orçamentários disponíveis, aplicando-os a metas específicas, em tempo e modo previamente prescritos, com o mínimo de custo. Essa congregação necessita da harmonização da política, do direito e da economia (...).¹⁴⁰

Planejamento, assim, é muito mais do que um processo administrativo e legislativo dependente apenas da vontade dos governantes, pois contém diretrizes constitucionais, que imprimem o dever jurídico do Estado de elaborar planos, instrumentos consubstanciadores dos objetivos e finalidades atinentes ao desenvolvimento nacional.¹⁴¹

O planejamento, portanto, consiste na atividade estatal, a qual, a partir de um plano, operacionaliza um processo de intervenção e regulação, idealizado sob o ângulo macroeconômico, executado por meio de atos políticos e jurídicos, com o fim de ordenar o processo econômico, direcionando-o às finalidades do Estado, “para melhor funcionamento da ordem social”.¹⁴²

Nesse sentido, projetam-se os reflexos de determinadas medidas – ainda em fase de conjectura – nas mais diversas situações. Em suma, consiste em se fazer prévio diagnóstico socioeconômico ao se implementar certa conduta e, assim, estabelecer os instrumentos a serem utilizados para se atingir as metas previamente definidas, tendo por pressuposto os recursos disponíveis.

A atividade planejadora estrutura-se a partir dos princípios da racionalidade, da previsibilidade e da continuidade (art. 2º, caput, Lei n. 4.320/64). Sob o prisma metodológico, percorre as seguintes etapas até sua conclusão: i) diagnóstico; ii) programação; iii) discussão e decisão; iv) execução e controle; e v) avaliação e revisão.

O planejamento reúne as visões política, econômico-financeira e jurídica, de forma a coordenar as disponibilidades orçamentárias, aplicando-as às metas

¹⁴⁰ ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica do Estado como dever do Estado**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 97.

¹⁴¹ *Ibidem.*, p. 123.

¹⁴² GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 64.

previamente estabelecidas. Ele pressupõe, portanto, a definição de objetivos de políticas públicas e a escolha dos respectivos instrumentos para a melhor utilização dos recursos.

O objetivo seria sempre eleger as políticas que melhor utilizem os recursos públicos, o que pressupõe o fortalecimento dos sistemas de planejamento e das instituições, além de criar mecanismos para incrementar a participação de todos os interessados, especialmente da sociedade civil organizada, nas decisões sobre a utilização dos recursos existentes.

O planejamento, ao longo da história, ora se consumou como instrumento de gestão global do sistema econômico – em substituição ao mercado no mecanismo de alocação e circulação de riqueza –, ora se aproximou das economias de mercado, com a finalidade de impulsionar setores específicos da economia.

Vlachos expõe que, na França, a ideia do planejamento foi colocada em dúvida com a crise econômica mundial e sob a influência da ideologia neoliberal que marcou o governo de Jacques Chirac (1986-1988). As críticas eram basicamente as seguintes: i) os planejamentos sucessivos não lograram êxito em corrigir os defeitos tradicionais do sistema de produção; ii) demonstraram uma visão equivocada, ao ignorar, por exemplo, acidentes de percurso, como as duas crises do petróleo; enfim, iii) planos tão detalhados representavam a vontade inaceitável de regular todos os aspectos do desenvolvimento econômico e social.¹⁴³

Posteriormente, a escolha do governo francês, em favor da reativação do planejamento, resultou da constatação de que era preciso que o país elaborasse estratégias de desenvolvimento econômico para ingressar no Mercado Único Europeu, em 1992.

Vlachos aponta que são as leis internas do funcionamento do capitalismo avançado que suscitam a necessidade de planejamento. As causas são numerosas, mas as fundamentais são as imperfeições e incertezas do mercado, de um lado; e o funcionamento contraditório do sistema econômico, de outro.

No que tange às incertezas do mercado, esclarece o autor que seus mecanismos próprios são insuficientes quanto à capacidade de previsão, assim como de corresponder às demandas de interdependência funcional dos setores da economia, ou seja, o mercado não permite estabelecer a interdependência entre os

¹⁴³ VLACHOS, 1996, p. 101-113.

projetos dos diversos agentes econômicos, nem evitar desequilíbrios resultantes das incoerências dos planos parciais.

Sob outro viés, o mercado, por si só, não tende a satisfazer o conjunto das necessidades sociais, já que é naturalmente comprometido com a dinâmica da acumulação do capital. Segundo Vlachos:

À l'inverse, la planification introduit le souci du long terme et d'une vision globale. Elle apparaît comme la mise en oeuvre d'une autre rationalité économique et sociale qui passé par des choix publics. Rompant avec l'attitude passive du marché face à l'évolution des structures économiques, elle permet de définir des interventions prioritaires en fonction des menaces qui pèsent sur le pays ou des difficultés qui surgissent dans un monde mouvant, ainsi que les moyens d'action, et de mobiliser les énergies et les ressources. Le coût, l'impact sur la croissance de l'investissement doivent être orientés, par le biais du crédit, em fonction d'objectifs explicites de politique industrielle déterminés par le plan.¹⁴⁴

Há muito tempo que o mercado deixou de ser o regulador global da economia capitalista. Primeiramente, porque as leis econômicas – descritas pelos clássicos Adam Smith, Léon Walras e Vilfredo Pareto – não funcionam mais. Por outro lado, porque o keynesianismo, para lutar contra os efeitos perversos da evolução capitalista, obteve êxito parcial em ordenar a economia de mercados múltiplos, em que as despesas públicas exercem papel determinante, mas não papel dominador. A dominação sobre os mercados, atualmente, é exercida pelas empresas transnacionais, cujas decisões organizam o poder do grupo, em detrimento da independência e da autonomia do país.¹⁴⁵

Em sentido inverso, o planejamento introduz visão global e de longo prazo. Trata-se de outra racionalidade econômica e social, que passa por escolhas públicas. Permite definir as intervenções prioritárias, em função das ameaças que se apresentam para os países, ou das dificuldades que surgem, bem como os meios de ação e de mobilização das energias e recursos.

Em relação ao funcionamento contraditório do sistema econômico, assevera Vlachos que, no modo de produção capitalista, o processo de produção e reprodução se realiza por meio de ciclos de expansão e de recessão, que acarretam custos socioeconômicos elevados para a coletividade, ao gerar a inflação, o retardo dos investimentos e o desemprego. Enfim, as crises fazem parte do sistema.

¹⁴⁴ VLACHOS, 1996, p. 109.

¹⁴⁵ Sobre o tema, consultar: LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

Para contrapor-se a essas tendências do capitalismo é que o Estado deve intervir, o que se traduz, por si só, na justificativa para o planejamento. Vale dizer, no universo econômico aleatório de hoje, o planejamento é indispensável para guiar a ação do Estado, sendo que, de outro lado, oferece às empresas informações preciosas sobre a evolução macroeconômica nacional e internacional.

A ideia central do planejamento está em sua capacidade de reduzir as incertezas, tão nocivas à área econômica. Logicamente, antecede o exercício da regulação e da fiscalização da atividade econômica. Trata-se de atividade técnica e, portanto, deve sofrer o mínimo possível os influxos políticos.¹⁴⁶

Pelo planejamento econômico são definidos os comportamentos econômicos e sociais, os objetivos e os meios disponíveis para alcançá-los. Segundo Eros Roberto Grau:

Esta atividade de planejamento se expressa documentalmente em um plano, no qual registra, a partir de um processo de provisões, a definição de objetivos a serem atingidos, bem assim a definição dos meios de ação cuja ativação, em regime de coordenação, é essencial àquele fim. Como processo sistemático, compreende também uma etapa, posterior a sua implantação, de controle e adaptação do plano às mudanças da realidade a que se deve aplicar. Considerado o papel cumprido pelo planejamento na ordem econômico-social, como método de intervenção, entende-se esteja ele vocacionado à ordenação do processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social.¹⁴⁷

Outro ponto que merece ser abordado consiste em ser o desenvolvimento nacional o objetivo primordial da atividade de planejamento (art. 3º, II, CR), por meio da atuação integrada dos diferentes entes federativos. Para Gilberto Bercovici:

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do

¹⁴⁶ Gilberto Bercovici, no entanto, ressalva que: "O planejamento, embora tenha conteúdo técnico, é um processo político, especialmente nas sociedades que buscam a transformação das estruturas econômicas e sociais. Por meio do planejamento, é possível demonstrar a conexão entre estrutura política e estrutura econômica, que são interligadas. O planejamento visa à transformação ou consolidação de determinada estrutura econômico-social, portanto, de determinada estrutura política. O processo de planejamento começa e termina no âmbito das relações políticas, ainda mais em um regime federativo, como o brasileiro, em que o planejamento pressupõe um processo de negociação e decisão políticas entre os vários membros da federação e setores sociais" (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70).

¹⁴⁷ GRAU, 1978, p. 63-64.

subdesenvolvimento, dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado.

As reformas estruturais são o aspecto essencial da política econômica dos países subdesenvolvidos, condição prévia e necessária da política de desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento, o Estado deve atuar de forma muito ampla e intensa para modificar as estruturas socioeconômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, integrando, social e politicamente, a totalidade da população.¹⁴⁸

Em suma, o planejamento tem como finalidade vincular as decisões governamentais aos objetivos da população, bem como legitimar os programas a serem implementados.

Ainda sobre os efeitos do planejamento no desenvolvimento nacional, entende-se que a tecnicidade do planejamento, assim como o viés democrático que deve ser observado em sua formulação, é capaz de conduzir a atividade econômica à universalização dos serviços essenciais, constituindo-se, portanto, em instrumento para o desenvolvimento.

Como foi examinado no primeiro capítulo, os serviços públicos devem assegurar a todos condições mínimas de dignidade, sendo, portanto, a universalização dos serviços a primeira diretriz das políticas públicas. Nesse sentido, o planejamento se incumbe de oferecer os métodos de alocação de recursos, adotando-se, posto que indispensáveis, medidas de caráter redistributivo.

Pelo planejamento, tanto a intervenção estatal, quanto a liberdade de iniciativa convergem aos objetivos constitucionalmente previstos. Deve ser destacado que o planejamento vem a ser o principal instrumento de conciliação – e, portanto, de aproximação – entre os conflitos de interesse do setor público com os do setor privado. Constitui-se em instrumento de harmonização entre esses interesses, ordenando-os de forma racional.

Segundo Cristiane Derani:

Para a produção caminhar no processo de inclusão com dignidade, não de exclusão, o Estado não pode prescindir do planejamento. Este por sua vez, por uma lógica antagônica à lógica privada de produções, deve orientar-se em razão do uso dos fatores de produção e de sua distribuição (contrapondo-se à orientação em razão da troca e da concentração).¹⁴⁹

Trata-se, o planejamento, de função estatal preconizada, dentre outros dispositivos, pelo art. 174 da Constituição, que atribui ao Estado, na condição de

¹⁴⁸ BERCOVICI, 2005, p. 51-52.

¹⁴⁹ DERANI, 2002, p. 243.

agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. “O Estado regula a atividade econômica para exercer suas funções de fiscalização e incentivo da atividade econômica e também normatiza e regula para exercer sua função planejadora”.¹⁵⁰

Cumpra enfatizar que o planejamento estatal assume especial relevo em matérias atinentes à ordem econômica, em razão da infinidade de variáveis que determinam o processo econômico, algumas de complexidade elevada, outras sensíveis a análises completamente díspares e distantes do domínio comum.

É exatamente nesse sentido que o planejamento econômico estatal pretende reduzir essa zona de incerteza, coordenando a junção de tantas variáveis econômicas, integrando-se as diversas esferas governamentais e a esfera privada, de tal forma que a intervenção estatal no domínio econômico permita o desenvolvimento sustentado. Para Celso Ribeiro Bastos, “(...) o plano econômico compõe-se de diagnóstico e prognóstico. No primeiro reúnem-se os dados globais e setoriais; no segundo projeta-se, para o futuro, o conjunto de estimativas, tidas por mais plausíveis e extraídas do diagnóstico”.¹⁵¹

Para Alvacir Alfredo Nicz:

A concepção da direção da economia pelo Estado está na atualidade vinculada à necessidade de que a mesma deva ser estabelecida através do planejamento econômico, de modo a definir os objetivos e os meios de ação que deverão orientar o todo social em busca do bem comum.¹⁵²

Segundo a teoria econômica, o planejamento é forma de regulação econômica. Nos Estados Unidos, opera-se, principalmente, mediante a concessão de subsídios governamentais ou por normas de proteção comercial para o fomento de determinadas indústrias. Na Europa, preponderam os subsídios, a proteção comercial e a adoção de política industrial, por meio da qual são previstas nacionalizações, dentre outras medidas, inclusive conferindo ao Estado atribuições de empresário, em determinadas circunstâncias.

É nesse sentido que o art. 174 da Constituição confere ao Estado a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe a

¹⁵⁰ DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 241.

¹⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. O planejamento na Constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 31, jun. p. 107, 1989.

¹⁵² NICZ, 1981, p. 138.

função de planejamento, a qual é inserida dentre as modalidades de intervenção estatal no domínio econômico, em caráter determinante para o setor público.

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.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

No exercício da atividade normativa, compete-lhe a formulação de normas no plano constitucional – por meio de emendas – e no plano infraconstitucional, o que se instrumentaliza por leis, decretos, resoluções, portarias, regulamentos, etc. No âmbito da atividade regulatória, encontra-se o dever de regulamentar a atividade econômica, assim como de estabelecer diretrizes aos agentes econômicos.

A função de planejar a atividade econômica pressupõe a fixação de metas e a busca das finalidades eleitas às relações de produção, comercialização, distribuição e consumo de bens e serviços.

Há planos que apontam a direção a ser seguida pelos agentes econômicos, conferindo-lhes a apreciação da conveniência e da oportunidade em aderir a eles. Há outros planos em que à função planejadora são acrescentados incentivos para que o setor privado efetive a adesão.

A função de fiscalizar compreende o acompanhamento, a supervisão e o exame das atividades econômicas. A função de incentivo diz respeito ao estímulo da economia, por meio do exercício da intervenção indutiva. A função de planejar pressupõe a ação estatal de provisão, projeção, diretriz e fixação de metas.

Há planos, contudo, que mesclam a função de incentivo com a função planejadora, de forma que o Estado indica a direção, mas, ao mesmo tempo, oferece incentivos para que o setor privado venha a aderir ao plano. O caráter indicativo do planejamento estatal direcionado ao setor privado significa que a aceitação do quanto for indicado dependerá de juízo de conveniência e oportunidade dos agentes privados. Para o setor público, no entanto, o planejamento econômico é determinante.

O Brasil não possui tradição na área do planejamento econômico. Desde os Planos Nacionais de Desenvolvimento que não se implementa tal prática no país, preferindo-se soluções imediatistas – muitas vezes balizadas pelas conveniências

dos períodos eleitorais – para os problemas econômicos que se vivencia, a exemplo do que ocorreu com os sucessivos planos econômicos, nas décadas de 1980 e 1990.

São escassos os exemplos de políticas de desenvolvimento, sobretudo em termos de consistência para o longo prazo. Não raras vezes o que se implementa a título de planejamento econômico não passa, na realidade, de meros “subsídios tributários” e “guerras fiscais” entre os Estados-membros, sem qualquer marca de homogeneidade entre os objetivos e programas buscados. Como observa Gilberto Bercovici:

Entretanto, a partir da década de 1980, o planejamento e a política nacional de desenvolvimento foram totalmente abandonados pelo Estado. A atuação estatal caracterizou-se, desde então, como desprovida de uma diretriz global para o desenvolvimento nacional. A política econômica limitou-se à gestão de curtíssimo prazo dos vários “planos” de estabilização econômica. Deste modo, o Poder Público foi incapaz de implementar políticas públicas coerentes, com superposição e consecução apenas parcial de diversos planos ao mesmo tempo.¹⁵³

Gilberto Bercovici elenca, dentro da estrutura administrativa brasileira atual, três obstáculos à prática do planejamento. O primeiro está em que a formatação do Estado não é unificada e coesa, contando com diversas divisões internas, cada qual com interesses políticos distintos. Tal fato dificulta o trabalho dos técnicos em estabelecer a unidade das políticas econômicas e sociais.¹⁵⁴

O segundo obstáculo decorre do tratamento dado ao planejamento pelas leis orçamentárias, por meio dos instrumentos de controle fiscal. As restrições estabelecidas terminam por reduzir o planejamento ao orçamento e, com isso, desfigura-se o planejamento, ao impedir que fixe as diretrizes para a atuação do Estado:

Esta limitação da atividade planejadora exclusivamente às dotações orçamentárias é agravada pelas restrições impostas, recentemente, à atuação do Estado em todos os níveis pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000). Independentemente do mérito de buscar o controle dos gastos públicos, impedindo o seu desperdício, esta lei, visivelmente, impõe uma política de equilíbrio orçamentário a todos os entes da Federação. A única política pública possível passa a ser a de controle da gestão fiscal.¹⁵⁵

¹⁵³ BERCOVICI, 2005, p. 60.

¹⁵⁴ *Ibidem.*, p. 77-78.

¹⁵⁵ BERCOVICI, *op. cit.*, p. 81.

Por fim, o autor menciona o terceiro obstáculo, consistente nas mudanças paradigmáticas do Estado Brasileiro, conferindo-lhe feições do Estado Regulador, com reflexos na estrutura da Administração Pública, que assume o perfil gerencial. Para ele, “a regulação significou o desmonte da estrutura do Estado, o sucateamento do Poder Público e o abandono de qualquer possibilidade de implementação de uma política deliberada de desenvolvimento nacional”.¹⁵⁶

As consequências de tal falta de racionalidade são observadas na insuficiência de implementação de políticas públicas destinadas à universalização dos serviços essenciais e, como decorrência última, no baixo desenvolvimento econômico.

Diogo Rosenthal Coutinho aborda a insuficiência da atividade de planejamento no Brasil, com enfoque no contexto das privatizações. Tal autor salienta que tal processo se operou como resposta a necessidades prementes de ajuste fiscal. Assim conclui:

Essa ausência de visão estratégica e de planejamento de longo prazo implicou, além de boa dose de inadequação dos meios aos fins, também uma série de problemas para a regulação dos setores privatizados, especialmente daqueles sob o regime legal de serviço público.¹⁵⁷

Vê-se, portanto, o caráter imprescindível da atividade de planejamento estatal da atividade econômica, ao mesmo tempo em que se observa a insuficiência do que até aqui tem sido feito no Brasil.

3.1.2 Finanças públicas

A eficiência da atividade de planejamento, para além da definição dos objetivos a serem buscados e dos instrumentos a serem utilizados, depende da gestão responsável dos recursos financeiros. A gestão financeira abrange o orçamento anual, as metas plurianuais, as despesas de capital e a continuidade de projetos de programação continuada.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, p. 85.

¹⁵⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 69.

Embora a atividade de planejamento não se esgote no bom gerenciamento dos recursos públicos, seus regramentos são os instrumentos mais importantes para se atingir os objetivos esperados.

Nesse sentido, para o exercício da função de planejamento, as leis orçamentárias assumem especial importância. São elas previstas constitucionalmente, em capítulo específico, a saber: i) o plano plurianual;¹⁵⁸ ii) a lei de diretrizes orçamentárias;¹⁵⁹ e iii) o orçamento anual.¹⁶⁰ Por meio dessas leis, procura-se conferir ordem aos gastos públicos, pois até então, como salienta Antônio Celso Nogueira Leiria, as leis que versavam sobre finanças públicas tinham caráter meramente formal e não se destinavam aos seus verdadeiros fins de planejamento das receitas e das despesas:

O plano plurianual foi realizado até hoje muito mais para cumprir uma exigência legal do que para atender a sua elevada importância dentro do planejamento estatal que é o de dar as metas a serem seguidas, os objetivos e as finalidades a serem alcançadas pela Administração. Da mesma forma que a lei orçamentária, o plano plurianual era muito mais uma mera obediência ao comando legal do que um planejamento sério e consciente das atividades que o governo pretende realizar. Não é de balde que estas leis tinham seu âmbito restrito ao papel, sendo a prática administrativa completamente diferente. A lei orçamentária era esquecida pelo administrador, que fazia as coisas sem o planejamento consistente que é o da lei orçamentária e do plano plurianual. O resultado disso são obras inacabadas, corrupção, desvio de verbas, déficit público, endividamento constante e crescente etc.¹⁶¹

Há traços paralelos entre as leis orçamentárias e o princípio do planejamento, o que se depreende, dentre outros fatores, do próprio ordenamento jurídico que disciplina a elaboração, pelos entes federativos, do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento (art. 165, CR). Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe novos instrumentos de planejamento: i) anexo de metas fiscais (art. 4º, § 1º); ii) anexo de riscos fiscais (art. 4º, § 3º); e iii) relatório resumido de execução orçamentária e relatório de gestão fiscal (art. 48, caput).

¹⁵⁸ Art. 165, § 1º, CR.

¹⁵⁹ Art. 165, § 2º, CR.

¹⁶⁰ O orçamento público é regido pelos seguintes princípios: i) princípio da exclusividade, segundo o qual a lei do orçamento somente pode veicular matéria de natureza financeira (receita e despesa) – art. 165, § 8º, CR; ii) princípio da unidade, ou seja, um único documento deve reunir todas as despesas; iii) princípio da anualidade, isto é, as receitas e as despesas são estimadas por um período de um ano; iv) princípio da universalidade, pelo qual o conjunto de todas as receitas e despesas deve figurar no orçamento público; e v) princípio da legalidade, ou seja, depende do prévio consentimento do Poder Legislativo.

¹⁶¹ LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Caxias do Sul: Plenum, 2005. p. 50.

Nota-se que o planejamento não é um mecanismo inédito no ordenamento jurídico brasileiro, pois desde o Decreto-Lei n. 201/67 já havia a sugestão de que os entes federativos realizassem planejamento. A grande novidade da lei foi tornar o planejamento obrigatório e prever instrumentos para cobrá-lo, de forma tal que o planejamento, atividade essencialmente política, passa também a ter que atender a determinados requisitos técnicos.¹⁶²

O orçamento público,¹⁶³ documento basilar das finanças públicas, é expresso por meio de lei que autoriza os gastos do Estado, correlacionados com a receita necessária à sua cobertura. Constitui-se na previsão de receitas e despesas para determinado período, tendo como fator norteador as diretrizes e os objetivos dos planos. Por meio do orçamento, é possível identificar, e daí sua importância para o planejamento, o rol de projetos e atividades que o governo pretende realizar, detectando as metas e os resultados esperados.

O plano plurianual contém os objetivos e as metas da administração para as despesas de capital nos quatro anos subsequentes. Tal plano reúne as diretrizes, metas e objetivos que a Administração Pública deve perseguir. É de se destacar que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento serão elaborados em conformidade com o plano plurianual (art. 165, § 4º, CR). Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão (art. 167, § 1º, CR).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) representa novidade trazida pela Constituição de 1988. Ela funciona como orçamento de transição para compatibilizar o plano plurianual com a Lei Orçamentária Anual. Veicula, a LDO, as metas e as prioridades da administração, orientação na elaboração da lei orçamentária anual, alterações na legislação tributária e política de aplicação das agências oficiais de fomento, além do disposto no art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal, em que se destacam o anexo de metas fiscais e o de riscos fiscais.

Impõe-se ao administrador que apresente as metas e, em momento posterior, divulgue a “avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano

¹⁶² TAVARES, André Ramos. Responsabilidade fiscal: novos parâmetros para o poder público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 284, 2001.

¹⁶³ Refere-se aqui ao gênero orçamento público, do qual são espécies o plano plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o orçamento anual.

anterior”,¹⁶⁴ demonstrando a intenção do legislador em dar eficácia às leis orçamentárias, não havendo mais espaço para leis cumpridoras de meras formalidades.

No anexo de metas fiscais constarão as “metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes”.¹⁶⁵ Obtém-se o resultado primário pela diferença entre receitas e despesas em determinado período – se positivo, haverá o *superávit* primário; do contrário, *déficit* primário. O resultado nominal é calculado pela diferença entre a dívida pública em certo momento e outro posterior.

No anexo de riscos fiscais, “serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem”.¹⁶⁶

A Lei Orçamentária Anual deverá estar em harmonia com as leis antes mencionadas. Considerando a existência do plano plurianual e da Lei de Diretrizes, resta ao orçamento anual a condição de norma descritiva, compreendendo a previsão de todas as receitas a serem arrecadadas no exercício, assim como as despesas a serem executadas no mesmo período.¹⁶⁷ Compreenderá o orçamento fiscal, de investimentos e da seguridade social.¹⁶⁸

Nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Orçamentária Anual deverá conter também anexo demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e as metas constantes da Lei de Diretrizes.¹⁶⁹ Desse modo, o orçamento deixa de ser apenas o rol das despesas e receitas e transforma-se em instrumento de plano de desenvolvimento.

A não observância do dever de planejamento fiscal importará ao administrador público, a depender do caso concreto, as sanções previstas para o ato de improbidade administrativa, por “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”,¹⁷⁰ “liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua

¹⁶⁴ Art. 4º, § 2º, I, LRF.

¹⁶⁵ Art. 4º, § 1º, LRF.

¹⁶⁶ Art. 4º, § 3º, LRF.

¹⁶⁷ Art. 165, § 5º a § 7º, CR.

¹⁶⁸ Art. 165, § 5º, CR.

¹⁶⁹ Art. 5º, LRF.

¹⁷⁰ Art. 10, IX, Lei n. 8.429/92.

aplicação irregular”¹⁷¹ ou mesmo afrontar o princípio da legalidade, conforme previsão do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Diante da existência de orçamento público, vinculado a objetivos e finalidades, permite-se aos cidadãos e a toda sociedade civil acompanhar e fiscalizar a utilização dos recursos públicos e, principalmente, levar ao Judiciário atos que violem os planos, programas e projetos instituídos por lei, aplicando-se, nesse sentido, a teoria dos motivos determinantes¹⁷² ao planejamento.

3.1.3 Políticas públicas

Entende-se por políticas públicas os programas de ação governamental, estabelecidos com a finalidade de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁷³

Nesse quadro, faz-se necessária a superação da ideia de que existe uma ordem cronológica na elaboração das políticas públicas, na qual o legislativo e o governo traçam suas diretrizes para o posterior cumprimento pela Administração Pública. Entende Bucci que “a eficácia das políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos”.¹⁷⁴

O plano não se confunde com a política, pois esta é mais ampla que ele. A proximidade entre os conceitos está no fato de que, frequentemente, as políticas públicas se exteriorizam por meio de planos. O instrumento normativo do plano é a lei, na qual estão contidos os objetivos da política e os instrumentos institucionais de sua realização. Em seguida, sucedem-se normas da alçada do Executivo.

¹⁷¹ Art. 10, XI, Lei n. 8.429/92.

¹⁷² “De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorrerem e o justificavam” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 405).

¹⁷³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 249.

O planejamento deverá considerar as variáveis de mercado, permitindo que as análises que resultarem desse processo instrumentalizem a implementação das políticas públicas.

Esquemáticamente, a formulação das políticas públicas percorre três fases sucessivas: i) decisão, pelos agentes competentes; ii) planejamento das ações; e iii) ações públicas e privadas. Mantendo-se o foco do objeto do estudo, realça-se a etapa do planejamento estatal (analisado no tópico anterior), conceituado como a ação governamental comprometida com a coordenação racional das políticas públicas, tendo por objetivo as metas estabelecidas por um processo político em andamento.

Os fins sociais são alcançados por meio das políticas públicas. Trata-se de um conjunto de ações estatais destinadas à produção de efeitos sociais modificadores. Desenvolvem-se nos mais diversos segmentos da estrutura social, sendo oportuno o destaque – para os efeitos dos objetivos a que se propõe a presente pesquisa – das políticas econômicas e industriais.

A política econômica é definida como o conjunto de medidas governamentais, tomadas com o objetivo de atuar e influir sobre os mecanismos de produção, distribuição e consumo de bens e serviços,¹⁷⁵ enquanto a política industrial diz respeito às medidas governamentais tomadas para a expansão do setor produtivo do país¹⁷⁶ e, nesse sentido, combina medidas de fomento e de regulação, voltadas para a alocação de recursos no setor, influenciando, dessa forma, a estrutura e o desempenho industrial.

A adoção das políticas econômica e industrial significa o reconhecimento de que determinados objetivos econômicos e sociais não podem ser alcançados, caso submetidos apenas à lógica concorrencial do mercado. Isso se dá em razão de suposta dissociação entre as expectativas de rentabilidade privada e os benefícios públicos esperados, o que ocorre, por exemplo, na hipótese dos agentes econômicos não terem interesse particular em proverem certos empreendimentos, os quais, todavia, são necessários à economia.¹⁷⁷

¹⁷⁵ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 663.

¹⁷⁶ *Ibidem.*, p. 664.

¹⁷⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes. Política industrial, direito e desenvolvimento. In: **Direito econômico: direito econômico regulatório**. Coordenador: Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 425-473.

Essas políticas públicas destinam-se, portanto, a dar suporte aos empreendedores, cujas atividades são dotadas de significativas externalidades positivas. Para tanto, valem-se de recursos públicos, na forma de créditos subsidiados ou de isenções fiscais, da criação de empresas estatais e do estabelecimento de agências executivas.

Mario Gomes Schapiro traz duas classificações de política industrial, estabelecidas em função das diferentes estratégias de intervenção, bem como da relação mantida entre o Estado e o mercado: i) a política industrial desenvolvimentista; e ii) a política industrial com foco na inovação.¹⁷⁸

Na política industrial desenvolvimentista, o Estado atua como “alavanca do desenvolvimento, o que pressupõe uma participação expressiva do Poder Público como estimulador da acumulação econômica industrial”.¹⁷⁹ Presta-se, portanto, uma vez definidos segmentos estratégicos, a conduzir a construção do setor produtivo. Vale dizer, programar e dirigir o funcionamento da economia.

A política industrial converge com a economia política keynesiana e representa a intervenção, por direção, do Estado na economia. Segundo Mario Gomes Schapiro:

Conta, para isso, com o pressuposto de que o Estado é capaz de conhecer e selecionar os mecanismos mais adequados de promoção econômica e, desta maneira, a partir de uma direção pública do investimento industrial, podem ser obtidos os melhores resultados sociais e econômicos.¹⁸⁰

A política industrial com foco na inovação não se volta à construção do parque produtivo, mas ao estímulo das empresas já instaladas para que adquiram competência para inovar e assim competir em mercados mais rentáveis. Centra-se, em detrimento da produção de resultados, na constituição de ambientes favoráveis à atuação dos agentes privados, ou seja, nos espaços de governança. Os instrumentos utilizados procuram estar concatenados, o quanto possível, com a racionalidade privada.

Analisadas a programação dos objetivos a serem atingidos, bem como dos meios disponíveis para tanto, passa-se, ainda dentro do campo da atuação estatal, ao estudo da atividade regulatória.

¹⁷⁸ *Ibidem.*, p. 439.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, p. 439.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 462.

3.2 Atividade regulatória do Estado

A ideia de regulação surge a partir da concepção de que a retirada do Estado da produção direta, por meio das privatizações, não foi uma retirada gratuita. Ou seja, como os agentes econômicos agem de forma predatória, surge a necessidade de regulá-los.¹⁸¹ Salienta Vital Moreira: “Por mais que o Estado tenha reduzido a sua participação directa na actividade económica como empresário, por efeito de extensos programas de privatização do sector público, a verdade é que não diminuiu drasticamente o papel da regulação pública na economia”.¹⁸²

Prossegue o autor:

A auto-regulação como modo prevalecente de coordenação global da economia pertence ao domínio da utopia. Mas não deixa de ser igualmente utópico o regresso às origens de uma economia automaticamente regulada pelo mercado ou a realização de uma economia inteiramente planificada pelo Estado. Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção, pesem embora os movimentos de privatização mais ou menos radicais; e mistas sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a auto-regulação profissional.¹⁸³

Marçal Justen Filho pondera que os processos de privatização somente se justificam em face da constatação de que a concentração de competências no âmbito estatal não propicia a adequada prestação de serviços essenciais, pois quando “a estrutura estatal deixa de constituir-se em um meio para se tornar um fim em si mesmo, infringe-se a concepção republicana que justifica a manutenção da presença e da estrutura do Estado”.¹⁸⁴ A conclusão é no sentido da inafastabilidade da regulação, pois “toda e qualquer proposta de privatização tem de ser acompanhada de instrumentos jurídicos destinados a assegurar a realização dos valores fundamentais”.¹⁸⁵

¹⁸¹ Este é o paradoxo da desregulamentação: quanto mais o Estado se afasta da economia, mais se faz necessário estabelecer regulações. Diogo Figueiredo Moreira Neto observa que “de certo modo, portanto, e até paradoxalmente, a privatização da execução de serviços, empreendida pela Reforma do Estado, neste fim de século, termina sendo uma publicização de sua regulamentação e controle” (MOREIRA NETO, 2000, p. 12).

¹⁸² MOREIRA, 1997, p. 19.

¹⁸³ *Ibidem.*, p. 19.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, 2002, p. 12.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, 2002, p. 14.

Sob outro ângulo, tem-se que o ativismo socioeconômico do Estado do Bem-Estar trouxe a crise fiscal e a necessidade de redução das dimensões estatais, privilegiando-se as concepções normativas inerentes do Estado Regulador.¹⁸⁶ Todavia, não se elimina com isso os compromissos assumidos pelo Estado do Bem-Estar.

Muda-se apenas a estratégia para o alcance desse ideário, vale dizer, “o ideário do Estado do Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos”.¹⁸⁷

Com isso, o Estado Regulador abandona os fundamentos do dirigismo econômico, que lhe conferia o papel de desempenhar o planejamento centralizado do setor econômico, suprimindo, de certa forma, a autonomia empresarial privada. Em substituição a tal modelo, assume as concepções de subsidiariedade, ou seja, todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões da estrita racionalidade do mercado deverão ser remetidos à iniciativa privada.

Pelo princípio da subsidiariedade, os indivíduos devem concretizar por seus próprios meios os interesses que lhe são pertinentes. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação *concentrada e imperativa*, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade.¹⁸⁸

José Alfredo de Oliveira Baracho trata do Estado Subsidiário como um modelo intermediário entre o Estado Liberal e o Estado Social:

O Estado subsidiário, perseguindo os seus fins, harmoniza a liberdade autônômica com a ordem social justa, com a finalidade de manter o

¹⁸⁶ A terminologia “Estado Regulador” diz respeito ao novo modelo de Estado adotado na fase pós-privatizações. Entretanto, faz-se a ressalva de que o Estado sempre exerceu a atividade regulatória, ao menos desde que passou a ter o monopólio da produção jurídica. O termo, portanto, diz mais sobre o contexto do que sobre a atividade estatal em análise. Sobre o tema, consultar: OTERO, Paulo. Origem da intervenção econômica do Estado em Portugal: notas para uma história do direito público da economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano I, n. 4, p. 169-182, out./dez. 2003.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, *op.cit.*, p. 21.

¹⁸⁸ MOREIRA NETO, 2000, p. 20.

desenvolvimento de uma sociedade formada de autoridades plurais e diversificadas, recusando o individualismo filosófico. A idéia de subsidiariedade aparece como solução intermediária entre o Estado-providência e o Estado liberal. O princípio da subsidiariedade, mesmo sendo aplicado concretamente nas estruturas modernas, como a federativa, apresenta várias características diferenciadas.

[...]

A enunciação da idéia de suplência aponta limite teórico, fundado sobre a concepção do homem e da sociedade, vinculados à ação do Estado. Não se trata de idéia absolutamente imprecisa dizer que o Estado não deva intervir, a não ser em caso de insuficiência individual ou social. O Estado não tem somente por missão realizar certas tarefas, deve estimular a ação individual em função do interesse geral, notadamente no que concerne à política econômica. A noção de suplência não implica que, exclusivamente, perante grande número de atividades necessárias, os particulares ou os grupos deixem para o Estado tudo o que sua incapacidade ou negligência deixou de executar. Há diferença entre as obras dos particulares e as realizações do Estado, embasadas no interesse geral. O Estado supre não matematicamente, mas qualitativamente¹⁸⁹.

Quer o Estado, com o modelo regulatório, exercer o controle sobre o poder econômico, no sentido de acompanhar e fiscalizar o setor privado, exigir dele determinadas condutas, o modo de agir, assim como os fins coletivos a serem alcançados.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto trata do novo papel a ser desempenhado pelo Estado na esfera econômica, sendo oportuno o destaque das seguintes atribuições:

(I) *regulador do mercado*: o Estado especializando-se em seus diversos setores e segmentos, abandona a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la com a direção técnica e socialmente concertada por meio de entes independentes, criados para desenvolver políticas econômicas legislativas, antes que meramente executivas. É o Estado regulativo que pratica a *light intervention*, pró-mercado, desenvolvida pelos Estados Unidos da América como alternativa às formas *heavy intervention*, anti-mercado, desenvolvidas na grande maioria dos modelos do bem-estar social europeus durante o século XX.

(II) *alocador de recursos*: o Estado desempenha duas funções distributivas: uma externa (ou política), através de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, interna (ou administrativa), que se executa através dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos. É o Estado distributivo atuando em função alocativa, atividade que se distingue da função regulativa por quatro características: sua mutabilidade (anual), sua aleatoriedade (dependência de fatores financeiros disponíveis), seu tríplice formato das relações (quem paga, quem recolhe e quem distribui os recursos) e sua relação direta com o cidadão economicamente beneficiado.

(III) *parceiro econômico*: o Estado, ao mesmo tempo em que supera suas próprias limitações financeiras, técnicas e empresariais, associando-se a parceiros privados, despe-se de prerrogativas anacrônicas que, a pretexto

¹⁸⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 88-89.

de protegerem os interesses públicos a seu cargo, na verdade atuam como fatores de afastamento do concurso espontâneo da sociedade e até de encarecimento dos bens e serviços que devem ser buscados no mercado para atender a suas próprias necessidades administrativas.

(IV) *fomentador econômico*: o Estado desempenha sua mais nobre função, despido de coercitividade, em vias de transformação para um modelo de *Estado propulsivo*, que se torna de forma crescente um impulsionador de iniciativas (fomento empresarial), promotor de oportunidades de trabalho (fomento laboral), incentivador de investimentos (fomento financeiro) e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico).¹⁹⁰

O Estado-Administração abdicou de muitos monopólios públicos e passou a regulá-los visando a fins que transcendem o modelo clássico: foram estabelecidos deveres de serviço público e metas de universalização a serem atendidas, sob pena de supressão do direito à exploração dos serviços. O Estado outrora titular exclusivo do interesse público vê-se sucedido por um Estado que se vale da iniciativa privada para atingir fins públicos, em uma lógica cooperativa, horizontal e integradora.

Essa mudança paradigmática implica a revisão da disciplina jurídica preexistente, a começar pela previsão de competência normativa a órgãos reguladores, conforme será mais adiante examinado.

3.2.1 Conceito de regulação

O conceito de regulação tem sua origem nas ciências econômicas e não no direito, ainda que sua materialização ocorra por meio de normas jurídicas positivadas. Sua finalidade originária diz respeito à necessidade de se equilibrar e prevenir desequilíbrios da economia, que, como já se sabia, tendia ao descontrole, quando, por longos períodos, não lhe eram impostos comandos corretivos. Em suma, a preocupação que deu origem ao instituto da regulação foi a de impedir a constituição de monopólios privados, paradigma do desequilíbrio das forças privadas.

É necessária a menção de que o estudo conceitual do instituto da regulação deve enfrentar questão semântica de consequências significativas para o direito. Ocorre que o termo adveio do direito anglo-saxão – *regulation* – o que impõe

¹⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. Belo Horizonte: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, v. 3, n. 11, jul./set. 2005. p. 107-108.

cautelas na sua transposição para o direito pátrio, pois tanto pode ser traduzido como regulamentação quanto como regulação. Ou seja, o mesmo vocábulo inglês assume significados díspares na língua portuguesa.¹⁹¹

Outro ponto inicial a ser abordado diz respeito à influência que o posicionamento ideológico do autor terá na amplitude que o conceito de regulação virá a assumir. A posição mais restritiva refuta o conceito de que regulação seria toda espécie de ingerência estatal na economia, mas defende que seria apenas a ação estatal que venha a instituir em determinados segmentos econômicos a dinâmica do mercado, não estabelecida espontaneamente. O presente trabalho não adota esse conceito. Contrariamente, com base nos aportes doutrinários consultados, vislumbra na atividade regulatória desdobramentos mais abrangentes, cujas extensões serão declinadas na sequência.

Compreende-se que a regulação abrange toda atuação estatal sobre a economia, excetuando-se a exploração direta da atividade econômica.¹⁹² A noção dessa amplitude é dada por Alexandre Santos de Aragão, a partir da abordagem acerca da integração das funções estatais envolvidas na atividade regulatória, quais sejam, elaborar a norma, assegurar sua aplicação e reprimir as respectivas violações. Reproduzindo seus termos:

(...) conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.¹⁹³

Com o mesmo entendimento quanto à amplitude, Cristiane Derani também adota conceito amplo da atividade regulatória, indicando três modos distintos de sua manifestação:

(...) a regulação pela individualização do direito com a decisão judicial; a regulação pela criação de normas genéricas e impessoais; a regulação pela criação de relações jurídicas específicas, manifestação prudencial

¹⁹¹ Para a edição de regulamentos – regulamentação – o termo inglês mais apropriado é o *rulemaking*. No direito pátrio, o termo regulamentação corresponde à função normativa infralegal, ou seja, de detalhamento das condições de aplicação de determinada norma.

¹⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 1, n. 1, p. 69-93, jan.-mar., 2003. p. 71.

¹⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

decorrente da oportunidade constatada pelos governantes. Os titulares dessas ações são previstos em lei nos limites por ela rigorosamente determinados.¹⁹⁴

A doutrina de Marçal Justen Filho parte do pressuposto de que a regulação constitui-se em atividade de controle estatal sobre o poder econômico. Para a efetivação das definições estatais direcionadas ao setor privado, a regulação se vale de um conjunto de políticas públicas, composto de medidas legislativas, administrativas e jurisdicionais:

Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.¹⁹⁵

Sob a perspectiva econômica, a regulação procura aproximar as técnicas administrativas dos aspectos econômicos envolvidos na regulação. Dessa forma, a regulação econômica seria um conjunto de técnicas voltadas à correção das “falhas de mercado”, à estabilização econômica, assim como ao desenvolvimento econômico, o que engloba problemas distributivos e o próprio planejamento econômico. Ela reúne, também, técnicas administrativas de promoção de valores sociais e culturais com efeitos sobre a organização de mercados.

O objetivo de corrigir as “falhas de mercado” parte do pressuposto de que leis econômicas regem a dinâmica do mercado, do que resulta um modelo padrão de funcionamento, produto, portanto, da auto-organização da economia. Eventuais desvios desse padrão, pelo mercado, ensejariam a intervenção do Estado sobre o funcionamento do sistema econômico.

Entretanto, a finalidade da regulação não se esgota na superação das “falhas de mercado”, mas envolve a necessidade distributiva da produção, além da estabilização e do desenvolvimento da economia. Quer isso significar que a regulação, para além de sua dimensão econômica, possui uma dimensão social. Esses temas serão pormenorizados no tópico subsequente.

¹⁹⁴ DERANI, 2002, p. 85.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, 2002, p. 40.

Ainda quanto ao plano conceitual, analisando-se sob a perspectiva jurídica, a atividade regulatória estatal se refere ao exercício da função normativa, o que abrangeria o processo legislativo e, com maior especificidade, a produção normativa do Poder Executivo, ao que se denomina regulação administrativa.¹⁹⁶

A regulação administrativa, portanto, entraria no campo das normas secundárias, as quais são definidas como aquelas que alteram e especificam condicionamentos e restrições estabelecidos em normas primárias. Da mesma forma, ela trata das normas terciárias, as quais, apesar de não definirem direitos e deveres, estabelecem regras procedimentais.

Sobre esse tema, importa destacar que as relações sociais da atualidade, especialmente as que compõem o sistema econômico, assumiram complexidade tal que inviabiliza que a disciplina que sobre elas recaiam venha a ser dada, exclusivamente, pelo Poder Legislativo. É fato, e se diz isso sem qualquer intuito de demérito, que o Poder Legislativo não possui conhecimento técnico suficiente para estabelecer o regramento para o adequado funcionamento do sistema econômico. Soma-se a isso a incapacidade operacional de se normatizar com a celeridade imposta pela dinâmica das relações econômicas, além da problemática do mercado não vislumbrar no Poder Legislativo a legitimidade necessária para legislar sobre fatos que lhe são de absoluto desconhecimento.

Logo, a complexidade e a intensidade das relações sociais e econômicas contemporâneas não permitem que o direito esteja restrito às normas primárias, elaboradas pelo Poder Legislativo. Segundo Paulo Todescan Lessa Mattos:

Essa necessidade de adaptação e especificação do conteúdo de normas gerais e abstratas é inerente ao funcionamento de qualquer sistema jurídico moderno, que não suporta, com a complexidade do funcionamento dos sistemas político e econômico, os defeitos decorrentes de um sistema jurídico concebido como estático.¹⁹⁷

(...)

um sistema jurídico moderno não tem como ser concebido apenas como um sistema estático fundado em normas primárias estabelecidas por um Poder Legislativo soberano, gerando a exigência de delegação de poder normativo.¹⁹⁸

¹⁹⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006. p. 34.

¹⁹⁷ *Ibidem.*, p. 37.

¹⁹⁸ MATTOS, 2006, p. 38.

Em que pese a aceitação de tal realidade, não se desconhece os problemas que dela decorrem. Destacam-se, nesse sentido, a indesejada constituição de inúmeros microssistemas no âmbito do ordenamento jurídico, dispersos para os mais diversos setores, assim como a diminuição do controle sobre as decisões políticas, pois muito do que se normatiza entraria na esfera da discricionariedade administrativa, exercida pelos agentes incumbidos da regulação.

Decorre de tais efeitos a necessidade de ser estabelecido o controle democrático sobre os atos do Estado Regulador, pois, de todo modo, há que ser observada a racionalidade prevista no ordenamento jurídico, sobretudo em seu caráter principiológico, na formulação de políticas públicas que não deixam de ser definidas pelo exercício da atividade regulatória. Esse assunto, no entanto, será tratado em tópico específico.

Serão analisadas, agora, as justificativas que ensejam a atividade regulatória estatal, em restrição à liberdade de iniciativa.

3.2.2 Justificativas para a intervenção estatal: regulação econômica e social

Viu-se que o Estado deve atuar na economia, tendo em vista que as forças internas do mercado não são autossustentáveis e, além disso, as relações existentes entre os objetivos empresariais e os interesses sociais são, em tese, conflitantes.

A partir desses pontos basilares, Robert Baldwin argumenta que diversas razões podem levar os governos a exercerem a regulação, como, por exemplo, a influência do poder econômico, o interesse em disciplinar determinado segmento ou mesmo o particular interesse na reeleição. Muitas das razões podem ser agrupadas como instâncias de “falhas de mercado”.¹⁹⁹

A justificativa central para a regulação estatal está no fato de que a racionalidade econômica do mercado não contempla a justiça social. A racionalidade econômica é objetiva e centra-se na administração de recursos escassos, porém não considera os valores sociais.

¹⁹⁹ BALDWIN, 1999, p. 09-33.

A racionalidade jurídica, por outro lado, privilegia o aspecto axiológico. Nesse sentido, a conciliação entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídica seria capaz de conduzir a atividade econômica *lato sensu* ao encontro dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Faz-se a ressalva de que não se mostra incompatível a aproximação do direito – por meio das normas de planejamento, políticas públicas e regulação – da economia de mercado, ainda que se adote o pensamento neoliberal.

Sobre esse ponto, é oportuna a menção acerca da análise econômica do direito, que consiste em uma forma de pensar o direito, considerando os efeitos que as normas jurídicas geram em uma economia de mercado. Vale dizer, o impacto que tais normas produzem nos agentes econômicos.

Dito isso, considerando, portanto, que o sistema econômico não se mostra autossuficiente, acometendo-lhe as denominadas “falhas de mercado” que usualmente ocorrem, e, ainda, a aproximação entre o direito e a economia, acreditando-se que as normas produzem reflexos no funcionamento da economia, analisam-se as justificativas para a atuação estatal no domínio econômico.

Primeiramente, menciona-se a situação emblemática dos monopólios, existente quando determinada empresa apresenta-se, isoladamente, para a totalidade do mercado. Em regra, tal posição se sustenta sob três fatores: i) um único vendedor ocupa o mercado inteiro; ii) o produto ou serviço oferecido é único, no sentido de que não há similar substitutivo que possa atingir o mercado consumidor; e iii) há substanciais barreiras que restringem a entrada de outras empresas no setor, como ocorre no segmento do saneamento básico, o qual se constitui no foco da presente pesquisa.

Onde ocorre o monopólio, o mercado falha, porque a competição torna-se deficiente. Sob a perspectiva do interesse público, o problema da empresa ocupar posição monopolizadora está na potencialidade de maximização dos lucros, de forma a restringir a oferta e, assim, lançar os preços acima do custo marginal. Assim, os efeitos do monopólio, quando comparado com o regime concorrencial, são a redução da produção, o aumento dos preços e a transferência de renda dos consumidores para os produtores.

Uma resposta potencial ao monopólio é a utilização de regras de competição (ou antitrustes), assim como a criação de ambiente de mercado que conduza à competição. Faz-se a ressalva de que regras restritivas ao monopólio não

implicam violação à liberdade de iniciativa, pois o princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa, e não seu sinônimo, como ensina Fernando Herren Aguillar:

O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.²⁰⁰

Prossegue o autor:

Em síntese, o princípio da liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção deste, enquanto que o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia.

Essa oposição é o germe da contradição, coevo às origens do sistema, que influenciará definitivamente as subseqüentes transformações do regime jurídico do capitalismo: para que haja liberdade é necessário restringir a liberdade.²⁰¹

De fato, a formação dos monopólios é um efeito indesejado do sistema capitalista, o que se torna ainda mais adverso nos casos dos monopólios naturais, formados, via de regra, pela existência de circunstâncias que tornam a economia de escala bastante elevada, tornando ineficiente a participação de mais de um agente econômico em determinado segmento de produção de bens ou prestação de serviços. Em outras palavras, o monopólio natural ocorre quando valores econômicos no processo de produção são tão largos que podem ser servidos ao custo mínimo por uma única empresa.

Em situações como tais, é bem possível que o detentor do poder monopolista aloque os fatores de produção de maneira ineficiente e, com isso, haja elevação dos preços aos consumidores, conforme apontam os preceitos da teoria microeconômica.

Essa anomalia levaria o Estado a exercer o controle dos preços e das margens de lucro, pois o “agente econômico na situação padrão de ‘monopólio natural’ tende a aumentar os seus lucros por meio de restrições à produção

²⁰⁰ AGUILLAR, 1999, p. 59-60.

²⁰¹ AGUILLAR, 1999, p. 60.

(restricting output) e cobrando preços mais elevados do que os que seriam cobrados se houvesse competição (preços competitivos)".²⁰²

A tarefa dos reguladores, portanto, seria identificar as causas do processo monopolizador e regulá-las, enquanto outros segmentos, naturalmente concorrenciais, podem ser deixados sem restrições, ou seja, livres para serem moldados pelas influências das forças competitivas.

Outra justificativa está em que mercados competitivos apenas podem funcionar adequadamente se os consumidores estiverem suficientemente bem informados, pois as posturas que vierem a assumir no mercado estão diretamente ligadas às informações que lhe estiverem disponíveis para a tomada de decisões. Essas informações, contudo, nem sempre estão disponíveis de forma adequada, em virtude do (i) elevado custo, em alguns casos, para sua divulgação, (ii) pela dificuldade de compreensão de temas eminentemente técnicos, e (iii) pela simples omissão do fornecedor em gerar a informação.

Calixto Salomão Filho faz menção ao que denomina de *democracia econômica*. Conforme teoriza, os processos econômicos devem ter como valores básicos o conhecimento das preferências econômicas dos agentes e, portanto, é preciso que todos sejam capazes de exprimir suas preferências econômicas e que existam meios de transmissão dessas preferências.²⁰³

Evidencia-se, portanto, a diversidade de conhecimento entre os agentes envolvidos no processo produtivo, fazendo com que existam diferentes graus de informação. A regulação viria no sentido de impor aos agentes econômicos a obrigação de difusão dessas informações.

Outro aspecto diz respeito aos bens coletivos. Os bens públicos ou coletivos são aqueles que propiciam utilidades igualmente necessárias para todos, a exemplo dos relacionados ao meio ambiente, à saúde e à educação. O acesso a esses bens não pode se dar exclusivamente pelos mecanismos de mercado, sob o risco de se gerar exclusão.

A regulação, nessas hipóteses, busca a cooperação econômica entre os consumidores, de maneira a incentivar o melhor aproveitamento dos bens. A justificativa para a regulação decorre da dificuldade de se atribuir preço a esses bens, uma vez que não se pode individualizar o consumo. "Daí o desenvolvimento e

²⁰² MATTOS, 2006, p. 44.

²⁰³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 31.

a diversificação das modalidades pelas quais o Estado supre estes bens, quer diretamente, quer mediante a concessão de serviços públicos, quer pela contratação com terceiros, quer, ainda, via incentivos à produção, pelo setor privado, de bens dotados de alto coeficiente de externalidades positivas”.²⁰⁴

Destacam-se os seguintes mecanismos que o Estado dispõe para tornar os bens coletivos disponíveis: i) estabelecimento de diretrizes para a movimentação dos recursos estatais, canalizando-os para serviços e obras que permitam o acesso a tais bens; ii) gerenciamento adequado das delegações de serviços públicos; iii) adoção de política tributária voltada à obtenção de recursos a serem destinados ao fomento desses bens coletivos.

As externalidades também justificam a regulação. Esse fenômeno configura-se quando há efeitos não mensuráveis gerados por determinada atividade econômica, os quais atingem pessoas que não participam dela. O exemplo típico é o das atividades que podem causar danos ambientais. Nas atividades em que se verifica a presença de externalidades, o mercado não é apto, por meio do sistema de preços, a alocar eficientemente os recursos.

As externalidades negativas consistem nos custos sociais decorrentes do processo produtivo, que não se encontram refletidos nos preços dos produtos. Ocorre que há certa tendência dos agentes econômicos em excluir a própria responsabilidade por determinados custos necessários à sua atuação operacional, assim como em apropriar-se de vantagens propiciadas pelas circunstâncias alheias à sua atividade.

A razão para regular externalidades está na possibilidade do preço do produto ou serviço não refletir o verdadeiro custo social da produção, considerando que tal descompasso pode assumir proporções devastadoras. Tal constatação fundamenta a intervenção do Estado no sentido de corrigir essas falhas.

A ação regulatória, nessa hipótese, visaria à redução dos custos de transação, sobretudo quando a paralisação da produção for inviável do ponto de vista econômico. Em algumas situações, isso significa a absorção das atividades pelo Estado, especialmente quando as externalidades negativas atingem grupos sociais menos favorecidos. Em outras palavras, busca-se a internalização dos

²⁰⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165.

efeitos, por meio de taxação ou sanção financeira, incentivos para redução dos efeitos e regulamentações voltadas à redistribuição das externalidades.

Outra justificativa decorre de situações de lucros exagerados e imprevistos. Nesse caso, a atividade regulatória consistiria no controle dos lucros que não decorram diretamente da atividade produtiva, como ocorre na retenção de estoques que se valorizam pela ação de cartéis.

Por outro lado, os mercados podem ser deficientes não apenas em razão da falta de competição, mas podem suportar efeitos indesejáveis pelo comportamento de empresas que não optam pela competição saudável. O equilíbrio do mercado, trazido pelo regime de concorrência, nem sempre ocorre quando o grau de competitividade se apresenta excessivo, pois certos segmentos econômicos experimentam efeitos negativos em tais circunstâncias.

Esse comportamento pode se dar pela implantação de preços predatórios, hipótese em que a empresa apresenta o preço de seus produtos ou serviços abaixo do custo na expectativa de conquistar certo grau de dominação no mercado.

Diante dessa problemática, a ação regulatória poderia ter por objetivo a imposição de reorganizações societárias, por meio de fusões e aquisições, ou a manutenção de preços baixos, mediante a concessão de subsídios.

Há que se considerar que a omissão do Estado em tal contexto implicaria grandiosos custos sociais advindos do desfazimento de parques industriais e, assim, a despesa pública para se manter certa empresa em funcionamento poderá ser menor que as consequências geradas por eventual falência.

Também motiva a regulação estatal a situação de escassez de bens e serviços. De fato, em algumas circunstâncias, o mercado pode não levar à sociedade os desejados níveis de continuidade e disponibilidade de oferta, considerando, dentre outras, as hipóteses de demandas cíclicas. Por isso, para se evitar a ocorrência de situações de escassez de oferta de bens e prestação de serviços, admitem-se ações regulatórias voltadas ao controle de preços, inclusive por meio do estabelecimento de subsídios.

Outra justificativa está nos problemas distributivos. Desequilíbrios no mercado podem levar à concentração de recursos em segmentos que possuem maior poder de barganha, em razão, dentre outros fatores, do maior acesso às informações (assimetria de informações). Tal dualidade se mostra ainda mais

evidente quando se contrapõe segmentos de maior poder econômico com microempresários. A proteção estatal, portanto, faz-se indispensável.

Diante de problemas distributivos, a ação regulatória estatal teria por escopo a redistribuição de recursos de um grupo para outro, buscando, assim, o equilíbrio do mercado e a preservação de direitos fundamentais.

Apontadas as denominadas “falhas de mercado”, há que se ponderar que a atividade regulatória estatal não se presta, tão somente, a apresentar soluções aos problemas dela decorrentes. Na verdade, a ideia do Estado Regulador está comprometida com a intervenção provocativa para a realização de determinados valores sociais, o que surge diante da constatação de que o mercado, mesmo em funcionamento perfeito, pode conduzir à não realização de certos fins de interesse comum.

Paulo Todescan Lessa Mattos aborda o tema:

Em outra perspectiva estão contempladas as situações em que determinados objetivos distributivos importantes para o funcionamento da sociedade (educação, saúde e universalização dos serviços públicos, por exemplo) e objetivos de estabilização e desenvolvimento da economia (crescimento econômico, emprego, estabilidade monetária) não podem ser suficientemente contemplados pelo mercado, sendo necessária a adoção de técnicas administrativas específicas, como, por exemplo, o planejamento econômico.²⁰⁵

Destaca, nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto:

(...) a regulação estatal não envolve apenas um caráter passivo, de preservação das condições de reprodução da ordem econômica vigente (correção das falhas de mercado). No contexto jurídico-institucional de países como o Brasil, a regulação econômica (geral ou setorial) envolve necessariamente a perseguição de objetivos de interesse público, traduzidos em *inputs* extra-sistêmicos que são a um só tempo impostos pelo poder público (via políticas públicas) e filtrados e absorvidos por ele (via atividade regulatória).²⁰⁶

Carlos Ari Sundfeld define regulação estatal como instrumento de política econômica, tendo objetivos tanto de caráter econômico – controle de concentrações empresariais, repressão de infrações à ordem econômica, controle de preços e tarifas, admissão de novos agentes no mercado – quanto de cunho coletivo, a

²⁰⁵ MATTOS, 2006, p. 44.

²⁰⁶ *Ob. cit.*, p. 73.

exemplo das medidas ambientais, urbanísticas, de normalização e de disciplina das profissões.

Fazem regulações autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais).²⁰⁷

Segundo Marçal Justen Filho:

Com a drástica redução da atuação estatal direta, incrementou-se a concepção da regulação econômica como meio de controle das deficiências do mercado. No entanto, verificou-se que a realização de inúmeros outros fins, de natureza sociopolítica, também deveria ser tomada em vista da regulação. A intervenção estatal de natureza regulatória não poderia restringir-se a preocupações meramente econômicas. O Estado não poderia ser concebido como um simples “corretor dos defeitos econômicos” do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica.²⁰⁸

Considera-se, diante disso, que incumbe ao Estado a satisfação de inúmeros outros interesses além do econômico, de forma que o ordenamento jurídico não admite concepções reducionistas advindas da teoria econômica que possam comprometer a atividade estatal de promoção dos valores fundamentais. O Brasil, por possuir marcas de subdesenvolvimento, deve valer-se da regulação – mediante alguns critérios e sem desconsiderar as boas forças existentes naturalmente no mercado – para promover a universalização dos serviços públicos, por meio da adoção de políticas de caráter redistributivo.

Para Diogo Rosenthal Coutinho:

Quando se trata de universalizar o acesso aos serviços públicos, credita-se ao poder público a tarefa de criar diretrizes de longo prazo que, sem a ingênua pretensão de subjugar ou *domesticar* o capital, indiquem caminhos institucionais para investimentos em infra-estrutura. Investimentos em universalização, por parte do setor público, em consórcio com empresas privadas, não podem, todavia, ser descartados sob pena de a crença

²⁰⁷ SUNDFELD, 2000, p. 23.

²⁰⁸ JUSTEN FILHO,, 2002, p. 38.

excessiva na possibilidade de universalização com utilização de recursos privados desestimular por completo o interesse pelas concessões de serviço público.²⁰⁹

Segundo Marçal Justen Filho, o atrelamento da regulação a expectativas exclusivamente econômicas significaria a neutralização ética da ação estatal: “Isso equivaleria a subordinar a atuação estatal à realização exclusiva de valores econômicos, alterando o núcleo fundamental da Constituição”.²¹⁰

A face social da regulação, portanto, decorre da necessidade de se equacionar interesses naturalmente antagônicos entre as atividades empresariais e os usuários dos serviços essenciais, de forma tal que os interesses coletivos em conflito possam justificar medidas tendentes a inibir a busca incondicional ao lucro.

Cristiane Derani assim pondera:

A relação entre usuário e concessionário de serviço público não é de colaboração (“Vereinbarung”), mas também não é uma relação contratual, posto que não são propriamente interesses negociáveis que são contrapostos na busca de maximização das vantagens individuais. Uma parte procura realizar uma empresa e dela extrair seu benefício. Contudo, o usuário, ao recorrer ao bem ofertado, não o faz no exercício de uma liberdade de escolha no mercado, mas o faz impelido pela necessidade. A opção do usuário é entre satisfação ou privação de um bem indispensável a sua inserção nas relações sociais – quer dizer necessário à manutenção de sua existência.²¹¹

Robert Kling,²¹² Larry Reynolds²¹³ e Haring Trebing²¹⁴ posicionam-se, teoricamente, de forma contrária à excessiva incidência do critério da eficiência como fundamento para a implementação da atividade regulatória. Tais autores sustentam que a regulação deve, antes, promover o interesse público e a redistribuição de rendas, de maneira a preponderar, segundo dizem, o critério da equidade.

Segundo Reynolds,²¹⁵ a regulação deve superar o parâmetro neoclássico da eficiência e incorporar o critério da equidade. Deve considerar a estrutura

²⁰⁹ COUTINHO, 2002, p. 69.

²¹⁰ JUSTEN FILHO, 2002, p. 40.

²¹¹ DERANI, 2002, p. 86.

²¹² KLING, Robert W. Construindo uma teoria institucional da regulação. **Journal of Economic Issues**, v. 22, n. 1, March, 1988.

²¹³ REYNOLDS, Larry. Foundations of an institutional theory of regulation. **Journal of Economic Issues**, v. 15, n. 3, p. 641-655, 1981.

²¹⁴ TREBING, Haring M. Regulation of industry: an institutionalist approach. **Journal of Economic Issues**, v. 21, n. 4, p. 1707-1733, 1987.

²¹⁵ REYNOLDS, 1981. p. 641-655.

institucional da sociedade, incluindo, dentre outros, valores sociais e éticos. Trebing²¹⁶ questiona a possibilidade das abordagens neoclássicas da regulação produzirem recomendações de política pública aplicáveis aos modernos sistemas econômicos nacionais e globais, em virtude de suas premissas estarem calcadas em níveis utópicos de competição e na suposição de que o próprio mercado orientaria o encontro de soluções para suas falhas.

A abordagem neoclássica, segundo Trebing, mantém visão restritiva das falhas de mercado, a exemplo da maneira pela qual o monopólio é visto, ou seja, como mera falha transitória. Na verdade, conforme sustenta, há muitos setores em que os mercados não são autocorrigíveis e, portanto, são incapazes de assegurar a oferta adequada de bens e serviços a menores custos.

Propõe o autor um modelo institucionalista construído sobre os seguintes postulados: i) a intervenção estatal decorre do fato de as sociedades industrializadas darem origem à concentração do poder, com efeitos distributivos adversos; ii) a regulação se justifica para a promoção do interesse público e de valores sociais que não podem ser derivados exclusivamente de medidas monetárias ou orientadas pelo mercado; iii) a intervenção estatal deve explorar a criação de novos arranjos institucionais que permitam a promoção, de forma mais consistente, dos objetivos de interesse público; iv) a promoção do interesse público irá depender do consenso político a respeito da necessidade de ação e da força política do regulador; v) a forma da intervenção regulatória pode mudar ao longo do tempo.²¹⁷

Toda essa sistemática adotada, todavia, é passível de críticas, em razão de possíveis efeitos negativos dela decorrentes. É o que será a seguir abordado.

3.2.3 Críticas ao Estado Regulador

O Estado Regulador não está livre de problemas. Enumera-se alguns deles: i) captura – o relacionamento entre reguladores e regulados tende a se tornar muito próximo e conduzido à captura; ii) legalismo – há uma propensão à produção desnecessária de regras complexas e inflexíveis e, na verdade, uma proliferação de regras que conduzem à uma regulamentação excessiva, ao legalismo, à demora, à

²¹⁶ TREBING, 1987. p. 1707-1733.

²¹⁷ *Ibidem.*, p. 1714-1715.

intrusão na gestão das liberdades e ao estrangulamento da competitividade; iii) configuração padrão – é o aspecto de maior dificuldade para os reguladores, em razão de que a atividade demanda significativo volume de informações e, eventualmente, determinadas medidas podem ter um efeito prejudicial à competitividade; iv) execução – a execução é cara, além do que os efeitos da aplicação da lei são incertos. Há o risco de se deixar de atender a condutas que devam ser controladas ou, opostamente, conter atividades que devam ser irrestritas.²¹⁸

Por outro lado, outra crítica que se faz ao Estado Regulador diz respeito ao fato do exercício dos poderes regulatórios ser passível de equívocos e, por isso, faz-se necessária a existência de estrutura institucional voltada ao controle da regulação estatal, o que não é contemplado no modelo adotado.

Sabe-se, por outro lado, que a formulação unilateral da regulação provoca menor adesão dos sujeitos regulados, pois não se admite que a atividade regulatória seja exercida sem a efetiva participação do setor empresarial e da sociedade em geral.

Outro ponto diz respeito à regulação estatal desordenada, em razão da ausência de coordenação adequada entre as atividades desenvolvidas pelos diversos órgãos reguladores, produzindo-se, dessa forma, regulações anacrônicas e conflitantes entre si.

Sobre esse aspecto, Marçal Justen Filho aponta que na década de 1980 havia, na verdade, excesso de regulação, marcada, especialmente, pela ausência de coordenação entre as diferentes instâncias regulatórias.²¹⁹ “Existiam centenas de posturas acerca de cada atividade cogitada, muitas delas totalmente inúteis e outras incompatíveis entre si. Muitas vezes, os efeitos de determinações produzidas no âmbito de uma agência geravam reflexos em setores sujeitos à regulação de outra”.²²⁰

No plano legislativo, essa problemática decorre, dentre outros fatores, do antagonismo existente entre os grupos de pressão e os detentores do conhecimento técnico, havendo, segundo explica a ciência política, a tendência de se querer ser

²¹⁸ BALDWIN, 1999, p. 34-62.

²¹⁹ Falava-se, até mesmo, do que se chama “custo regulatório”, consistente no aumento das despesas de produção para o fim de custear o cumprimento das posturas governamentais.

²²⁰ JUSTEN FILHO, 2002, p. 43.

simpático ao eleitor, em detrimento da adoção das medidas tecnicamente mais adequadas.

No plano administrativo, as composições políticas existentes para a distribuição de cargos públicos de livre nomeação, bem como das funções públicas, comprometem o resultado da atividade regulatória.

Na verdade, sob a perspectiva política, a regulação deve ser analisada em vista dos pontos de conflito existentes entre o liberalismo e a democracia. Parte-se da premissa de que o sistema representativo efetivado por meio de partidos políticos propicia situações de desigualdade entre os representados.

Diante disso, a ação do Estado poderá estar comprometida na medida em que se distancie do interesse da maioria ou do interesse público, em razão dos déficits de representação dos interesses. Vislumbra-se claramente a possibilidade de o exercício do poder discricionário pelos órgãos reguladores vir a beneficiar determinado grupo de interesses, em detrimento dos interesses da sociedade.

Esse desequilíbrio torna-se possível não somente pelo déficit de representação, como também pela tendência, explicada pela teoria microeconômica, dos agentes, no mercado, buscarem maximizar seus interesses pessoais, em detrimento dos demais.

Além disso, os órgãos reguladores sofrem os influxos de grupos de pressão que detêm mais informações e, em virtude dessa assimetria, obtêm maior proveito nas negociações, na medida em que estabelecem, de acordo com o contexto, posturas de competição ou de cooperação para buscar benefícios junto aos órgãos estatais.

Para Fernando Herren Aguillar, o “grande desafio que a democracia contemporânea enfrenta é, assim, em nossa concepção, a de fazer frente a essas formidáveis transformações na estrutura da manifestação de interesses sociais, sabendo-se que o aparato jurídico-institucional para semelhante tarefa tem seu berço em concepções do século XIX”.²²¹

É exatamente nesse plano da legitimidade, e não propriamente no da eficiência, que reside o problema central referente ao funcionamento da regulação do mercado. Construiu-se, nessa perspectiva, a denominada “teoria da captura”,

²²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 71.

segundo a qual se constata que a atividade regulatória pode ser “adquirida” pelo mercado e desenhada e operada em seu próprio benefício.

Segundo Paulo Todescan Lessa Mattos:

Nesse sentido, a ação regulatória do Estado (externa ao mercado) não seria, a princípio, uma forma eficiente para agregar preferências, pois no momento da formulação de políticas públicas há, no contexto de um sistema político caracterizado pela democracia representativa de massa, assimetrias de informação e de condições de atuação dos grupos de pressão que levam os políticos (não benevolentes) a buscarem renda (*rent seeking*) para si próprios, conforme a relação *principal-agente* acima delineada.²²²

A reforma do Estado, portanto, deve considerar as experiências passadas, para o fim de estabelecer novos horizontes regulatórios, o que passa pela conscientização de que não se fazem viáveis posturas estatais uniformes e homogêneas, pois cada setor regulado apresenta características próprias. Portanto, “cada setor deve sujeitar-se a intervenção estatal em níveis correspondentes às peculiaridades apresentadas. Dito de outro modo, não é admissível advogar em termos absolutos políticas desregulatórias para todos os setores”.²²³

Transcreve-se a problematização trazida por Marçal Justen Filho:

Isso se passa não apenas a propósito das soluções de fundo, mas também no tocante à própria postura estatal relativamente a cada setor. Por exemplo, não é possível reservar soluções idênticas para o transporte aéreo e para a energia. As características de cada mercado, da estrutura econômica das atividades e dos interesses a proteger são muito diversas. Não é possível adotar a desregulação para o setor de energia simplesmente em virtude de ter apresentado bons resultados no âmbito do transporte aéreo. Mais ainda, a natureza da atividade aeronáutica exige uma fiscalização estatal, que não pode ser pura e simplesmente eliminada. Daí se segue que a intervenção estatal no setor de transporte aéreo pode ser menos intensa do que se passa no tocante à energia, mas também não poderá ser tão mínima quanto no campo das telecomunicações.²²⁴

Por fim, para superar eventuais crises de legitimidade que os órgãos reguladores venham a ter, deve-se fomentar a participação da sociedade civil na atividade regulatória.

²²² MATTOS, 2006. p. 62-63.

²²³ JUSTEN FILHO, 2002, p. 44.

²²⁴ *Ibidem.*, p. 44.

4 INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS

Dentre a gama de instrumentos regulatórios existentes, será dado destaque àqueles que guardam certa pertinência com a prestação do serviço de saneamento básico, tema tratado especificamente no último capítulo, mas para o qual convergem todos os capítulos.

4.1 Atuação direta

O Estado pode atuar na economia, assumindo a posição de empresário, ou seja, de efetivo agente econômico, por meio das empresas estatais, sejam elas as empresas públicas ou as sociedades de economia mista.

4.1.1 Empresas estatais

As empresas estatais, gênero do qual são espécies as empresas públicas e as sociedades de economia mista, são aquelas empresas administradas e controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. Compõem, portanto, a estrutura orgânica do Estado. Em consequência disso, as estatais desempenham atividade essencialmente governamental, ainda que assumam a personalidade jurídica de direito privado, tal como qualquer organização empresarial.

A Constituição da República trata das empresas estatais, embora não as defina, cabendo ao Decreto-Lei n. 200, de 25.02.1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 29.09.1969), recepcionado pela nova ordem jurídica, traçar os principais delineamentos de tais entes da administração.

Assim, a norma infraconstitucional define a empresa pública federal como a entidade com capital exclusivo da União, podendo assumir quaisquer das espécies societárias. Constitui-se em instrumento mercantil, do qual se vale o Estado “para conferir personalidade jurídica a um empreendimento exclusivamente seu, sem

sócios privados; trata-se da criação, sem mais, de um ‘filhote’ do Estado, que se pretende subtrair, ao menos em parte, da sujeição ao Direito Público”.²²⁵

A outra espécie de empresa estatal, as sociedades de economia mista, deriva da conjugação do capital público com o privado, visando, a partir dessa aproximação, a obter benefícios financeiros e/ou gerenciais, de maneira a permitir o exercício de determinado empreendimento. Por exigência legal, deve ter a formatação das sociedades anônimas,²²⁶ pertencendo ao Estado a maioria das ações com direito a voto.

As empresas estatais somente poderão ser criadas por lei, bem como depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de suas subsidiárias. O mesmo ocorre em relação à participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, XIX e XX, CR).

O modelo das empresas estatais se justifica pela intenção de “lhes conferir a mesma agilidade, eficiência e produtividade das empresas do setor privado”.²²⁷ Assim, sem se desprender do interesse público, as empresas estatais atenuam o engessamento do regime jurídico de direito público, libertando-se de certas amarras a ele inerentes, pretendendo-se, com isso, elevar a eficiência no exercício de suas atividades.

Embora integrem a configuração do próprio Estado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica própria. Essa assertiva, difundida pelos manuais de graduação em direito, reúne conceitos da mais absoluta importância para o estudo do tema, pois, de um lado, corporifica a opção política governamental, diante de um caso concreto, de criar uma empresa destinada à consecução de fins públicos e, de outro, significa a insubmissão desse ente criado, integrante da administração pública indireta, às intempéries políticas que, por vezes, surgem e se distanciam das boas técnicas gerenciais da Administração Pública.

É de se ressaltar que a decisão legislativa de criação de ente com personalidade jurídica própria não representa o investimento estatal em simples sociedade empresarial, até porque isso seria vedado pelo art. 173 da Constituição

²²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000a. p. 269.

²²⁶ Art. 5º, III, Decreto-Lei n. 200/67. A Lei n. 6.404/76 (LSA) dedica-lhes capítulo específico (art. 235 a 242).

²²⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

da República. Ao contrário, reflete a opção pela ampliação da Administração Pública Indireta, por motivo especial de interesse público.

Esse interesse pode decorrer, por exemplo, da ausência de interesse dos agentes privados em investir em determinado segmento econômico, hipótese essa bastante corriqueira no campo do saneamento básico. Tratam do tema Marcia Carla Pereira Ribeiro e Rosângela do Socorro Alves:

Por vezes, a intervenção direta do Estado na economia se justificará pelo desinteresse da iniciativa privada em assumir certas atividades, justamente por estas não apresentarem viabilidade lucrativa. Nessas condições, o estado atuará suprindo a deficiência do mercado, mediante a exploração de uma atividade empresarial que, muito provavelmente, não lhe renderá qualquer vantagem econômica, podendo, inclusive, suportar sucessivos prejuízos.²²⁸

Não se deve perder a vinculação ao interesse público nem mesmo nas sociedades de economia mista, quando sócios privados integram os quadros societários na condição de minoritários, na expectativa de se obter lucros. “Quando cria empresas para atuar na esfera própria dos particulares, o estado não o faz, e nunca deve fazê-lo, com o objetivo exclusivo de granjear vantagens econômicas, principalmente para sustentar a sua própria estrutura administrativa”.²²⁹

Sobre esse aspecto importa destacar a possibilidade de conciliação entre o lucro e o atendimento ao interesse público. Importa, efetivamente, que não se desvirtue a postura da empresa dos fins que justificaram sua criação.

O lucro, em si, constitui-se em elemento fundamental de qualquer empresa, sob pena de se inviabilizar o empreendimento. Nesse sentido, deve-se distinguir atividade-fim da atividade-meio. A primeira, sem dúvida, consiste no alinhamento das atividades sociais ao interesse público primário. A segunda, que lhe dá suporte econômico, “se faz através de meios empresariais que gerem *excedentes* de capital, qual seja, lucros. Esse excedente é pressuposto da eficiência dos agentes públicos que administram capitais mistos (públicos e privados)”.²³⁰

Essa lógica vale tanto para a prestação de serviço público quanto para a exploração de atividade econômica em sentido estrito. Em ambas as hipóteses, o

²²⁸ ALVES, Rosângela do Socorro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Sociedades estatais, controle e lucro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, 2006. p. 175.

²²⁹ *Ibidem.*, p. 174.

²³⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 386-387.

interesse estatal não deve estar fundado em razões empresariais ou mercantis, mas deve ser qualificado pelo atendimento aos anseios sociais.

Historicamente, as empresas estatais demonstraram sua importância, sendo, no Brasil, as responsáveis pela consolidação de grande parte da economia. A partir de 1934, o Estado passou a participar da atividade econômica (*lato sensu*), assumindo postura de empresário, de verdadeiro empreendedor. Para a consecução desse papel, criou-se a Administração Pública Indireta, atuando, assim, em paralelo com a iniciativa privada.

Em 1937, Getúlio Vargas promulgou nova Constituição. Consagrou-se, com ela, o modelo de concentração regulatória, largamente aceito à época, do qual decorre o dever do Estado em intervir na economia, “seja para afastar a ameaça ainda reverberante da crise de 29, seja para erguer barreiras alfandegárias tidas por indispensáveis para a consolidação da incipiente indústria nacional”.²³¹ O Estado impunha regras de controle sobre a economia e, ao mesmo tempo, intervinha como empresário.

Em momento posterior, a partir da década de 1990, o Estado Brasileiro, inserido em uma tendência global, vivencia uma ruptura com seus antigos preceitos. O cenário é de crise fiscal, em que o potencial arrecadatório não supre as demandas de sua enorme estrutura, elevando-se, por consequência, o déficit público, a escalada inflacionária, os juros (inibitórios do crescimento), a insatisfação e o descrédito popular.

Desde então, no âmbito nacional, as relações mantidas entre o mercado e o Poder Público vêm sofrendo significativas transformações. Assiste-se à privatização de diversas empresas estatais, fazendo com que o Estado se afaste da execução da atividade econômica.

4.1.2 A crítica quanto à ineficiência das empresas estatais

As empresas estatais são criticadas pela ineficiência administrativa e por serem palco de diversos atos de corrupção. Além desses fatores, a excessiva

²³¹ AGUILLAR, 1999, p. 193.

ingerência política nas empresas estatais foi, em grande medida, a responsável pela recente crise do setor. Odete Medauar bem sintetiza essas críticas:

As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua atuação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se “cabides” de empregos e “feudos” de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e “déficits” que o Tesouro público tinha de cobrir; este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com frequência, os problemas relativos aos “déficits”, ineficiência, abusos e incontrolabilidade das estatais.²³²

Foi nesse contexto que as economias capitalistas, inclusive a brasileira, experimentaram largo processo de desestatização. A história econômica tem demonstrado que as empresas estatais não reúnem os requisitos da eficiência e da transparência de seus atos, porém a privatização dessas empresas, sem que se observem critérios que respaldem o interesse social, não permite a plena concretização dos princípios constitucionais que tratam da ordem econômica.

Busca-se, assim, alternativa intermediária consistente, em síntese, na manutenção de empresas estatais em segmentos estratégicos e de interesse público absolutamente relevante, permeando-as, contudo, com parâmetros gerenciais da iniciativa privada.

Acredita-se que alguns mecanismos gerenciais, tipicamente privados, podem ser incorporados pelas empresas estatais, permitindo-se a superação das incorreções que sempre lhes acompanharam. Dar-se-ia, dessa maneira, resposta plausível às críticas que lhe foram direcionadas, as quais, como se admite, são absolutamente pertinentes.

Carlos Ari Sundfeld afirma que já são bem conhecidos os efeitos negativos do extremo controle estatal sobre suas empresas. Com base nisso, ele indica que

vários mecanismos foram concebidos para, segundo as hipóteses, viabilizar o pretendido equilíbrio entre *controle* e *autonomia* na relação entre o Estado e suas empresas: a celebração de ‘contratos de gestão’ com os dirigentes escolhidos para as empresas; a ‘terceirização’ em bloco da gerência do ente estatal, contratando-se empresa especializada e conferindo-lhe a tarefa de gerir o ente por critérios técnico-profissionais; e a escolha de um sócio

²³² MEDAUAR, 2001, p. 105.

estratégico, ingressando com seus capitais e sua *expertise* para ajudar na reestruturação e gestão da empresa”.²³³

Pondera o autor que a associação com entes privados, ainda que isso implique diminuição do controle estatal sobre a empresa, não faz menor o poder/dever de tutela estatal, no sentido de determinar seu planejamento, exercer a fiscalização e a supervisão de sua atuação e intervenção, em hipóteses excepcionais, tudo em razão do inafastável comprometimento das atividades sociais com os interesses que determinaram sua instituição.

É de se considerar que eventuais flutuações na intensidade da influência estatal (decorrente da titularidade acionária, que pode variar no tempo, para mais e para menos) não provocam variação equivalente no poder de tutela do Estado sobre o ente. Segundo Sundfeld:

(...) o controle *societário* do Estado sobre sua empresa pode ser mais ou menos concentrado, dependendo do arranjo engendrado na organização da sociedade de economia mista, mas nem por isso a *tutela* constitucional será menor naquelas empresas em que a influência estatal concorrer com um importante “poder minoritário”.²³⁴

Essas medidas nada mais são que corolário do princípio constitucional da eficiência, a determinar ao administrador público que concilie o êxito gerencial com a observância dos fins que levaram à criação da empresa estatal.

Dá-se isso, por exemplo, com a utilização de mecanismos contratuais e societários inspirados em modernas práticas empresariais. Em conclusão, vê-se a possibilidade de se compartilhar estruturas públicas com pessoas privadas, sem que, com isso, se desnature as empresas estatais.

Nota-se que há amparo jurídico para a proposição, pois as estatais possuem personalidade jurídica de direito privado (art. 173, § 1º, II, CR) e, nessa condição, recebem os influxos do regime jurídico do direito privado, ainda que a presença do Poder Público impeça a adoção incondicional do regime.

Ingressa-se, assim, na análise desses mecanismos privados, porém permeáveis ao setor público.

²³³ SUNDFELD, 2000a, p. 271-272.

²³⁴ *Ibidem.*, p. 275.

4.1.3 Mecanismos voltados ao aumento da eficiência das empresas estatais

Expostas as críticas que recaem sobre as empresas estatais, vislumbra-se a possibilidade da superação parcial dessas adversidades, por meio da importação de mecanismos gerenciais tipicamente privados. Vê-se – e isso ficará mais nítido no decorrer da explanação – que há certa compatibilidade entre tais mecanismos e o regime a que se submetem as empresas estatais, ainda que permeáveis às normas de ordem pública.

A ciência da administração pode contribuir para tal transposição, observando-se, evidentemente, algumas necessárias adaptações. Passa-se à análise de alguns desses mecanismos²³⁵.

As sociedades anônimas podem ser abertas, com ações negociadas em bolsa, ou fechadas, com restrições à compra e venda das ações. Diante dessa dupla possibilidade de comercialização acionária, apresenta-se disponível às economias mistas a alternativa de captação de recursos privados, por meio da adoção de procedimento de abertura de capital.

Além da obtenção dos recursos financeiros, outro benefício que a medida traz consiste no aumento do rigor do controle, já que as empresas de capital aberto submetem-se, por exemplo, ao controle da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Dessa forma, tutelando-se os interesses dos sócios privados, propicia-se, indiretamente, maior êxito do Poder Público no empreendimento estatal.

Outro mecanismo seria a especialização da atividade social. A cisão é o mecanismo de divisão da empresa, derivando-se a estrutura societária original em uma ou mais sociedades, constituídas com parcela do patrimônio da empresa originária. Se a sociedade originária desaparecer com a movimentação societária, haverá a cisão total; se subsistir, haverá a cisão parcial.

Na prática, a hipótese mais comum é a de manutenção da empresa originária, criando-se subsidiárias, para o que, no caso específico das estatais, se exige autorização legislativa. Para que não exista a completa dissociação

²³⁵ Esses mecanismos foram abordados em profundidade na monografia: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. **Gestão das empresas estatais: uma abordagem dos mecanismos societários e contratuais**. In: Prêmio Dest Monografias – Empresas Estatais: monografias premiadas 2005-2008. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009, p. 35-86. A abordagem desta pesquisa baseia-se nos conceitos desenvolvidos naquele trabalho.

principiológica entre as empresas derivadas da cisão e a cindida, pode-se optar pela formação de um grupo de sociedades (*holding*), responsável pelo alinhamento estratégico e pela unificação de posturas.

A cisão possibilita a definição de objetos sociais mais especializados por parte da empresa remanescente e das demais criadas a partir dela. O mesmo raciocínio vale para as hipóteses de fusão e de incorporação. Na fusão, duas ou mais empresas desaparecem para o surgimento de uma terceira. Na incorporação, há uma empresa que absorve uma ou mais empresas.

Outro ponto está em que, em determinadas situações, existe o interesse da Administração Pública em reduzir seu investimento em determinada empresa ou, ainda, buscar um parceiro estratégico no setor privado. Como modalidade de partilha de poder, existe a via do acordo de acionistas e da emissão de ações com poderes especiais. Por outro lado, a tendência para as sociedades estatais será de adaptação ao regime de governança corporativa.

O acordo de acionistas é mais um mecanismo. Trata-se de negócio jurídico que dispõe sobre as regras para o exercício do voto e sobre a comercialização das ações.

Muito se diverge acerca da possibilidade dos sócios da economia mista virem a celebrar acordo de acionistas, já que isso equivaleria a uma diminuição do controle do Poder Público sobre a empresa. Examina-se o extrato dessa controvérsia.

A objeção quanto à adoção do acordo de acionistas pelas sociedades de economia mista inicia-se com o possível conflito existente entre tal instrumento de convenção e a natureza das referidas empresas. As sociedades de economia mista caracterizam-se pela utilização de prerrogativas especiais e pela inafastabilidade do Poder Público da condução da empresa, sempre em prol da finalidade que orientou sua criação.

Essa característica central seria incompatível com o interesse dos acionistas particulares no inevitável direcionamento dos negócios para o lucro. Quer isso significar que a sociedade de economia mista foi instituída para a consecução de determinados fins de ordem pública e, para isso, colocou-se o Poder Público à frente de sua administração. Qualquer diminuição de seu poder de controle representaria a privatização pela via oblíqua e, conseqüentemente, estaria descaracterizada a sociedade de economia mista.

A tese contrária parte da noção de controle partilhado, fundado na existência de mais de uma fonte de comando. Enaltece o acordo de acionistas como grande aliado na busca do investidor estratégico, que seria atraído pela possibilidade de interferir diretamente nos destinos da empresa.

Por outro lado, com o acordo de acionistas, pode-se evitar o desvirtuamento da empresa estatal, por meio de algumas medidas preventivas, como, por exemplo, a exclusão do ajuste deliberativo das matérias que coloquem em risco o interesse público e provoquem o distanciamento da empresa das atividades que justificaram sua criação.

Em que pese a divergência, parece não ser incompatível a utilização desse mecanismo, desde que haja autorização legislativa para se reduzir o poder de controle estatal sobre a empresa e não se disponha acerca de aspectos vitais da empresa, ou seja, não se pode outorgar ao sócio privado a prerrogativa de afastar a empresa de seus interesses originais.

Mais um instrumento são as ações com poderes especiais. As ações que atribuem aos seus titulares poderes especiais foram introduzidas no contexto das privatizações. Dispõe o § 7º do art. 17 da Lei das Sociedades Anônimas:

§ 7º Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia-geral nas matérias que especificar.

Vê-se que o poder de controle do Estado não precisa, necessariamente, decorrer da titularidade da maior parte das ações com direito a voto. Em vez do critério quantitativo, pode-se receber recursos privados, mantendo-se a primazia por critérios qualitativos.

Os princípios da governança corporativa são outro ponto a ser considerado. A governança corporativa está baseada em cinco parâmetros: i) transparência (*disclosure*), de forma, inclusive, a deixar claro qual o nível de interesse dos administradores em relação à empresa, considerando a possibilidade de tais administradores serem acionistas ou investidores dela; ii) equidade (*fairness*), vindo a significar que o tratamento atribuído aos acionistas de uma empresa não pode justificar ganhos ou perdas excessivas de determinada categoria, em

detrimento de outra; iii) prestação de contas (*accountability*); iv) cumprimento das leis (*compliance*); e v) ética.

Verifica-se que os princípios da governança corporativa são perfeitamente aplicáveis às sociedades de economia mista. Observa-se que essas empresas possuem regime jurídico híbrido e, nesse sentido, os princípios de que se trata aproximam-se do conteúdo do regime jurídico de direito público, especialmente a publicidade e o dever de prestação de contas.

Por outro lado, a profissionalização da gestão das estatais deve estar associada à valorização do quadro de carreira dos funcionários e à vinculação da atividade da empresa às políticas públicas.

Em síntese, eventuais deficiências na forma de atuação podem ser superadas pelos meios de controle da administração pública e da transposição, para o setor público, de técnicas gerenciais tipicamente privadas, porém não incompatíveis com a realidade das empresas estatais.

Esses mecanismos, rapidamente mencionados, dentre os quais se incluem os princípios da governança corporativa, nada mais são que corolário do princípio constitucional da eficiência, a determinar ao administrador público que concilie o êxito gerencial com a observância dos fins que levaram à criação da empresa estatal.

4.2 Atuação por direção e por indução

Nas atividades econômicas de interesse público, quando o Estado não presta diretamente os serviços, atuando como agente econômico, pode dirigir ou induzir o comportamento dos agentes privados que se encarregam da respectiva prestação. Destacam-se alguns instrumentos para que isso ocorra.

4.2.1 Agências reguladoras e executivas

A Constituição de 1988 já previa a existência de órgãos reguladores para o setor das telecomunicações (art. 21, inc. XI) e do petróleo (art. 177, § 2º, inc. III). A

Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), embora atribua a atividade de fiscalização ao poder concedente (art. 29), de certa forma faz alusão às agências reguladoras quando prevê que a “fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários” (art. 30, parágrafo único).

As agências reguladoras podem ser federais, estaduais ou municipais. Ainda que componham a estrutura do Poder Executivo, foram concebidas para assumir posição independente em relação a ele, situação que se viabiliza por meio da autonomia orçamentária e da instituição de mandatos para os diretores.

Constituem-se em entes de natureza autárquica especial. Prestam-se à fiscalização dos contratos de sua respectiva competência, o que inclui as atividades das concessionárias. No exercício de tal função, dispõem do poder sancionatório em relação aos infratores.

São as agências dotadas de poder normativo, competindo-lhes a condução das políticas públicas nos segmentos em que atuam. Além disso, prestam-se à composição de eventuais conflitos estabelecidos entre operadores e usuários dos serviços.

Além da autonomia das agências reguladoras em relação ao poder concedente, conforme foi dito anteriormente, há que se cuidar da autonomia das agências em relação aos regulados, evitando-se o que doutrinariamente se denomina de *captura* do órgão regulador pelos interesses privados. Exige-se, portanto, que o funcionamento das agências esteja suficientemente normatizado, de forma a coibir essa indesejada interferência.

Segundo Fernando Herren Aguillar:

A autonomia da agência em relação a interesses privados exige desvinculação do administrador das atividades objeto de sua regulação, o que constitui tarefa particularmente difícil. É recorrente o problema da promiscuidade na ocupação de cargos públicos, mesclando-se interesses privados e públicos. Não se pode restringir em termos absolutos a atividade profissional de qualquer cidadão. Porém, é indispensável ter regras claras e eficazes para evitar a captura dos reguladores pelos regulados. Dentre os inúmeros problemas que estão envolvidos nessa complexa relação, está o fato de que a remuneração que um dirigente ou funcionário de agência reguladora pode perceber atuando na iniciativa privada, depois que abandona sua função pública, é muito superior à que recebia. O permanente contato entre reguladores e regulados, que é inevitável, dada a

natureza da regulação, é fonte potencial de desvios funcionais. Porém, não é um fenômeno adstrito às agências reguladoras.²³⁶

As agências executivas, ao contrário das agências reguladoras, não possuem poder normativo e não formulam políticas públicas. Possuem, tão somente, atribuições de caráter operacional e prestam-se à implementação das políticas públicas já existentes. Submetem-se a contrato de gestão, por meio do qual são estabelecidas as metas a serem atingidas e as estratégias a serem utilizadas para tanto.

4.2.2 Concessões

Originariamente, a teoria contratual clássica contrapunha-se ao instituto da concessão. A teoria contratual mostrava-se incompatível com a noção de serviço público, que exigia a prerrogativa de imposição de uma série de medidas hierárquicas.

A concessão, como instrumento de regulação dos serviços públicos, encontra seu fundamento nas modernas teorias contratuais, segundo as quais a cooperação entre as partes passa a ser componente do contrato. Dessa forma, supera-se a teoria clássica dos contratos que associava a noção de interesse público ao princípio da autonomia da vontade e ao postulado de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Tais teorias assimilaram as mudanças na organização da produção e na distribuição de bens, de forma a transpor o dirigismo econômico para a esfera contratual (dirigismo contratual). O fundamento para essa nova concepção decorre, tão somente, da supremacia da lei sobre a vontade. A ordem jurídica impõe-se como limite positivo à ação privada, assegurando que o contrato atinja fins distributivos.

Com isso, a cooperação é estabelecida mediante processo de planejamento e negociação constante durante a vigência contratual, capaz de conduzir as ações dos contratantes à realização do interesse comum de longo prazo.

²³⁶ AGUILLAR, 2006, p. 207.

Nessa perspectiva, o Estado e o agente privado atuam como parceiros no mesmo empreendimento econômico, razão pela qual se faz necessária a existência de regras que estimulem a cooperação na gestão dos serviços públicos, considerando a indiscutível presença de conflitos entre interesses públicos e privados na relação contratual.

Segundo Marçal Justen Filho:

Não se contraponha que o concessionário, como empresário privado, é vocacionado preponderantemente para o lucro. O intuito lucrativo é o objetivo “mediato” do concessionário, tal como a satisfação dos interesses coletivos é a finalidade indireta do Estado e da comunidade. O objetivo “direto” e “imediato” de todas as partes é a prestação de serviços públicos satisfatórios. Sob esse prisma, nenhuma diferença se põe entre Estado, Sociedade Civil e concessionário: todos se predispõem a colaborar e a concentrar esforços e recursos para o desempenho satisfatório das atividades que configuram o serviço público.²³⁷

O contrato de concessão passa a ser visto como contrato plurilateral, ou seja, dotado da possibilidade de participação de mais de duas partes, sendo o contrato capaz de gerar direitos e obrigações para todas elas. A pluralidade refere-se à circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados em torno da finalidade comum.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988 e do processo de privatizações, inicia-se um novo ciclo nas concessões de serviços públicos, assumindo essas concessões caráter de verdadeira política pública. Desde então, impõe-se que as concessões se tornem, efetivamente, instrumento para a realização do bem-estar social ínsito aos serviços públicos. Logo, surge a necessidade de se conciliar interesses privados e públicos por meio da concessão.

A Lei n 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) disciplina o regime jurídico das concessões de serviço público, no qual o concessionário assume o empreendimento por sua conta e risco. Trata-se de veículo de implementação de políticas públicas.

De acordo com o art. 2º, inc. II, concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que

²³⁷ JUSTEN FILHO, 2003. p. 59.

demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Para Marçal Justen Filho:

Como se observa, a concessão representa a conjugação de princípios e regimes jurídicos de direito público e privado. Busca-se captar recursos privados para desenvolvimento de serviços públicos, evitando, porém, a desnaturação do serviço público. O regime jurídico próprio de direito público impede que o particular administre o serviço como se fosse titular de empreendimento privado. Os limites do interesse público constroem a liberdade do concessionário, cuja atividade tem nítida natureza funcional. A concessão é instrumento de realização do interesse público, transcendente ao interesse econômico do concessionário. Não significa que o concessionário não busque o lucro, mas quer dizer que sua atividade sujeita-se a limites não aplicáveis aos empreendimentos exclusivamente privados. Dentro desses limites, o concessionário deverá atuar com o máximo de eficiência para obter resultados satisfatórios que lhe permitam sobreviver e obter lucro. Ademais, em caso de frustração da atividade, o particular deverá arcar com os prejuízos.²³⁸

Dito isso, introduz-se a concepção de que a concessão é forma de privatização de serviços públicos disciplinada, normalmente, pelo contrato celebrado entre a Administração Pública (poder concedente) e a empresa privada prestadora (concessionária).

A concessão é composta por: 1) um ato unilateral do Estado, de natureza regulamentar, tendo por objeto a fixação das condições de funcionamento, organização e o modo de prestação do serviço; 2) um ato-condição, pelo qual o concessionário, voluntariamente, insere-se na situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público; 3) um contrato, responsável pela manutenção da equação econômico-financeira e, conseqüentemente, pelo lucro do concessionário.

4.2.3 Terceiro Setor e parcerias público-privadas (PPPs)

O Terceiro Setor é composto por entidades privadas, instituídas por particulares, sem vínculo orgânico com a Administração Pública. Colaboram com o Estado em atividades não exclusivas deste, mediante algum incentivo do Poder Público, como subvenções sociais ou isenções.

²³⁸ JUSTEN FILHO, 2003, p. 108-109.

Diz respeito, portanto, às organizações de caráter privado com objetivos sociais, sem qualquer escopo de lucro. Prestam serviços públicos sociais em colaboração com o Poder Público, sujeitando-se ao controle da administração e do Tribunal de Contas, na hipótese de receberem recursos públicos.

Tais entidades passaram a ser estimuladas pelo Poder Público, assumindo significativas funções no implemento das políticas públicas estatais. Dentre tais entidades, destacam-se as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

A Lei n. 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) autoriza a celebração de contratos de gestão,²³⁹ cujos pontos principais são: (1) número limitado de atividades (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde – art. 1º); (2) presta-se à “formação de parceria” (art. 6º); (3) é elaborado “de comum acordo”, mas submetido a controle discricionário da autoridade administrativa competente – que pode “definir as demais cláusulas” (arts. 4º, inc. II, 6º, caput, e par. ún., e 7º); (4) visa a objetivos públicos predeterminados, estranhos à esfera individual dos contratantes – os serviços são prestados pela Organização Social diretamente ao público (não ao Poder Público); (5) não podem visar ao lucro nem à distribuição de riqueza entre os “parceiros”.

Por meio desse ato consensual, a administração e a pessoa privada envolvida dão aplicação, ponderada caso a caso, à Lei que estabelece os requisitos para que o particular exerça certa atividade econômica de interesse público e receba determinados benefícios públicos (servidores, bens, receita, etc.).

Oportuna se faz a observação acerca do conteúdo dessa relação jurídica. Se seu conteúdo é *secundum legem*, a definição do seu objeto não o é: há uma abertura normativa a determinados assuntos (ensino, pesquisa, desenvolvimento, etc.), os quais, conjugados com a política pública estabelecida pelo Poder Público ou proposta pelo parceiro privado, dão nascimento a atos negociais *sui generis*, cada qual com a respectiva especificidade.

Logo, trata-se de ato administrativo que se vale da técnica contratual para tornar concretas determinadas políticas públicas definidas ao abstrato em lei e dar cumprimento a diretrizes de desenvolvimento econômico.

²³⁹ O contrato de gestão dá forma jurídica a uma “parceria” estabelecida entre um *órgão estatal* e uma *pessoa privada* sem fins lucrativos, elaborada de comum acordo entre os “contratantes” e submetida a metas.

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é regida pela Lei n. 9.790/1999. Pode se habilitar como OSCIP a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujo estatuto e objetivos sociais atendam aos requisitos previstos em lei. Uma vez qualificado, o particular passa a ter legitimidade para firmar Termo de Parceria com a Administração, por meio do qual assume o dever de prestar serviços sociais, vinculados a metas, sob a fiscalização e o acompanhamento do parceiro público.

A execução de atividades de interesse público, por organizações privadas, em cooperação com o Estado, exige que a entidade interessada, primeiramente, seja qualificada como organização de interesse público para, depois, assinar o respectivo Termo de Parceria, cuja execução do objeto da parceria será acompanhada e fiscalizada pelo Estado.

As atividades sociais de interesse público são assim especificadas: assistência social; educação e cultura; saúde e segurança alimentar; preservação do meio ambiente e desenvolvimento sustentável; trabalho voluntário; combate à pobreza; desenvolvimento de modelos socioprodutivos alternativos e fomento ao esporte; defesa da cidadania, dos direitos humanos e dos valores universais.

No Termo de Parceria consta a discriminação dos direitos e das obrigações das partes, a previsão de receitas e despesas, o programa de trabalho e especificações técnicas do projeto a ser executado, as metas e os resultados esperados, bem como os respectivos critérios e indicadores de avaliação de desempenho.

Ao término de cada exercício, deve ser elaborado relatório sobre a execução, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados e da prestação de contas dos gastos e das receitas efetivamente realizadas, das remunerações pagas aos diretores e trabalhadores com relação direta ou indireta com o objeto do Termo de Parceria.

As parcerias público-privadas, disciplinadas pela Lei n. 11.079/2004, propõem-se à instituição de condições de maior estabilidade e previsibilidade às pessoas privadas que decidam por investir em infraestrutura. Assim, confere-se maior garantia de retorno ao investidor privado. Cabe ao Estado apontar as finalidades a serem buscadas, além de participar dos custos e remunerar o concessionário-parceiro.

Trata-se de forma contratual de concessão de serviços, que se opera por duas modalidades, a patrocinada e a administrativa. Na modalidade *patrocinada*, faz-se a concessão de serviços públicos ou obras públicas previstos na Lei n. 8.987/95, nas hipóteses em que a concessão envolva contraprestação adicional do parceiro público, além da remuneração obtida pelo concessionário diretamente dos usuários do serviço público (art. 2º, § 1º, Lei n. 11.079/2004).

Na modalidade *administrativa*, o usuário direto ou indireto dos serviços contratados é o próprio Poder Público (art. 2º, § 2º, Lei n. 11.079/2004). Na concessão administrativa, diferentemente do que ocorre na patrocinada, o parceiro privado será remunerado pelos serviços prestados diretamente pelo Estado e não como forma de subsídio à tarifa devida pelos usuários. A tarifa não é suportada de forma compartilhada pelo Estado e pelo usuário. O Estado encontra-se na condição de “usuário” dos serviços.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o contrato de concessão especial, sob a forma de parceria público-privada, pode ser conceituado como:

(...) o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.²⁴⁰

O grande diferencial trazido pela Lei n. 11.079/04²⁴¹ está na possibilidade de o Poder Público oferecer garantias ao parceiro privado, tais como a vinculação de receitas, a instituição de fundos especiais, o seguro-garantia, o fundo garantidor, entre outros.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 365.

²⁴¹ O Fundo Garantidor de Parcerias da União foi instituído na própria Lei n. 11.079/2004, de natureza privada e patrimônio próprio, para garantir as obrigações do Poder Público com o parceiro privado.

5 DESENVOLVIMENTO

A história da humanidade é marcada pela desigualdade econômico-social, o que equivale a dizer que grande parcela da população mundial vive em condições indignas e, portanto, encontra-se à margem do desenvolvimento. A análise dessa problemática passa pela avaliação da eficiência dos sistemas econômicos, tratada pela literatura econômica em suas duas dimensões: a estática e a dinâmica.

A dimensão estática consiste em, tão somente, gerir para que o sistema econômico – tanto no que diz respeito à sua infraestrutura quanto aos seus recursos humanos – opere em sua plena capacidade de produção. A eficiência estática, portanto, seria “aquela traduzida pelo maior grau possível de ocupação da capacidade instalada do sistema produtivo e pelo maior nível de emprego de mão de obra”.²⁴²

Trata-se de enfoque demasiadamente superado, sobretudo pela evidência fática de que, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, quando a economia pretendia reconstruir o que a guerra havia destruído, pouco se observava de capacidade ociosa das forças produtivas. Há muito que a tônica passou a ser outra.

A dimensão dinâmica é a que efetivamente interessa ao estudo do desenvolvimento econômico. Nessa seara, não mais se preocupa com o bom aproveitamento da capacidade produtiva que se dispõe. Importa, agora, expandi-la, de forma a atender a demandas vitais de significativa parcela de pessoas excluídas. “Esta seria a eficiência dinâmica, por importar uma permanente e auto-sustentada evolução em toda a estrutura não apenas econômica, mas social e cultural dos países onde se implantasse o processo desenvolvimentista”.²⁴³

Outra classificação guarda similitude com a que foi anteriormente apontada, qual seja, a diferenciação entre a eficiência alocativa e a eficiência distributiva. A eficiência alocativa observa a dimensão do bem-estar da coletividade,

²⁴² NUSDEO, 2002, p. 12.

²⁴³ NUSDEO, 2005. p. 350-351.

enquanto a eficiência distributiva preocupa-se com a forma de distribuição dos benefícios advindos da elevação do bem-estar geral.²⁴⁴

Assim, o desenvolvimento econômico seria um processo tendente a elevar continuamente a renda *per capita*, ou seja, tendente a fazer com que a disponibilidade de bens e serviços cresça em proporções superiores ao do incremento demográfico, trazendo modificações significativas na estrutura econômica.

O desenvolvimento é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas em três campos interligados: o econômico, o social e o político.²⁴⁵ Extrai-se da obra de Fábio Konder Comparato:

O elemento econômico consiste no crescimento endógeno e sustentado da produção de bens e serviços. Endógeno, porque fundado nos fatores internos de produção e não, portanto, de modo predominante, em recursos advindos do exterior. Crescimento sustentado, porque não obtido com a destruição dos bens insubstituíveis, constituintes do ecossistema. O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação, o direito de fruição dos bens culturais. Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave da abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício.²⁴⁶

O desenvolvimento, segundo a teoria neoclássica, é visto como resultado natural do funcionamento do mercado e, assim, atribui-se ao mercado a capacidade de solucionar os problemas econômicos, inclusive o do desenvolvimento. Essa concepção, no entanto, como já se analisou nesse trabalho, está sujeita a críticas, sobretudo em razão das experiências históricas que expuseram as fragilidades desse modelo.

Conforme sintetiza Calixto Salomão Filho, há três correntes na literatura econômica que se posicionam criticamente em relação ao neoclassicismo: i) teóricos das imperfeições do mercado, que não negam o mercado, mas sim o método de sua

²⁴⁴ O programa de privatizações recentemente implantado no Brasil previa, como efeito secundário, a universalização dos serviços prestados, prevalecendo o lado alocativo, em detrimento do redistributivo. (COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72).

²⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 395-396.

²⁴⁶ *Ibidem.*, p. 395-396.

análise, limitando-se ao estudo de suas falhas para, assim, evitá-las; ii) escola da nova economia institucional, que vincula o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento das instituições sociais; e iii) a terceira corrente que se dedica a temas envolvendo questões de pobreza e de desenvolvimento e procura destacar a importância dos valores dentro da teoria econômica.²⁴⁷

Importa dizer, para os fins do presente trabalho, que a intervenção do Estado, além de se prestar à superação das falhas de mercado, sobre as quais já se tratou, destina-se à promoção do desenvolvimento econômico e social, por meio da oferta dos serviços públicos, instituídos com fundamento na superação das desigualdades, na universalidade e na redistribuição.

Essa intervenção, diga-se, assume caráter absolutamente indispensável naqueles segmentos, como é o caso do saneamento básico, em que o interesse dos agentes privados atuantes no mercado mostra-se insuficiente para a condução do desenvolvimento do setor.

5.1 Teorias do desenvolvimento

O processo de desenvolvimento econômico e social é visto de variadas formas pela literatura econômica. Procura-se, assim, reunir esses pensamentos em dois grupos distintos, ressaltando-se que dentro de cada grupo há também posicionamentos divergentes, embora preservem o mesmo fio condutor.

5.1.1 Teoria da modernização

A teoria da modernização surgiu em consequência da Segunda Guerra Mundial. Tal teoria defendia que o processo de desenvolvimento poderia ser visto como uma série de estágios sucessivos de crescimento econômico pelos quais todos os países deveriam passar. O resultado de tal processo seria a criação de um sistema de mercado livre, de instituições políticas democrático-liberais e do chamado império do direito.

²⁴⁷ SALOMÃO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 31.

Os teóricos da modernização afirmavam que o subdesenvolvimento de uma sociedade era causado pelas características ou estruturas econômicas, políticas, sociais e culturais tradicionais e se refletia nelas. Para progredirem, as sociedades subdesenvolvidas teriam de passar pelo mesmo processo de evolução do tradicionalismo para a modernidade que as sociedades mais desenvolvidas haviam experimentado anteriormente.

No entanto, é feita uma ressalva. Enquanto o ímpeto de modernização nos países agora desenvolvidos resultara de mudanças endógenas, a transformação das nações em desenvolvimento resultaria principalmente de estímulos exógenos. Vale dizer, a modernização do Terceiro Mundo seria realizada pela difusão do capital, das instituições e dos valores do Primeiro Mundo.

Mais especificamente, isso implicaria a emergência de um sistema de livre mercado, do império do direito, de uma política multipartidária, da racionalização da autoridade e do crescimento da burocracia e da proteção dos direitos humanos e das liberdades básicas. Presumia-se que a ocidentalização, a industrialização e o crescimento econômico gerariam as condições para a evolução de uma maior igualdade social e, em consequência, o surgimento de instituições democráticas estáveis e do Estado de Bem-Estar Social. Durante esse processo, o Estado serviria de agente primário da mudança social.

Com base na teoria da modernização, os teóricos da Escola de Direito e Desenvolvimento pregam que a difusão do direito dos países desenvolvidos contribuiria para a modernização dos países em desenvolvimento. Em suma, sustenta-se que o direito seria pré-requisito para o bom funcionamento da economia industrial, pois essa concepção considera o direito capaz de nortear o comportamento humano e, por meio desse mecanismo, alcançar o desenvolvimento.

Inserida nessa linha de pensamento, a chamada Nova Economia Institucional considera o funcionamento das instituições do setor público e das organizações do setor privado fatores essenciais para o desenvolvimento dos países. A justificativa está em que a interação entre as instituições públicas e as organizações privadas fomentaria o incremento das atividades socialmente relevantes.

Os teóricos dessa linha suportaram significativo revés no fim da década de 1960, em razão do insucesso dos países em desenvolvimento em progredir

economicamente, conforme se previa. Além disso, esses países sofreram a desintegração de suas instituições políticas na esteira da proliferação de regimes militares autoritários, comprometendo o processo de desenvolvimento, sobretudo em seu aspecto político.

5.1.2 Teoria da dependência

A teoria da dependência, de inspiração marxista, preencheu o vazio deixado pelo enfraquecimento da teoria da modernização em meados da década de 1970. Essa teoria foi elaborada no mundo em desenvolvimento, fundamentalmente por estudiosos latino-americanos.

Em oposição à teoria da modernização, a qual enfocava exclusivamente fatores internos aos países em desenvolvimento como causas do insucesso para o desenvolvimento, a teoria da dependência defendia que as origens do subdesenvolvimento poderiam ser encontradas na estrutura do sistema capitalista.

As teses da Cepal conferiam fundamentação científica ao intervencionismo existente no Brasil desde 1930, reforçando o modelo de Estado como promotor do desenvolvimento, com ênfase na integração do mercado interno e na internalização dos centros de decisão econômica. Para a Cepal, a superação do subdesenvolvimento demanda política de longo prazo, com decidida intervenção planificadora por parte do Estado.²⁴⁸

Celso Furtado conciliou análises históricas sobre a formação da estrutura produtiva da sociedade brasileira com a interpretação estruturalista, defendida pela Cepal, de que o subdesenvolvimento latino-americano seria uma condição específica e não mera reprodução da trajetória percorrida pelos países capitalistas centrais.²⁴⁹ Transcreve-se:

O subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento. Para captar a natureza das atuais economias subdesenvolvidas, necessário se torna levar em conta

²⁴⁸ BERCOVICI, 2005. p. 48-50.

²⁴⁹ FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

essa peculiaridade.²⁵⁰

Celso Furtado posicionava-se pela participação direta do Estado na concretização de estratégias desenvolvimentistas de longo prazo, razão pela qual o planejamento econômico assumia notória relevância.

Os partidários da teoria da dependência compreendem que os colonizadores exploraram os recursos naturais e o trabalho das áreas colonizadas, venderam a elas seus produtos e impediram que competissem com produtos feitos pelos países colonizadores.

Destaca-se que o fim da colonização não pôs fim a esse sistema de exploração. Países em desenvolvimento foram incorporados ao sistema do mercado mundial em evidente desvantagem, pois careciam de base industrial estabelecida e de tecnologia atualizada de transporte e infraestruturas de comunicação. Desenvolver os aspectos necessários envolvia a atração de investidores estrangeiros, a obtenção de empréstimos financeiros do ocidente e a aquisição de equipamentos industriais e tecnologia ocidentais.

Significativa parcela do desenvolvimento resumia-se à produção de bens para a exportação aos países desenvolvidos, em detrimento do que era produzido para o próprio consumo interno. Essa política econômica fez com que os países em desenvolvimento dispusessem de bases produtivas pouco diversificadas, sujeitas às expectativas dos países importadores. A constituição econômica era de tamanha fragilidade que sujeitava tais países à condição de grande vulnerabilidade, expondo-os às barreiras comerciais estabelecidas para a proteção da produção interna dos países desenvolvidos.

Em suma, a imagem projetada pela teoria da dependência era a de um centro ocidental e uma periferia em desenvolvimento, em que a riqueza do primeiro é baseada na manutenção da última em estado de permanente dependência e subdesenvolvimento.²⁵¹ Segundo Gilberto Bercovici:

O centro e a periferia constituem-se, historicamente, como resultado da propagação do progresso técnico na economia mundial. A economia periférica é especializada e heterogênea. Especializada porque a maior parte dos recursos produtivos é destinada à ampliação do setor exportador.

²⁵⁰ FURTADO, 2000, p. 197.

²⁵¹ Essa ideia está ligada à teoria da deterioração dos termos de troca. A deterioração seria a tendência de longo prazo, inerente ao intercâmbio entre os produtos primários (da periferia) e os produtos industrializados (dos centros).

As novas tecnologias são incorporadas apenas nos setores exportadores de produtos primários e atividades diretamente relacionadas, que coexistem com os setores atrasados dentro do mesmo país. Por isso, a periferia é heterogênea, pois nela coexistem setores atrasados com os de elevada produtividade (setores exportadores). Já a economia dos centros é diversificada e homogênea. No sistema econômico mundial, cabe à periferia produzir e exportar matérias-primas e alimentos, devendo os centros produzir e exportar bens industriais. O conceito do centro-periferia demonstra a desigualdade inerente ao sistema econômico mundial, com a distância entres estes pólos tendendo sempre a aumentar.²⁵²

A teoria da dependência sustentava que, nos países em desenvolvimento, as elites locais formavam alianças de classe com capitalistas estrangeiros e, frequentemente, com funcionários públicos locais, os quais, por sua vez, apoiavam os interesses da elite. As vítimas desse processo global eram as massas de população rural pobre e os moradores de bairros urbanos carentes nos países em desenvolvimento, os quais compartilhavam dos poucos benefícios do desenvolvimento.

As concepções da teoria da dependência – integrando fenômenos políticos, econômicos e sociais discrepantes – fornecia uma explanação que deu origem a um nacionalismo econômico agressivo em uma série de países em desenvolvimento, notadamente na América Latina, gerando políticas que enfatizavam a substituição de importação associada a medidas protecionistas, voltadas à indústria local.

Os esforços para lidar com alguns dos problemas identificados pela teoria da dependência incluíam a aplicação de restrições à repatriação dos lucros de investidores estrangeiros, a pressão pela perda do controle majoritário por certo período em favor da posse por nacionais, a imposição de limites de preços para compra de tecnologia e a exigência de que disputas sobre a expropriação de bens estrangeiros fossem examinadas em cortes internas.

Os resultados foram díspares. Em certas situações, os negócios indicavam prontidão para se adaptar às restrições, mas nos países de pior sorte essas medidas resultaram na redução do investimento estrangeiro.

5.1.3 O movimento direito e desenvolvimento

²⁵² BERCOVICI, 2005. p. 49.

O movimento direito e desenvolvimento entrou em curso, de fato, somente a partir da metade da década de 1960. Ele adotou os princípios básicos da teoria da modernização, aderindo à noção de que o progresso evolucionário resultaria, em última instância, em ideais e instituições jurídicas.²⁵³

Para essa teoria, o direito é essencial ao desenvolvimento econômico, porquanto fornece elementos necessários ao funcionamento do sistema de mercado. Esses elementos incluem leis universais uniformemente aplicadas, as quais geram previsibilidade e permitem planejamento; regime de lei contratual que assegure expectativas futuras; e lei de propriedade para proteger os frutos do trabalho.

Pelo direito, assegura-se o desenvolvimento político do Estado Liberal Democrático, restringindo ações governamentais arbitrárias. Por outro lado, instrumentaliza o governo na consecução de seus propósitos. Idealiza-se, portanto, o modelo do império do direito para o desenvolvimento político, econômico e social.

A visão minimalista do império do direito exigiria apenas que o governo executasse as leis promulgadas pela autoridade política competente e tratasse seus cidadãos com o mínimo de dignidade, e que, além disso, houvesse acesso ao judiciário de forma justa e neutra para atender às reivindicações ou resolver disputas.

Sobre o campo *direito e desenvolvimento*, oportunas são as conclusões de Brian Z. Tamanaha,²⁵⁴ conforme se passa a expor.

A modernização é necessária, mas não suficiente, por si só, para o desenvolvimento econômico. Isso porque o sistema do mercado mundial bem estabelecido está gradualmente resultando em uma homogeneização global de leis comerciais. Para tomar parte nesse sistema, é preciso um mínimo de infraestrutura composta por essas leis e pelas instituições necessárias para reforçá-las. Países ou grupos isolacionistas podem seguir seu próprio caminho, mas por sua conta e risco. Contudo, mesmo com um mínimo de infraestrutura jurídica no local, o ritmo e a natureza do desenvolvimento econômico serão determinados por uma série de outros fatores.

²⁵³ Os teóricos da dependência, na verdade, deram pouca atenção ao direito, pois – condizentes com a visão marxista do direito como mera superestrutura à base econômica – acreditavam que as formas e as ideias legais são secundárias.

²⁵⁴ TAMANAHA, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 5, n. 1, 2009. p. 187-216.

A aparência de que o império do direito existe é proveitosa, mas não suficiente, por si só, para o desenvolvimento político. Ao redor do mundo, muitos dos principais elementos da ideologia do império do direito têm se tornado importantes meios de legitimação simbólica para o aparato político estatal.

Além de tais mínimos, o direito não é de importância primordial. O centro de gravidade em cada sociedade baseia-se em uma mistura de suas peculiaridades históricas, culturais, econômicas, políticas e materiais (população, recursos naturais, tecnologia de base, entre outros). O reconhecimento da natureza derivativa e da influência secundária do Direito é, de certa forma, um ponto unânime. Isso não impede que o Direito desempenhe sua significativa função como estrutura institucional e simbólica dentro da sociedade.

A teoria da dependência estava parcialmente certa e parcialmente errada; a teoria da modernização estava equivocada em parte, e ainda é muito cedo para dizer se estava parcialmente certa; contudo, o império do direito é compatível com ambas.

A teoria da dependência diagnosticou corretamente que as aflições econômicas dos países em desenvolvimento estavam diretamente relacionadas ao legado do colonialismo e à posição desfavorável no sistema de mercado mundial; mas, por outro lado, subestimou claramente os efeitos potencialmente benéficos desse sistema e enganou-se ao negar a importância de fatores internos.

Já a teoria da modernização errou ao ignorar o efeito do sistema mundial e, provavelmente, também incorreu em erro a respeito da expansão de instituições políticas democráticas e liberais. Mas se essa teoria, em última instância, está certa, isso é algo que somente será conhecido após algumas gerações.

O império do direito pode lidar com ambas as teorias, ou com uma combinação das duas, ou, ainda, com a maioria das teorias econômicas e com os variados acordos políticos.

Países em desenvolvimento irão se beneficiar se desenvolverem suas próprias variantes do conteúdo mínimo do império do direito. Tendo em mente que esses objetivos sempre serão realizados imperfeitamente, esse conteúdo mínimo inclui assegurar (1) que o governo atue de acordo com as regras estabelecidas na arena política e respeite os direitos civis de seus cidadãos; (2) e que haja um

corpo jurídico ao qual recorrer e que incorpore a ética de tratar todos os casos, antes do recurso, de forma neutra e justa.

As realidades cotidianas contrastantes dos países desenvolvidos e em desenvolvimento demonstram que o império do direito é decisivamente importante para se adquirir quando ausente e, quando presente, é importante ser crítico em relação a ele.

O conteúdo mínimo do império do direito pode ser estabelecido por meio de esforços voltados ao desenvolvimento jurídico – isto é, à criação de instituições jurídicas e do corpo da doutrina jurídica. Somente com bases fortes e uma existência estável é que o direito pode servir de efetiva limitação às ações governamentais, assim como juízes podem desenvolver éticas jurídicas e exercitar a independência necessária à sua função essencial.

Em suma, no campo do direito e desenvolvimento debate-se se o direito é fator importante para determinar resultados sociais ou econômicos nas sociedades em desenvolvimento. Discutem-se as potencialidades do império do direito em trazer avanços sociais e, em consequência, a plausibilidade de se apoiar reformas jurídicas em prol do desenvolvimento. Os defensores dessas reformas acreditam que as características específicas do sistema jurídico desempenham papel determinante nas perspectivas de desenvolvimento.²⁵⁵

5.2 Desenvolvimento econômico

Inicialmente, uma diferenciação é significativa: o crescimento econômico não equivale ao desenvolvimento econômico.²⁵⁶ Crescimento é, tão somente, a elevação da renda e do Produto Interno Bruto (PIB), sem, contudo, estar associado a mudanças estruturais importantes, seja porque estas já ocorreram, seja porque o crescimento é transitório e não se sustentará, caracterizando, na verdade, um surto e não um processo.

²⁵⁵ DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**. Tradução: Pedro Maia Soares. São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun., 2009.

²⁵⁶ Até os anos 1960, desenvolvimento e crescimento econômico eram utilizados como sinônimos. Hoje, o termo desenvolvimento pressupõe a aproximação integrada entre o econômico e o social.

No desenvolvimento, o crescimento faz-se concomitantemente a profundas alterações na estrutura do país, por trazer como consequência uma série de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social. Essas modificações darão sustentabilidade ao processo, permitindo que novas fases de evolução sejam atingidas²⁵⁷. Contrariamente, o crescimento está relacionado com a noção de surto momentâneo ou ciclo econômico, desprovido de sustentabilidade.

O desenvolvimento não se resume à elevação da riqueza, mas pressupõe a superação de circunstâncias estruturais. Vale dizer, não se faz possível a concretização do desenvolvimento apenas sob o prisma econômico. Para Amartya Sen:

(...) a avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou a industrialização – apesar da importância que possam ter como meios para fins reais.²⁵⁸

O desenvolvimento decorre de mudanças na estrutura, na cultura e nas instituições da sociedade. As mudanças na estrutura estão associadas ao campo tecnológico, às formas de propriedade e às classes e grupos sociais. As transformações culturais refletem os interesses das diversas camadas sociais, naturalmente em conflito. No campo das instituições, há que se considerar a essencialidade das reformas institucionais para se garantir a ordem pública, a estabilidade política, o bom funcionamento do mercado, além de proporcionar oportunidades de lucro que estimulem a produção.

O contrário disso é o subdesenvolvimento. Os países subdesenvolvidos possuem baixa renda *per capita*.²⁵⁹ Tais países sofrem de exorbitante desigualdade na distribuição da renda, fazendo com que grande parcela da renda total seja detida por pequena parcela da população.²⁶⁰ São observadas, nesses países, elevadas taxas de natalidade, assim como de mortalidade.

²⁵⁷ NUSDEO, 2002. p. 17.

²⁵⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 380.

²⁵⁹ Toma-se por parâmetro aproximado a importância equivalente a US\$ 2.000,00 (dois mil dólares)/ano.

²⁶⁰ Estima-se que, no Brasil, os 20% mais ricos abarcam 65% da renda nacional e os 20% mais pobres, apenas 3%.

As economias, baseadas em estruturas sociais como tais, possuem alta participação do setor primário da economia na formação da renda. A mão de obra é de baixa produtividade, os padrões de consumo e de qualidade de vida são reduzidos e as instituições funcionam mal.

Os processos de desenvolvimento, portanto, visam a superar essas deficiências estruturais e podem ser desencadeados por três fatores, não excludentes entre si: i) a acumulação de capital; ii) a evolução tecnológica; e iii) a existência de mercado consumidor.²⁶¹

O direito dos povos a experimentar esses avanços, assim como a postura estatal nesse contexto, são temas dos quais se pretende tratar.

5.2.1 Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição do direito internacional

Desde sua criação, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) vem se preocupando com as questões do desenvolvimento. A materialização desse trabalho encontra-se, principalmente, na Carta de São Francisco e na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

No direito internacional, o direito ao desenvolvimento pressupõe que os Estados, na condição de membros da comunidade internacional, devam dispor desse princípio sem que haja interferência dos outros membros da comunidade internacional. Por outro lado, o que antes significava omissão, hoje recomenda atividade. “Nesse sentido, prevê-se a cooperação dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, fundada no conceito de solidariedade e justiça econômica distributiva”.²⁶²

A Agenda 21 introduziu o conceito de desenvolvimento sustentável, vindo a abranger o desenvolvimento econômico, social, ambiental e cultural. A Reunião de Cúpula de Copenhague contribuiu para a elaboração da ideia de desenvolvimento não só econômico, mas também social, centrado no ser humano.

²⁶¹ NUSDEO, F2005. p. 357.

²⁶² PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL Jr., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 182.

O conceito de direito ao desenvolvimento evoluiu a partir dos anos 1970, até ser consagrado, definitivamente, como um dos direitos humanos fundamentais na Conferência de Viena de 1993.

Enquanto a questão do desenvolvimento foi perdendo força nos anos 1980, com o esvaecimento das discussões interestatais, em torno dos conflitos Norte-Sul, o trabalho em torno de sua concretização se desenvolveu no foro dos direitos humanos, em que a questão já havia sido inserida por força da Nova Ordem Econômica Internacional. O direito ao desenvolvimento sofre, portanto, as consequências das transformações do próprio direito internacional.

Esse direito é consagrado como um dos direitos humanos de terceira geração, também denominados direitos de vocação comunitária ou de titularidade coletiva.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 corretamente situa o ser humano como sujeito central do processo de desenvolvimento. Reclamando maior fortalecimento na inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo, a Declaração de Viena, ao endossar com firmeza os termos daquela Declaração, contribui para dissipar dúvidas porventura persistentes e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo do direito internacional dos direitos humanos.

A análise do direito ao desenvolvimento pressupõe a verificação de duas dimensões espaciais: o desenvolvimento como objeto de estratégia nacional e como objeto de estratégia internacional.

Quanto às estratégias nacionais, discute-se a pertinência da exportação de modelos de desenvolvimento pelos países desenvolvidos e de seu estabelecimento pelas instituições financeiras internacionais – Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial. Destaca-se que não há um modelo único de desenvolvimento, uma vez que são diferentes as percepções e experiências de cada nação.

Quanto à dimensão internacional do direito ao desenvolvimento, reporta-se às premissas trazidas por Cláudia Perrone-Moisés:

- a) o desenvolvimento de qualquer país depende hoje, mais do que nunca, do plano internacional; b) o crescente reconhecimento da interdependência das sociedades, devido a contatos transnacionais, leva à necessidade de aproximação global dos problemas ligados ao desenvolvimento; e c) o desenvolvimento global enfrenta problemas transnacionais econômicos que

se expressam por meio de modelos de dominação e dependência, em relações comerciais desvantajosas e na concentração do poder dos operadores transnacionais privados.²⁶³

A indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos trazem a necessidade de os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais serem tratados conjuntamente. O direito ao desenvolvimento pode ser considerado não como um direito à parte, mas como o direito que proporcionará os meios necessários para que se realizem os demais. Ressalte-se que se trata de questão a ser enfrentada por intermédio da solidariedade internacional.

O Estado, em crise, deixa de compartilhar apenas com as organizações internacionais o seu papel no desenvolvimento, passando este a ser desempenhado também por pessoas privadas.

Com a Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986, foram positivadas todas as dimensões do termo desenvolvimento. Trata-se de documento subscrito por 146 Estados, o qual parte da premissa de que o “desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos”.

Consta da lei internacional:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Observa-se, com essa rápida menção, a importância que o desenvolvimento assumiu em diversos lugares do mundo. A questão passou a ser tratada como objetivo e dever dos Estados. Esse grande relevo se deve, em muito, ao fato de que o desenvolvimento vem a ser o instrumento fundamental para a concreção da dignidade.

²⁶³ PERRONE-MOISÉS, 1999. p. 191.

5.2.2 O Estado Brasileiro e o desenvolvimento

O Brasil, a exemplo de outros países, experimentou um largo processo de privatização, iniciado ao longo da década de 1990. A opção pela desestatização deveu-se a uma série de fatores conjunturais e recebeu a inspiração de ideários internacionais, sobretudo, oriundos do Fundo Monetário Internacional.

Apregoava-se a necessidade de se reduzir o déficit público e gerar superávit primário para o adimplemento de obrigações assumidas perante financiadores estrangeiros. Com esse objetivo, empreendeu-se um pacote de medidas, dentre as quais se destacam as privatizações das empresas estatais, apresentadas como ponto crucial para se atingir a estabilidade econômica.

A contrapartida dessas transformações paradigmáticas consistiu no incremento da atividade regulatória estatal. O Estado deixa de ser empresário e passa a ser agente regulador da atividade econômica. Ao menos no plano teórico, o que se imaginava era que a retirada do Estado da atividade produtiva seria suprida, com êxito maior, pela eficiência da iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que eventuais crises cíclicas do mercado fossem superadas e, assim, houvesse um ambiente adequado para que o desenvolvimento econômico adviesse dos particulares – agora no exercício de atividades públicas.

A tendência preconizada era de que a atividade econômica, explorada em regime de concorrência, prescindiria de comandos exógenos estatais. Em suma, resgatava-se, de certa maneira, pressupostos da economia clássica liberal do século XVIII. A proposta seria de um Estado mínimo ou subsidiário, detentor da incumbência de suprir episódicas “falhas de mercado”, enquanto o mercado seria o responsável pela sua autorregulação.

Esse foi o modelo preconizado, sobre o qual já se tratou no início do trabalho. Entretanto, alguns pontos merecem reflexões, pois é provável que ajustes – ou mesmo grandes reformas estruturais – mostrem-se necessárias no curto prazo, sob pena de comprometimento do desenvolvimento nacional.

Há que ser considerado que significativos avanços foram conquistados com as privatizações, porém, não houve somente aspectos favoráveis. A primeira

década do século XXI ainda é marcada por graves defasagens de infraestrutura, como se observa no setor de saneamento básico.

Objetivamente, o que se verifica é que o modelo do absentéismo estatal não supre as necessidades de todos os segmentos econômicos indistintamente. Em setores competitivos e de investimentos reduzidos em relação ao retorno – considerando-se não somente aspectos quantitativos, como também o tempo reduzido de recuperação dos aportes financeiros realizados – faz-se um balanço positivo, trazendo a conclusão acerca do acerto do modelo.

O mesmo não ocorre nos setores em que se demanda maior estrutura para funcionar, naqueles em que ocorre o monopólio natural, naqueles em que se constata a presença das características de uma economia de escala e, principalmente, naqueles em que há baixa taxa de retorno.²⁶⁴

Há, portanto, duas realidades distintas a justificar a adoção de tratamentos diferenciados por parte do Estado. É por isso que se tece análise crítica acerca do instituto da regulação, não com o propósito de eliminá-lo – pois, como foi reconhecido, avanços setoriais foram conquistados com seu advento –, mas sim de redimensioná-lo, cogitando-se de suas feições para o desenvolvimento e não somente de seu caráter de regulamentação e de viabilização do mercado para a exploração privada.

Busca-se, enfim, definir o espectro de abrangência da atividade regulatória. Deve ser ela reduzida, tanto quanto possível, apenas para se corrigir as “falhas de mercado”? Seria a ela inerente a preocupação social, principalmente no que concerne aos direitos dos usuários de serviços públicos? E, além disso, essa seria a inquietação mais relevante, seria exigível da atividade regulatória seu comprometimento com o desenvolvimento?

Importa ressaltar que o modelo do Estado como protagonista do desenvolvimento econômico, anteriormente utilizado no Brasil, é, para muitos, modelo ultrapassado, anacrônico e responsável por diversas mazelas do Estado brasileiro, dentre as quais a grandiosa estrutura estatal e o déficit fiscal dela resultante, a ineficiência administrativa e a suscetibilidade à corrupção. Dizer, nesse sentido, que o Estado é o protagonista do desenvolvimento econômico, detentor,

²⁶⁴ COUTINHO, 2005.

para tanto, de parcela significativa e estratégica dos meios de produção, tornou-se discurso do passado.

Contudo, essa assertiva não é totalmente verdadeira, pois, como já se adiantou, há segmentos em que são necessários investimentos de alta monta, muitas vezes a fundo perdido, mas sem os quais o país não se desenvolve, nem mesmo nos setores lucrativos, pois também a viabilidade destes está condicionada à instalação de sólida infraestrutura.

Segundo Fábio Konder Comparato:

(...) o estado de subdesenvolvimento impõe a todos os governos de países afetados pelo problema um mínimo de programação de políticas públicas a longo prazo. É que o subdesenvolvimento apresenta características originais, inteiramente desconhecidas até o século passado. Os países ricos não são totalmente ricos nem totalmente pobres, assim como não se apresentam tampouco como países homogeneamente modernos ou atrasados. Há sempre, no contexto do subdesenvolvimento, uma oposição ou tensão entre um pólo rico e um pólo pobre, um setor moderno e outro arcaico. Mais do que isso: essa tensão ou oposição é crescente e tende, deixadas as forças sociais ao livre jogo de seus interesses próprios, a se agudizar com o processo de concentração de renda. O subdesenvolvimento é um estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social.²⁶⁵

É nesse sentido que se propõe a discussão acerca do caráter desenvolvimentista da regulação estatal. Não nos moldes anteriormente utilizados – agigantando-se o Estado e contraindo-se dívidas impagáveis –, mas de forma a propiciar o desenvolvimento econômico, sempre com eficiência, com posturas planejadas, de longo prazo. Além disso, inspiradas em critérios técnicos da ciência da Administração Pública, comprometidas com a implementação de componentes estruturais da economia.

²⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. **Revista de Direito Público**, vol. 21, n. 88, p. 19-43, out./dez. 1988. p. 30.

6 O SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO

O serviço de saneamento básico compreende o serviço de abastecimento de água e o esgotamento sanitário. O serviço de abastecimento de água engloba a atividade de captação da água bruta e a entrega da água pronta para o consumo, percorrendo as atividades de adução, tratamento, transporte e distribuição. O serviço de esgotamento sanitário percorre as atividades de coleta, transporte, tratamento de esgoto e a disposição final.

Esse conceito foi adotado pelo art. 3º, inc. I, da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Observa-se o alargamento do conceito de saneamento básico, trazido por essa lei, para incluir nesse segmento a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Tal serviço requer a instalação de infraestrutura e instalações operacionais compatíveis com o transporte da água a ser fornecida e de coleta do esgoto para tratamento em locais próprios.

O serviço de saneamento básico abrange o fornecimento de elemento vital, imprescindível à perpetuação da vida e ao desenvolvimento das atividades humanas. É prestado para alcançar interesses tutelados pelo Estado – a saúde pública²⁶⁶ e a sobrevivência digna. É essencial²⁶⁷ e, como tal, é considerado serviço público.

O saneamento básico integra um conjunto de cuidados indispensáveis à promoção da saúde.²⁶⁸ Sua importância pode ser ilustrada com o fato de que o atendimento a doenças decorrentes de más condições sanitárias absorve grande parte dos recursos públicos em saúde. Durante o ano de 2000, houve quase novecentas mil internações na rede pública, graças às chamadas doenças de veiculação hídrica (ex: cólera, leptospirose e febre tifoide).²⁶⁹

²⁶⁶ Ao SUS compete participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV). A saúde tem como fatores determinantes a alimentação, a moradia e o saneamento (art. 3º da Lei n. 8.080/90).

²⁶⁷ O art. 10 da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve) prescreve que o tratamento e abastecimento de água é serviço essencial.

²⁶⁸ O art. 3º da Lei n. 8.080, de 19.09.1990 – Lei Orgânica da Saúde – estabelece que são fatores determinantes e condicionantes da saúde, dentre outros, o saneamento básico e o meio ambiente.

²⁶⁹ Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE, veiculada no jornal *Folha de São Paulo* de

O saneamento básico, assim como ocorre em relação à saúde, possui estreita aproximação com as questões ambientais. A captação de recursos hídricos, o tratamento, a distribuição e a posterior disposição dos resíduos sólidos provocam significativas alterações ambientais.

As captações de água de superfície destinadas ao sistema de abastecimento estão sujeitas à existência de fatores que levam ao comprometimento da qualidade das águas captadas, em razão, principalmente, do lançamento de esgoto sanitário, despejo de resíduos industriais, vazadouro de lixo, atividades mineradoras e resíduos agrotóxicos.

Os esgotos urbanos constituem-se na principal fonte poluidora dos recursos hídricos, comprometendo seus outros possíveis usos, como navegação, irrigação, pesca e lazer, além do próprio abastecimento de água.

O equacionamento de problemas ambientais, por conseguinte, deve integrar as medidas governamentais na área de saneamento, notadamente no que concerne à Política Nacional de Meio Ambiente, definida pela Lei n. 6.938/81.²⁷⁰

Os reflexos do saneamento básico nas áreas da saúde e do meio ambiente foram aqui mencionados com o propósito de se destacar que toda atividade regulatória estatal, em matéria de saneamento, deve partir de decisões conjuntas tomadas pelas autoridades com competência para as matérias específicas – saneamento, saúde e meio ambiente –, formulando-se política pública uniforme e coerente com as metas dos três segmentos envolvidos.

Considerando esses aspectos, a Lei n. 11.445/2007, inseriu como princípio fundamental do serviço de saneamento básico o “abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente”,²⁷¹ além da

articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante.²⁷²

29.03.2002.

²⁷⁰ Essa lei objetiva a preservação e a recuperação da qualidade ambiental, sobretudo no que diz respeito à racionalização do uso do solo, do subsolo e da água.

²⁷¹ Art. 2º, III, da Lei n. 11.445/2007.

²⁷² Art. 2º, VI, da Lei n. 11.445/2007.

Em que pese sua importância, a prestação do serviço de saneamento básico no Brasil é ainda bastante falha.²⁷³ Embora tenham sido apresentadas melhorias nas últimas décadas, o serviço, principalmente no que se refere à coleta de esgoto – o déficit é de 50% do material coletado –, ainda encontra-se longe da universalização.

Em função de problemas de natureza macroeconômica (crise fiscal dos Estados) e microeconômica (busca de gestão mais eficiente das empresas), tem-se observado a tendência geral para o aumento da participação privada nesse setor.

Essa opção tem resultado na redução do papel do Estado como provedor desses serviços e na sua ampliação como regulador da atividade. Em geral, os objetivos da regulação são múltiplos, mas podem ser resumidos, de forma simplificada, na busca da eficiência e da equidade na prestação dos serviços. Entretanto, os instrumentos regulatórios utilizados nem sempre são compatíveis com o alcance simultâneo dessas metas.

Apesar de ter sido observada a tendência da indústria de saneamento da maioria dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) cobrir todos os custos com a tarifa, a maioria dos países dessa Organização que atingiram a universalização desses serviços não repassam todos os custos para a tarifa, recorrendo a recursos do orçamento.

Por outro lado, preocupações com a eficiência requereriam a implantação de regimes tarifários com base em estrutura de preços (custos) em segmentos distintos de mercado, em vez de tarifas únicas em um único mercado, assim como a separação das contas (água e esgoto), plena recuperação de custos e eliminação de subsídios cruzados.

E, por se tratar de indústria com baixo dinamismo tecnológico e que oferece serviço básico e essencial (alcance universal), a regulação deveria ser mais focada em preço (mais interventiva) do que ocorre em indústrias de maior dinamismo tecnológico.

No Brasil, a indústria de saneamento está fortemente marcada pelo modelo institucional definido pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), no início dos anos 1970. Vale dizer, modelo em que há preponderância das companhias estaduais na prestação dos serviços. Entretanto, em função dos

²⁷³ O déficit de saneamento decorre, dentre outros fatores, do acelerado processo de urbanização ocorrido nas principais cidades brasileiras.

problemas de natureza macroeconômica que redundaram no esgotamento do modelo de financiamento estatal, no final dos anos 1980, e em razão dos problemas de natureza fiscal que levaram os governos da década de 1990 a imprimirem orientação privatista para o setor, passou a ocorrer um aumento da participação privada nessa indústria.

Esse processo vem ocorrendo, fundamentalmente, mediante o aumento do número de concessões municipais ao setor privado, instrumentalizado pelos contratos de concessão (plenos ou parciais), mas vem ocorrendo, também, por meio da alienação de parte das ações das companhias estaduais ao setor privado e mediante a participação de tal setor na gestão dessas empresas.

6.1 Características econômicas do serviço de saneamento e inter-relações com outros segmentos

O serviço de saneamento básico apresenta algumas características peculiares. Primeiramente, a composição de seus custos incentiva a constituição de monopólios naturais, pois a produção por uma única empresa, dada a utilização da estrutura de redes, minimiza seu custo. Vale dizer, torna-se pouco lucrativa a atuação de mais de uma empresa no mercado, uma vez que os custos médios seriam superiores aos do monopólio em razão da perda da economia de escala.

A constituição do monopólio natural está associada à atividade em que o nível elevado dos custos fixos produz o decréscimo do custo marginal. Logo, há rendimentos de escala crescentes em relação ao aumento da produção. Experimenta-se, portanto, as consequências de um mercado sem competição, consistente na tendência de se estipular o preço do serviço em valor superior ao do custo marginal, levando à maximização do lucro pelo monopolista em detrimento do consumidor.

Em que pese a possibilidade, em tese, de competitividade em fases intermediárias dos serviços, é difícil imaginar a entrada de outro prestador na fase intermediária, considerando os elevados custos fixos, sem que se tenha acesso direto ao mercado final. No saneamento básico, portanto, a presença de barreiras naturais à entrada de novos prestadores é muito expressiva.

Os ativos necessários para a prestação dos serviços são irrecuperáveis no curto prazo (*sunk costs*), pois, apesar dos investimentos gerarem potencialmente receitas ao longo do tempo, não são reversíveis ou reutilizáveis para outras finalidades (ativos específicos). Vale dizer, são irrecuperáveis porque o investidor não consegue, caso deseje sair do mercado, assegurar a recomposição de sua situação anterior, vendendo os equipamentos pelo preço que comprou, descontando-se a depreciação natural dos bens. A par disso, seus produtos apresentam demanda generalizada ou universal.

Por outro lado, a universalização dos serviços de saneamento básico produz externalidades sociais positivas imensuráveis, relacionadas à saúde pública e ao meio ambiente. Basta dizer que grande parte das doenças infectocontagiosas da população infantil é transmitida pela água.

Outra característica econômica do serviço é a de que envolve o conceito de bens públicos, pois possui os elementos da não exclusividade e da não rivalidade. O primeiro é compreendido como a impossibilidade de se excluir os indivíduos da fruição dos bens, ainda que não tenham contribuído para sua produção. O segundo diz respeito à possibilidade de ser consumido simultaneamente por vários agentes, sem que a quantidade consumida por um interfira na disponibilidade dos demais.

Harold Demsetz²⁷⁴ estuda a competição nos setores em que existe o monopólio natural. Ele vislumbra a existência de falhas na teoria do monopólio natural, consistentes, em primeiro lugar, na associação que se estabelece entre as economias de escala e os preços do monopólio. Em segundo lugar, há também equívoco ao enxergar relação entre o número de firmas e o grau de competição.

Tal autor sustenta que não há motivo para que a existência de economias de escala limite o número de candidatos à oferta do serviço, pois existe a possibilidade de se atingir preços justos por meio do processo competitivo de acesso ao mercado. Assim, pela utilização de um sistema de leilão, pode-se obter expressivo número de ofertantes, desde que se assegure aos interessados a possibilidade de, caso sejam vencedores, virem a ofertar o serviço com exclusividade.

²⁷⁴ DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? In: **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n. 1, p. 55-66, 1968.

O modelo que idealiza – concorrência *ex ante* – seria capaz de simular a situação de concorrência, revertendo em benefícios ao consumidor, pois, ao oferecer o serviço a quem se compromete com o menor preço, o poder público simula a concorrência do mercado e evita a duplicação da infraestrutura. Evitam-se, também, os custos referentes ao processo de regulação por meio das agências.

Dessa forma, chegar-se-ia a bom termo a aliança entre a regulação contratual e a licitação, desde que sejam criadas estruturas de incentivo, capazes de impedir que o prestador privado assuma riscos durante a execução do contrato, considerando, especialmente, o longo período de vigência contratual, imprescindível para a amortização do elevado capital investido.

Vê-se que a concepção do autor, em que pesem eventuais críticas que possam ser apontadas, permite que o movimento de privatização e a introdução da concorrência pela via dos processos de licitação (concorrência *ex ante*) reforcem as expectativas quanto à utilização do contrato como instrumento de regulação dos serviços públicos.

Outro aspecto está em que as políticas públicas na área do saneamento básico não prescindem da gestão da água, seu insumo básico. Importa a menção de que compete à União instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de seu direito de uso (art. 21, XIX, CR). Além disso, compete privativamente à União legislar sobre águas (art. 22, IV, CR), independentemente de quem seja a propriedade dos recursos hídricos.

O exercício da competência legislativa sobre águas significa instituir normas sobre a qualidade e a quantidade das águas, além de estabelecer regras para o tratamento adequado.

Com esse fundamento constitucional, instituiu-se a política de gestão de recursos hídricos, estabelecida pela Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997, com o objetivo de assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água e a utilização racional e integrada dos recursos hídricos (art. 2º).

Nesse diploma, concebe-se a água como recurso natural limitado de domínio público (art. 1º, I e II). Apontam-se as seguintes diretrizes:

Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:
I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;

- II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;
- III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;
- IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;
- V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;
- VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

A cobrança pelo uso de recursos hídricos observa o princípio do poluidor pagador, considerando o fato do acervo ambiental prestar-se ao atendimento do interesse geral. Com isso, existem reflexos no setor do saneamento básico, tanto na origem, em razão da captação de água, quanto no final, pelo pagamento pela emissão de efluentes.

Há que se considerar que muitos aspectos da política de recursos hídricos interferem no serviço de saneamento básico. Assim, a aproximação entre a primeira e o planejamento, regulação e financiamento do saneamento básico é de fundamental relevância para a universalização do serviço.

6.1.1 Os déficits na área de saneamento básico

O documento intitulado “Financiamento do Setor de Saneamento”, elaborado pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental,²⁷⁵ enumera as principais dificuldades que se vislumbra na área do saneamento básico.

Tal documento aponta que parte da população não atendida com serviços adequados se concentra nas cidades menores e mais pobres do país. Nesses pequenos municípios, as carências abrangem a capacidade institucional do poder local e a capacidade econômica dos usuários. Compreende-se que o sistema de subsídio cruzado, com tarifa uniforme, não é suficiente para equacionar o problema desses pequenos municípios.

O documento constata que nas favelas e invasões das cidades de maior porte, à baixa renda da população soma-se a inviabilidade de instalar redes que funcionem adequadamente, especialmente as de coleta de esgotos, fazendo-se

²⁷⁵ FINANCIAMENTO do setor de saneamento, p. 6. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2011.

necessárias intervenções integradas e esforço especial para assegurar a sustentabilidade dos investimentos.

Considera-se, por óbvio, que tratar esgotos não requer apenas a construção de estações, mas também que se assegure que os esgotos sejam conduzidos até elas.

No documento se reconhece que parte da estrutura herdada do Planasa desapareceu ou está se deteriorando, apresentando graves consequências para a prestação dos serviços. Assim, mostra-se urgente a imediata intervenção para recuperar e/ou reestruturar esses prestadores.

Por fim, o documento alerta que a superação de tais dificuldades pressupõe a remoção de alguns obstáculos ao financiamento, dentre os quais, o contingenciamento do crédito ao setor público, pois o limite global de endividamento do setor público, estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), impede que as empresas estatais, com capacidade de endividamento, contratem operações de crédito para investimentos.

Transcrevem-se os dados estatísticos divulgados pelo IBGE (Tabela 1), referentes à Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (1989/2000):

Tabela 1 - Municípios, total e com serviço de abastecimento de água, segundo as grandes regiões (1989/2000)						
Grandes regiões	Municípios					
	1989			2000		
	Total	Com serviço de abastecimento de água		Total	Com serviço de abastecimento de água	
		Total	Percentual (%)		Total	Percentual (%)
Brasil	4.425	4.245	95,9	5.507	5.391	97,9
Norte	298	259	86,9	449	422	94,0
Nordeste	1.461	1.371	93,8	1.787	1.722	96,4
Sudeste	1.430	1.429	99,9	1.666	1.666	100,0
Sul	857	834	97,3	1.159	1.142	98,5
C.-Oeste	379	352	92,9	446	439	98,4

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (1989/2000).

Observa-se da tabela que, em 1989, o Brasil tinha seu território dividido em 4.425 municípios, dos quais 95,9% contavam com serviço de abastecimento de água, prestado por alguma empresa estatal ou privada. Em 2000, o número de municípios foi elevado para 5.507, tendo o atendimento alcançado em 97,9% dos municípios do país.

Reproduz-se, para o devido cotejo, o gráfico do número de domicílios atendidos pelo serviço de abastecimento (Gráfico 1), conforme levantamento do IBGE, realizado no ano 2000.

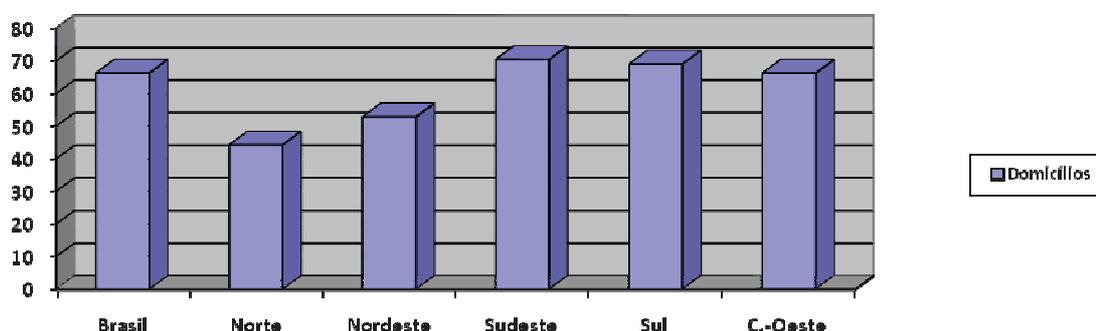


Gráfico 1 – Levantamento do IBGE quanto ao número de domicílios atendidos pelo serviço de abastecimento

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (1989/2000).

Constata-se que a distribuição de água atinge apenas 63,9% do número total de domicílios recenseados pelo Censo 2000. Nota-se, ainda, o desequilíbrio regional, pois, enquanto na Região Sudeste 70,5% dos municípios são atendidos, nas Regiões Norte e Nordeste o serviço alcança apenas 44,3% e 52,9% dos municípios, respectivamente.

Outro dado, consiste no maior déficit de abastecimento nos pequenos municípios (Tabela 2):

Tabela 2 - Total de domicílios e respectivas distribuições percentuais, segundo os estratos populacionais dos municípios (2000)		
Estratos populacionais (em número de habitantes)	Domicílios	
	Total	Percentual (%)

Total	54.265.618	100,0
Até 20.000	10.617.142	19,6
De 20.000 a 45.000	8.119.062	15,0
De 45.000 a 100.000	7.415.699	13,7
De 100.000 a 300.000	8.501.011	15,7
Mais de 300.000	19.612.704	36,1

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (1989/2000).

A situação mais preocupante diz respeito ao esgotamento sanitário. Esse segmento do saneamento apresenta os piores índices, conforme se observa no Gráfico 2.

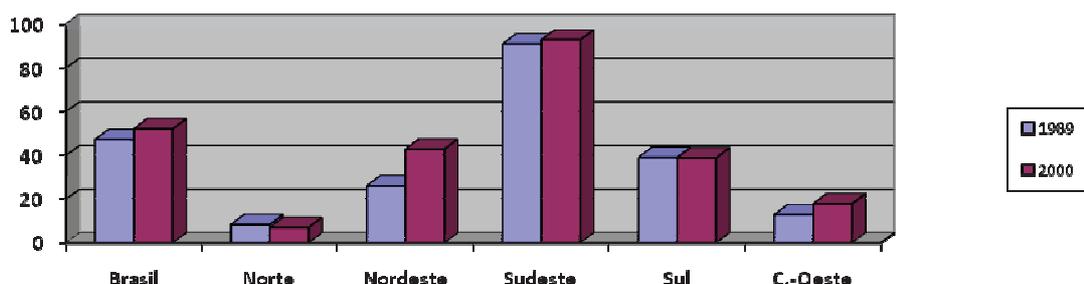


Gráfico 2 - Levantamento do IBGE quanto ao atendimento pelo serviço de esgotamento sanitário, por região

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (1989/2000).

Vê-se que, em 1989, dos 4.425 municípios existentes no Brasil, menos da metade (47,3%) dispunha de serviço de esgotamento sanitário. Em 2000, os avanços não foram muito expressivos, pois dos 5.507 municípios apenas 52,2% eram atendidos pelo serviço.

Ainda sobre o esgotamento sanitário, as estatísticas elaboradas com base nos domicílios atendidos mostram situação ainda mais preocupante (Tabela 3):

Tabela 3 - Percentual de domicílios atendidos pelo serviço de esgotamento sanitário

Região	Domicílios atendidos (%)
Brasil	33,5
Norte	2,4

Nordeste	14,7
Sul	22,5
Centro-Oeste	28,1
Sudeste	53,0

Fonte: Dados da pesquisa.

A constatação que se faz, de pronto, é no sentido de que as políticas públicas implementadas no Brasil na área de saneamento básico, ainda que tenham trazido avanços que não são desprezíveis, mostram-se insuficientes para a superação dos déficits que o setor apresenta. Novos modelos, portanto, devem ser buscados.

6.1.2 Histórico do serviço de saneamento no Brasil

Até o início do século XIX, o abastecimento de água no Brasil era bastante precário. A coleta de esgotos, inexistente. A questão tornou-se objeto de preocupação dos governos com o crescimento da população urbana e, em razão disso, o aparecimento da constante ameaça de epidemias. A relação entre saneamento e saúde foi decisiva para a opção pela política nacional de saúde pública.

As primeiras medidas partiram dos entendimentos entre os Estados-membros e a União. As políticas adotadas recebiam certa inspiração principiológica dos Estados-nacionais, no sentido de que havia a convicção quanto à perda de eficácia de se buscar soluções individuais para problemas coletivos. Vislumbrava-se, portanto, a concepção dos elos de interdependência social, a serem geridos pelo Estado, servindo este como instrumento para a efetivação dos objetivos sociais no campo sanitário.

Segundo Gilberto Hochman:

Por definição, não haveria solução simplesmente individual e local para os problemas de saúde e saneamento. Portanto, mesmo que um indivíduo cuidasse de sua saúde ou que algumas elites locais mais conscientes resolvessem agir para sanear suas cidades, tanto esse indivíduo quanto essas cidades continuariam ameaçados pelas condições sanitárias de outros indivíduos e cidades que não agiam, por inércia, incompetência ou falta de recursos. Desse ponto de vista, a saúde era uma questão pública e

nacional, não porque assim desejassem alguns políticos e governantes e muitos médicos, mas uma imposição do fato de que várias enfermidades eram transmissíveis. A interdependência sanitária demandaria a constituição de uma autoridade capaz de implementar políticas em todo o país, desconhecendo as fronteiras estaduais, sobre toda a população, restringindo quando necessário a liberdade individual e o direito de propriedade.²⁷⁶

As primeiras redes de distribuição de água e esgoto surgem em São Paulo, Rio de Janeiro e Recife. O governo federal atuava como poder concedente, enquanto as empresas privadas estrangeiras encarregavam-se da construção dos sistemas para posterior exploração. Nesse modelo, cuja vigência deu-se até o início dos anos 1930, o Estado garantia rentabilidade mínima aos concessionários.

Consta do Relatório da Secretaria de Política Urbana (Sepurb):

Da segunda metade do século XIX até o início da década de 1930, os serviços de saneamento eram prestados segundo um modelo institucional e financeiro bastante flexível, do qual participavam o setor público e empresas privadas. Nesse período, o Estado brasileiro delegava a prestação dos serviços públicos a concessionárias estrangeiras, que operavam transportes ferroviários, produção e distribuição de energia elétrica, transportes urbanos (bondes), telefonia e outras atividades de interesse coletivo, incluindo o abastecimento de água e o esgotamento sanitário nos centros urbanos de maior porte (...).²⁷⁷

Na década de 1920, surgem as Divisões de Água e Esgoto e o aprofundamento dos estudos técnicos dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário. A partir dos anos de 1930, o Estado passa a atuar diretamente e a intervir no setor.

Com o advento do Código de Águas (1934), houve a nacionalização e a estatização gradativa das empresas concessionárias estrangeiras. Os serviços eram geridos pelo Estado e os investimentos também eram estatais.

Durante as décadas de 1940 e 1950, os municípios, com o auxílio dos governos estaduais, passam a assumir esses serviços. Nesse período, o país vivencia um intenso processo de urbanização e, com ele, a deterioração ambiental, a carência habitacional e de saneamento básico. As políticas públicas de expansão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, portanto, inserem-se nesse contexto.

²⁷⁶ HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento**. As bases da política de saúde pública no Brasil. São Paulo: HUCITEC, 1998. p. 82.

²⁷⁷ SEPURB. **Diagnóstico do setor de saneamento**: estudo econômico e financeiro, 1995.

Em 1952, o Serviço Especial de Saúde Pública (Sesp) passou a celebrar convênios com os municípios, com a finalidade de construir, financiar e operar sistemas de saneamento. Em 1960, o Sesp foi transformado em fundação, consolidando-se como órgão de captação de recursos e de prestação de serviços e assistência técnica.

Entretanto, em razão da escassez dos recursos e da inexistência de políticas públicas no setor – tanto para o financiamento quanto para a fixação das tarifas – os índices de atendimento na década de 1960 eram bastante precários.

Contribuiu para esses índices insatisfatórios a dificuldade de integração das políticas de saneamento, causada pela existência, durante a década de 1960, de dezessete órgãos federais com atuação na área do saneamento básico.²⁷⁸

A estruturação do modelo de oferta e de financiamento estatal para a área de saneamento somente ocorreu com as reformas centralizadoras realizadas no governo militar. Constataram dessa reforma: 1) a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH), em 1964; 2) a instituição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), em 1966; e 3) a reforma tributária, em 1967.

A primeira experiência de política pública na área de saneamento deu-se com a denominada Política Nacional de Saneamento (Planasa), instituída nos anos 1960. Trata-se do auge do processo de intervenção do Estado no setor, baseando-se em programa de financiamento a partir de recursos públicos do Banco Nacional de Habitação (BNH), que abrigava o Sistema Financeiro de Saneamento (SFS).

O modelo do Planasa era constituído de três elementos: 1) os agentes financeiros; 2) os agentes promotores, no caso as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs); e 3) os órgãos de suporte em nível estadual. A política tarifária valia-se do subsídio cruzado estabelecido entre os próprios municípios e entre os usuários.

Com o Planasa, o setor de saneamento básico foi submetido a um plano estratégico nacional que terminou por distanciar os municípios da gestão dos serviços, já que os Estados passaram a operar o sistema. Nos contratos assinados,

²⁷⁸ Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS); Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS); Fundação Serviços de Saúde Pública (FSESP); Departamento Nacional de Endemias Rurais (DNRu); Divisão de Engenharia Sanitária do Ministério da Saúde; Superintendência de Valorização Econômica da Amazônia (SVEA); Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene); Comissão do Vale do São Francisco (CVSF); Comissão de Fronteiras; Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); Seção de Engenharia do Ministério da Guerra e Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam).

o município praticamente cedia ao Estado a gestão dos serviços, inclusive no que diz respeito à definição da política tarifária, de investimentos e do planejamento do setor.

A justificativa para o incentivo a tal afastamento estava na necessidade de se viabilizar o modelo, considerando que a autossustentação tarifária seria complementada pela lógica do subsídio cruzado, fazendo com que os municípios maiores financiassem os menores. O desafio era a universalização dos serviços, sem perder de vista a sustentabilidade econômica, idealizada a partir dos aportes de recursos estaduais.

Em 1968, o BNH torna-se responsável pelo Sistema Financeiro de Saneamento, sendo autorizado, a partir de 1969, a aplicar recursos do FGTS no setor, o que passa a ser o grande suporte de toda a política de saneamento a partir daí. Essa dinâmica confere ao serviço de saneamento a dimensão empresarial de gestão.

O BNH, por meio da Carteira de Operações e Saneamento, concedia financiamento às companhias estaduais, mediante o estabelecimento de padrões de prestação de serviços, o que dava ensejo ao acompanhamento sistemático do desempenho dessas empresas.

Implantou-se, portanto, o modelo por meio do qual se deslocava o eixo da regulação para a entidade central responsável pela execução dos esquemas de financiamento setorial, esvaziando-se a administração pública direta em suas capacidades de planejar, regular e fiscalizar serviços.²⁷⁹

Dois diplomas legais intensificaram a consolidação desse modelo: o Código de Águas, de 1934, e o Decreto-Lei n. 200, de 1967. O Código de Águas transferiu poderes regulamentares importantes às estruturas governamentais, com o objetivo de controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas. Assim, as empresas estatais passaram a deter papel de destaque no modelo brasileiro de fornecimento de serviços públicos de infraestrutura, assumindo o comprometimento de criar, a partir dos financiamentos públicos, infraestruturas indispensáveis às políticas desenvolvimentistas, inclusive no que se refere ao suporte ao capital privado.

²⁷⁹ Esse modelo de regulação pela taxa de retorno repete-se em todo o setor de infraestrutura e dura cerca de sessenta anos, ou seja, até a Lei de Concessões de 1995.

Por outro lado, tal código definiu normas de conduta sobre os serviços de domínio público, sua função social, além de ter estabelecido limites quanto à apropriação de lucros pelos concessionários. Além disso, associava o instituto da concessão à regulação pela taxa de retorno.

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 200, de 1967, instituiu a reforma administrativa segundo princípios gerenciais de eficiência. Em relação aos serviços públicos, vinculou a estrutura institucional de oferta de serviços de infraestrutura aos mecanismos de financiamento.

É oportuna a menção de terem sido tais investimentos fundamentais para a dotação dos municípios de certa infraestrutura, a qual se mostrou determinante para o processo de industrialização a que o país foi submetido. Por outro lado, em que pese o discurso da eficiência como justificativa para a implantação do modelo, não se perdeu de vista a dimensão social da prestação, ou seja, os serviços não foram tratados como bens privados no mercado.

Observam-se os resultados dessa política (Tabela 4):

Tabela 4 - Cobertura dos serviços de saneamento (1970-1980)

Tipo de serviço e área			% de domicílios urbanos e rurais	
			1970	1980
Água	Urbano	Rede de serviço	60,5	79,2
	Rural	Rede de serviço	2,6	5,1
Esgoto	Urbano	Rede de serviço	22,2	37,0
		Fossa séptica	25,3	23,0
	Rural	Rede de serviço	0,5	1,4
		Fossa séptica	3,2	7,2

Fonte: MOTTA, Ronaldo Seroa. Questões regulatórias do setor de saneamento no Brasil.

O Planasa estimulou os Estados a constituírem as companhias estaduais de saneamento (CESBs), ao argumento de que a abrangência regional em que seriam organizados os serviços permitiria a obtenção de ganhos de escala e a viabilização do subsídio cruzado, como forma de inclusão dos municípios menos favorecidos. As CEBs vieram a ser as principais agentes de implantação da política de saneamento.

Segundo Vinícius Marques de Carvalho:

No modelo de gestão do PLANASA, as companhias estaduais eram um elemento decisivo, pois deveriam garantir a auto-sustentação tarifária. Em torno delas, estruturaram-se os subsídios cruzados. As companhias surgiram quando o saneamento passou a ser um fator essencial ao desenvolvimento, dado o intenso processo de urbanização gerador de demanda associada à insalubridade.²⁸⁰

A crítica que se faz a essa política está no fato de ter sido priorizada a construção de sistemas de abastecimento de água, em detrimento de projetos que reduzissem perdas e aumentassem a eficiência operacional. Não havia uma visão integrada do saneamento que englobasse os serviços de limpeza, drenagem urbana e controle de vetores, além dos serviços de distribuição de água, coleta e tratamento de esgotos.

Em 1974, o modelo já apresentava os primeiros sinais de sua ineficácia, provocados pela dependência de recursos externos, pelo corte das transferências da União a fundo perdido e, ainda, pela não adesão de diversos municípios ao modelo.

A recessão dos anos 1980 restringiu a fonte de financiamento do setor. Além disso, adotou-se política tarifária de reajuste abaixo da inflação, com o propósito de inibir a escalada inflacionária, ocasionando, também por isso, a falência do modelo. Com isso, os investimentos em saneamento foram assim reduzidos: 1) 0,5% do PIB, na década de 1970; 2) passando a 0,2% do PIB, na década de 1980; e 3) chegando a representar menos de 0,1% do PIB, na década de 1990 (1993-1994).

Além disso, em 1986, a Caixa Econômica Federal (CEF) incorporou as funções do BNH, que foi extinto. Entretanto, a CEF não possuía a *expertise* suficiente para bem suceder as funções reguladoras do setor, contribuindo para esvaziar a política de saneamento.

Por outro lado, os recursos passaram a ser aplicados de forma aleatória e o setor sofreu elevada desregulamentação. Adotou-se orientação pró-mercado, materializada por privatizações, na expectativa de que, com isso, o déficit público fosse reduzido. Esse novo paradigma encontra seu suporte legal no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e na Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95).

Essas reformas extinguiram o Ministério do Interior e todos os órgãos ligados às questões de saneamento. Essas questões passaram a ser geridas pela Secretaria Nacional de Habitação e Saneamento, inserida na estrutura do Ministério da Ação Social (MAS).

²⁸⁰ CARVALHO, 2007, p. 95.

Importa dizer que, desde a extinção do BNH, não se articulou, em âmbito nacional, uma política pública capaz de enfrentar os desafios do setor. Houve apenas iniciativas isoladas, porém sem a envergadura necessária para conferir os encaminhamentos necessários em direção à universalidade dos serviços.

No governo Itamar Franco foi criado o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS) – posteriormente transformado em programa permanente –, viabilizado por empréstimo obtido pela União junto ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), em 1992. O programa foi executado pela Secretaria de Política Urbana (Sepurb), do Ministério do Planejamento e Orçamento (MPO),²⁸¹ com o auxílio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

O PMSS previa o envolvimento dos agentes privados no financiamento e na prestação dos serviços de saneamento, além do desenvolvimento de estrutura regulatória comprometida com o controle social do serviço.

Seu objetivo era financiar investimentos em expansão e melhorias operacionais dos sistemas de água e esgoto, assim como, a fundo perdido, estudos para a reformulação da prestação dos serviços e para a criação de instrumentos de regulação.

No governo Fernando Henrique Cardoso assume-se a clara orientação de privatizar as empresas do setor. Tal posicionamento se extrai dos memorandos de política econômica encaminhados ao FMI, como ocorre no documento encaminhado em 13 de novembro de 1998, contendo a menção expressa de que “*as companhias a serem privatizadas compreendem (...) algumas empresas de serviço público de água, gás e esgoto*”.

A política de financiamento adotada também é nesse sentido, como ocorreu, por exemplo, no convênio para o desenvolvimento da desestatização do setor de saneamento, firmado, em 1997, entre a Caixa Econômica Federal e o BNDES, destacando-se o Programa de Fomento à Parceria Público-Privada para Prestação de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário (Propar).

O aumento da participação privada no setor de saneamento básico decorreu, dentre outros fatores, da própria situação econômico-financeira das

²⁸¹ No governo Lula, a execução do programa ficou a cargo da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades (SNSA/MCidades).

empresas estaduais que veio se deteriorando ao longo do tempo, reduzindo os recursos para novos investimentos.

No governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003), foi criado o Ministério das Cidades e, dentro de sua esfera, a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), tendo a atribuição de articular e incrementar os mecanismos de coordenação das atividades de saneamento, com a finalidade de tratar do abastecimento de água, esgotamento sanitário, gestão de resíduos sólidos, drenagem urbana e controle de vetores de reservatórios de doenças transmissíveis.

Essa secretaria assumiu o posto de coordenação, preparação e execução da política nacional de saneamento ambiental e, ainda, o de gestor dos recursos no âmbito desse ministério.

Houve algumas rupturas com a política implementada pelo PMSS. Deixou-se de estimular a participação privada, mas persistiu-se na tentativa de remodelação institucional do setor. Foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.286/2005, que se transformou na Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Atualmente esse é o marco regulatório do setor.

6.1.3 Experiência de outros países

Há várias formas de participação privada na prestação do serviço público de saneamento básico. Destacam-se os contratos de gestão, a admissão de parceiro estratégico, as concessões plenas e a venda de controle acionário das empresas estatais prestadoras desse serviço. No entanto, as regras de mercado não têm apresentado soluções exitosas para o segmento.

A **França**, desde 1920, mantém a gestão privada dos serviços de saneamento, porém com propriedade pública dos ativos. No modelo dominante francês (*affermage*), os investimentos são de responsabilidade do setor público e a exploração dos serviços é privada, com base em um contrato de concessão.

A empresa privada, além de explorar o serviço, responsabiliza-se pelos investimentos de manutenção e renovação de instalações – a despeito da propriedade dos ativos e dos novos investimentos serem fundamentalmente estatais, a parceria com o setor privado permite financiar os investimentos novos de maior

vulto, por meio de contratos *Built, Operate and Transfer* (BOT)²⁸² – sendo sua remuneração correspondente à parcela do preço da água relativa aos custos de exploração. A outra parcela do preço, destinada a cobrir a recuperação do investimento, é de responsabilidade do Estado.

A remuneração da empresa se dá com base em fórmulas e condições estabelecidas no contrato, estando o usuário protegido contra qualquer aumento unilateral do preço da água.

A experiência francesa deu origem à criação e ao desenvolvimento de empresas especializadas na gestão de serviços de água, existindo, em 1995, aproximadamente 65 empresas desse tipo na França. Entretanto, cerca de 80% da população francesa é atendida por apenas cinco grandes grupos privados, sendo que dois deles, a *Compagnie Generale des Eaux* (CGE) e a *Lyonnaise des Eaux* (LED), dominam o mercado. A população francesa (inclusive das zonas rurais) está quase totalmente servida por abastecimento de água (99%).²⁸³

Até 1989, não existia na França exigência formal de concorrência para a concessão dos serviços. Além de licitação, utilizava-se a negociação direta. A partir de 1991, com o objetivo de atender às exigências estabelecidas pela Comissão Europeia (Diretiva n. 440/89), promulgou-se a Lei n. 3/91, que institucionalizou a obrigatoriedade de licitação pública.

Por outro lado, na França, a regulação da prestação dos serviços não se dá por agência reguladora, mas adota-se estrutura descentralizada. Há divisão de responsabilidades entre o governo central (por meio dos Ministérios de Meio Ambiente e de Saúde Pública), regional (Agências de Bacias Hidrográficas) e local (*prefects* dos departamentos). As tarifas são determinadas pelas comunidades locais ou pelo Conselho Municipal ou Sindicato – no caso de consórcios intermunicipais –, com base em preço fixado na data de início do contrato e, após certo prazo, podem ser ajustadas ou revistas com base em condições econômicas previstas. Também está prevista a redistribuição de benefícios decorrentes de economias de escala ou de ganhos de produtividade aos usuários.²⁸⁴

²⁸² SECRETARIA DE POLÍTICA URBANA (SEPURB) DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. **Regulação da prestação de serviços de saneamento**: análise comparada da legislação internacional. NH Consultoria e Planejamento. Brasília: Secretaria de Política Urbana/IPEA, 1995. p. 175. (Série Modernização do Setor de Saneamento, 6).

²⁸³ *Ibidem.*, p. 152.

²⁸⁴ *Ibidem.*, p. 161-174.

As empresas privadas são controladas em relação aos seus objetivos sociais por meio da regulação contratual. O poder público, em contrapartida, assegura que as tarifas cobradas estejam em equilíbrio com os custos operacionais.

Nos **Estados Unidos**, o aparato regulatório dificulta a participação privada sob a forma de venda de ativos. O tratamento privilegiado concedido pelo Código Tributário Nacional às empresas públicas é apontado como um dos principais responsáveis por esse processo.

A partir de 1997, novas regulamentações tributárias emitidas pelo Tesouro Americano incentivaram a ampliação da participação privada, mediante contratos de concessão para operação e manutenção dos serviços, sendo as empresas francesas as principais operadoras desses contratos. Ainda assim, há certo tratamento privilegiado ao setor público.

O exemplo clássico de privatização mediante venda de ativos e de gestão privada dos serviços de saneamento básico é o da **Grã-Bretanha**. Essa opção, a partir do final dos anos 1980, decorreu de orientação deliberadamente privatista do governo da Primeira Ministra Margaret Thatcher, que viu na privatização uma forma de aumentar a **eficiência** dos serviços públicos.

Essa experiência deu origem a acirrado processo de aquisições e fusões de empresas – agigantamento das *holdings* controladoras das companhias de saneamento que evoluíram para conglomerados com interesses em outros setores e países²⁸⁵ – que acabou por dificultar a missão do regulador setorial (*Office of Water Services* – OFWAT), cuja atuação e instrumentos regulatórios utilizados, uma vez que restritos à sua área de competência, são limitados para coibir um novo tipo de abuso comercial que surge desse processo e que não se enquadra em domínio de mercado nem em domínio sobre a cadeia produtiva (prática de subsídios cruzados entre os diversos setores em que a empresa atua).

O *Office of Water Services* (OFWAT) propõe-se a manter-se isento das interferências políticas e a pautar-se pela utilização de critérios técnicos e financeiros de análise. Trata-se, portanto, de órgão independente, criado em 1989, com a responsabilidade de exercer a regulação econômica das *utilities* de água e esgoto britânicas. As suas principais atribuições são garantir uma taxa de retorno do capital adequada às companhias, garantir que estas cumpram seus programas de

²⁸⁵ AMPARO, Paulo Pitanga et al. **A experiência britânica de privatização do setor de saneamento**. Brasília: IPEA, janeiro de 2000. p. 20-21.

investimento e aprimorem seus serviços, bem como garantir o cumprimento dos padrões de qualidade definidos no *Water Industry Act* de 1991.²⁸⁶

A experiência reguladora britânica pós-privatização centrou-se, até 1995, no aumento de tarifas, trazendo como consequência o aumento da inadimplência e o comprometimento da renda disponível dos consumidores com o pagamento de água, especialmente para aqueles de baixa renda – algumas categorias de consumidores de baixa renda passaram a comprometer aproximadamente de 3% a 9% de sua renda disponível no pagamento de água, além do problema adicional que representavam para o governo os cortes no fornecimento de água.²⁸⁷

As justificativas do OFWAT para o aumento das tarifas até 1995 eram as seguintes: necessidade de reposição dos ativos das *Regional Water Authorities* (RWA) – dada a condição precária dos mesmos; necessidade de tornar o negócio atrativo aos investidores privados quando do momento da venda das companhias regionais em bolsa de valores; volume muito elevado dos investimentos requeridos para dar cumprimento às diretivas da Comunidade Europeia; *know-how* incipiente do governo (antes da privatização) sobre o estado dos ativos e sobre o valor das companhias regionais; repasses automáticos dos custos relacionados ao cumprimento de normas ambientais mais rígidas exigidas às empresas por parte da Agência de Meio Ambiente e Inspeção de Água Potável.²⁸⁸

Após a revisão tarifária de 1994/1995, o foco da regulação na Grã-Bretanha mudou, passando a se concentrar na legitimidade dos órgãos de representação dos consumidores e na possibilidade de preservação da competição no setor diante da forte concorrência e do agigantamento e diversificação das empresas.

A partir de 1995, o governo elaborou um documento (*A Fair Deal for Consumers*) com propostas de aperfeiçoamento do modelo de regulação dos serviços públicos de água, gás, eletricidade e telecomunicações na Inglaterra e no País de Gales. A preocupação era garantir a defesa mais eficiente dos consumidores no modelo de regulação dos serviços de utilidade pública. Uma das

²⁸⁶ AMPARO, 2000, p. 16.

²⁸⁷ Na Inglaterra, para os consumidores de baixa renda que recebem auxílio financeiro do sistema previdenciário oficial, o valor da tarifa de água é fixada em 1% da renda. Porém, ainda assim, há problemas de inadimplência. Quando esse problema ocorre, a desconexão tem de ser autorizada judicialmente (*Ibidem.*, p. 20).

²⁸⁸ *Ibidem.*, p. 20.

principais sugestões do documento foi a criação de conselhos de consumidores independentes dos órgãos reguladores.

A justificativa era de que as mudanças pelas quais estava passando a regulação dos serviços de utilidade pública – em função da entrada de novos competidores no mercado e da formação dos conglomerados – tornavam imprescindível a criação de representação efetiva, forte e independente, que fosse capaz de defender os interesses dos consumidores, inclusive os de baixa renda. Além disso, o governo também expressou nesse documento a sua preocupação com a redução do número de operadoras – resultante do processo de fusões, incorporações, diversificação e agigantamento dos grupos controladores – e o prejuízo que essa diminuição traria para o exercício da competição.²⁸⁹

Para fomentar a competição diante do intenso processo de fusões e aquisições, o OFWAT, a partir daí, passou a adotar outros instrumentos além da competição, como: a concessão de licenças (*inset appointments*) para que uma companhia pudesse atuar na prestação de serviços de água e esgoto em áreas isoladas atendidas por outro concessionário; modificações legais que facilitassem a inserção de uma companhia além de sua área de concessão (*cross-boundary supplies*); a utilização por outra companhia de uma mesma adutora (*common carriage*) e a liberalização da implantação de conexões.²⁹⁰

E, para coibir a prática de abusos comerciais advindos do processo de diversificação e agigantamento dos grupos controladores, o OFWAT tomou medidas no sentido de identificar, separar e proteger os ativos e resultados das companhias de saneamento dos demais interesses de cada grupo, com o objetivo de evitar a prática de subsídios cruzados ou o repasse de custos indevidos que lesassem os consumidores.

Além disso, o OFWAT realizou esforços para melhorar o nível de informação sobre a posição financeira e contábil das *holdings* e de cada companhia de saneamento, procurando verificar o valor dos dividendos pagos pela companhia ao grupo controlador e o montante finalmente declarado por este ao Fisco.²⁹¹

Por outro lado, o governo, preocupado com o excessivo poder discricionário do OFWAT, propôs que os órgãos reguladores passassem a atuar de

²⁸⁹ AMPARO, p. 21-23.

²⁹⁰ *Ibidem.*, p. 24.

²⁹¹ *Ibidem.*, p. 24;

acordo com as determinações e leis implementadas pelo governo, especialmente quanto aos aspectos sociais e ambientais.²⁹²

Do quanto foi aqui relatado acerca do sistema de saneamento básico de outros países, tanto sob o prisma institucional quanto sob o prisma financeiro, extrai-se a conclusão de que a participação privada no setor, embora admissível, recomenda cautelas em razão dos interesses em conflito.

Segundo Vinícius Marques de Carvalho, o modelo a ser implantado deve ser coerente com a história e com as circunstâncias atuais de cada país:

(...) a organização dos serviços públicos deve ser analisada com a lente da história institucional de cada país. Esta, por sua vez, é permeada pelas condições sócio-econômicas. O papel da iniciativa privada deve ser enquadrado nesse processo, e deve ser modelado em face de cada realidade nacional e do tipo de serviço.²⁹³

Por óbvio, tal ressalva não impede que se absorvam experiências de outros países, mormente quando se está à frente de desafios coincidentes.

6.2 O papel do Estado no serviço de saneamento básico

Preocupa efetivamente que, até o momento, pouco existe em termos de marcos legais no setor de saneamento. Destacam-se, nesse sentido: i) a Lei de Parcelamento do Solo,²⁹⁴ a qual veicula a obrigação de se planejar e executar obras referentes à implantação dos serviços de saneamento básico nos loteamentos urbanos; ii) a Lei Orgânica da Saúde,²⁹⁵ a qual prevê, dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde, a participação na formulação e execução do saneamento básico; iii) o Estatuto da Cidade,²⁹⁶ em que há previsão de promoção universal do serviço de saneamento; e iv) a Lei n. 11.445, de 05.01.2007, que estabelece as diretrizes gerais do serviço de saneamento básico.

Os marcos legais, em sua maioria, são por demais recentes e superficiais, não suprimindo ainda as deficiências regulatórias do setor. Lamenta-se que seja assim,

²⁹² AMPARO, 2000, p. 24-25.

²⁹³ CARVALHO, 2007, p. 239.

²⁹⁴ Lei n. 6.766/79.

²⁹⁵ Lei n. 8.080/90.

²⁹⁶ Lei n. 10.257/01.

pois o sucesso de qualquer modelo depende da existência de estrutura regulatória, capaz de acompanhar os custos de prestação do serviço, estabelecer padrões de qualidade, fiscalizar a empresa concessionária e planejar os investimentos necessários.

Contribuem para esse quadro, as enormes dificuldades na criação de órgãos reguladores no setor de saneamento, atribuídas à falta de experiência na regulação do segmento e à pulverização dos titulares – já que existem mais de cinco mil municípios no Brasil. O problema é que, na ausência de órgãos fortes de regulação e fiscalização do serviço, as respectivas concessões poderão ser distorcidas de suas legítimas finalidades, vindo a prejudicar a expansão dos serviços.

Vê-se, pois, que o setor de saneamento básico brasileiro defronta-se com grandes desafios, como o de uma gestão eficiente que possibilite sua autossuficiência e a realização dos investimentos necessários para a ampliação e a modernização gerencial e operacional do setor, sempre visando a universalizar o atendimento à população, tanto em água quanto em esgotamento sanitário.

A expectativa é de que a adoção do adequado marco regulatório possa reduzir a insegurança jurídica atualmente existente e, conseqüentemente, consolidar a plataforma necessária para atrair investimentos que concretizem a universalização do acesso. Sobreleva-se, portanto, o papel da criteriosa regulação nesse segmento.

6.2.1 Competência em matéria de saneamento

O Estado Brasileiro está organizado nos moldes do federalismo, fundado na autonomia político-administrativa de organização de cada ente da federação. Sob outro ângulo, nesse modelo exclui-se a ingerência de outras esferas, excetuados os casos expressamente previstos na Constituição da República.

Nessa perspectiva, a disciplina do serviço de saneamento básico, por disposição constitucional, é repartida entre os entes federativos, o que dificulta o estabelecimento dos marcos regulatórios do setor, conforme já se havia adiantado. Assim, não há possibilidade, diante do ordenamento jurídico vigente, de se instituir

órgão regulador comum, com o poder de regular integralmente o setor de saneamento básico.

A começar, compete à União traçar as diretrizes nacionais para o saneamento básico,²⁹⁷ o que lhe legitima o exercício de funções executivas para a melhoria das condições do serviço. Estabelecer diretrizes consiste em disciplinar conduta, por meio de políticas a serem observadas em determinada atividade, seja ela pública ou privada.

Vê-se que a definição de diretrizes não se confunde com a edição de normas gerais, pois seu exercício não implica a regulação principiológica do serviço, mas sim na sua própria operacionalização. Usualmente, materializam-se em normas de aplicação direta, direcionadas para determinadas ações.

Nessa medida, a fixação de diretrizes constitui-se exatamente na função de planejamento atribuída à União no campo do saneamento básico. Dessa forma, ressalvada a esfera de autonomia dos entes federados, compete à União estabelecer os fins a serem buscados por todos aqueles que atuam na gestão do serviço, assim como os respectivos meios para atingi-los. Enfim, o papel é o da coordenação das políticas públicas do setor.

Com base nessa competência, a Lei n. 10.257/2001 – que instituiu o Estatuto da Cidade – disciplinou que a política urbana, em matéria de saneamento básico, é da competência da União. Por outro lado, a Lei n. 11.445, de 05.01.2007, estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Compete também à União legislar privativamente sobre águas,²⁹⁸ sendo possível que os Estados o façam, mediante autorização da União, veiculada por lei complementar.²⁹⁹

A competência legislativa é concorrente sobre a conservação da natureza, defesa dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle de poluição e defesa da saúde.³⁰⁰

A competência dos Estados em matéria de saneamento básico torna-se mais visível nos casos de constituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do § 3º do art. 25 da Constituição da República,

²⁹⁷ Art. 21, XIX e XX, CR.

²⁹⁸ Art. 22, IV, CR.

²⁹⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão. Parágrafo único – Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

³⁰⁰ Art. 24, VI e XII, CR.

com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum. Ou seja, frente ao surgimento de determinada integração urbana, cumpre aos Estados a coordenação dos poderes locais na gestão dos serviços, tanto sob o aspecto do planejamento quanto da articulação das políticas públicas.

Observa-se que a integração entre os municípios não se restringe à execução do serviço, mas envolve o planejamento, a fiscalização e o próprio financiamento da estrutura. Afora essa hipótese, resta aos Estados, em matéria de saneamento, a competência remanescente, prevista no art. 25, § 1º, da Constituição.

Pertencem à União as águas que banhem mais de um Estado (art. 20, III, CR), e aos Estados as águas localizadas exclusivamente dentro de seus respectivos territórios (art. 26, I, CR).³⁰¹ Da análise desses dois dispositivos constitucionais, conclui-se que o município – ente federativo competente para prestar o serviço de saneamento básico –, na maior parte dos casos, não dispõe dos recursos hídricos imprescindíveis à execução do serviço.

Observa-se, por outro lado, que as Constituições de diversos Estados definem a competência estadual para editar normas gerais sobre saneamento básico. Essa previsão é usualmente aceita em função dos serviços de saneamento básico serem comumente prestados por companhias estaduais. Vitor Rhein Schirato salienta que: “mesmo sem haver a constituição de regiões metropolitanas, há um sem-número de Municípios nos quais a prestação dos serviços de saneamento básico é realizada por companhias estaduais, por meio de celebração de convênios, ou até mesmo por meio de concessões”.³⁰²

Por fim, aos municípios compete a prestação dos serviços públicos de interesse local. Segundo Hely Lopes Meirelles:

Interesse local não é interesse exclusivo do município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privacidade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o “interesse

³⁰¹ Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

³⁰² MARQUES NETO, 2004, p. 135.

local”, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.³⁰³

Assim, os municípios têm maior responsabilidade pelos serviços que se desenvolvem em seu território, dirigidos aos cidadãos que nele habitam, nos termos do art. 30, inc. V, da Constituição. Por óbvio, o serviço de saneamento básico ocorre no âmbito municipal e afeta diretamente a condição de vida da população local e, assim, o município é o competente para a execução do serviço.

Sendo o município o competente para prestar o serviço, é ele igualmente competente para implementar os marcos regulatórios, ainda que haja regras gerais de competência federal e estadual.

O art. 23, inc. IX, da Constituição da República prevê a competência comum da União, Estados, municípios e Distrito Federal para promover programas de melhoria das condições de saneamento básico. É também comum a competência entre os entes federativos para cuidar da saúde³⁰⁴ e proteger o meio ambiente.³⁰⁵ A competência comum induz à cooperação entre os entes para a melhor prestação do serviço.

A diversidade de competências, contudo, em razão da pluralidade de fontes normativas dela decorrentes, mostra-se extremamente nociva para a adequação do serviço de saneamento, tendo em vista que a magnitude dos investimentos necessários apresenta-se incompatível com a instabilidade das regras dela resultantes.

Por outro lado, pondera-se, há que ser considerado que o serviço tido como essencialmente local não implica dizer que seja unicamente de competência do município. Normalmente, um serviço de natureza local também estará vinculado a interesses regionais e/ou nacionais.

Nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld salienta que a repartição constitucional das competências não prejudica a unidade do Estado Brasileiro, no tocante a seus objetivos. Há um dever, leciona o autor, de colaboração intergovernamental no setor de saneamento básico.

O desenvolvimento, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos, não são tarefas de um ou

³⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 109.

³⁰⁴ Art. 23, inc. II, CR.

³⁰⁵ Art. 23, VI, CR.

outro ente da Federação, mas de todos em conjunto (CF, art. 3º). Por isso, a União e os Estados não são – nem podem ser, de Direito – indiferentes aos serviços públicos do Município.³⁰⁶

Observa-se que a Constituição de 1988 adotou o modelo do federalismo cooperativo, comprometido com a oferta de serviços públicos eficientes, pautada nos preceitos de solidariedade e bem-estar social. A federação, portanto, ao contrário do privilegiamento das repartições estáticas de competências, deve impulsionar o desenvolvimento, mediante o planejamento estatal voltado ao atendimento harmônico das políticas públicas nos planos nacionais, regionais e locais.

Segundo Vinícius Marques de Carvalho:

Surge, assim, uma nova dimensão cooperativa e coordenadora coerente com os princípios constitucionais. Insere-se uma abordagem associativista que não se dirige apenas à execução de serviços públicos e respectivas concessões, mas também à normatização (como a disciplina regulamentar e administrativa do uso e ocupação do solo, a fixação de parâmetros, padrões, etc., ou seja, a regulação), o estabelecimento de políticas públicas (diretrizes, planos, projetos programas, bem como políticas de financiamento, operação de fundos, etc.) e os controles (medidas operacionais, licenças, autorizações, fiscalização, polícia administrativa, etc.). Para evitar que determinadas superposições ineficazes ocorram, os poderes públicos devem partilhar, mediante o exercício de funções complementares e coordenadas, a gestão dos serviços, controlando-os e fiscalizando-os em suas respectivas fases, etapas ou dimensões (local, micro-regional, regional, estadual ou nacional).³⁰⁷

Assim, os entes federados são cotitulares de objetivos comuns, a serem concretizados mediante atuação conjunta, sendo-lhes, portanto, vedada a promoção de interesses próprios, sem que sejam considerados os interesses dos demais.

Essa cooperação pode ser efetivada, dentre outras maneiras, por meio da formação de consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, de forma a haver 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.³⁰⁸

A Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005, regulamentou os consórcios públicos. Podem eles assumir a forma de autarquias – e, assim, integrar a

³⁰⁶ O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 05 jan. 2006.

³⁰⁷ CARVALHO, 2007, p. 366.

³⁰⁸ Art. 241, CR.

administração indireta dos consorciados – ou a forma de pessoa jurídica de direito privado (art. 1º, § 1º).

Uma vez constituídos, os consórcios podem assumir praticamente todas as funções de gestão de serviços públicos, o que inclui:

I - firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; II - nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e III - ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.³⁰⁹

Podem, ainda, “emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado” (art. 2º, § 2º, Lei n. 11.107).

E, principalmente,

outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor (art. 2º, § 3º, Lei 11.107).

Os consórcios públicos constituem-se, portanto, em importante instrumento institucional de gestão dos serviços de saneamento básico, sobretudo em razão da possibilidade de se destacar alguns serviços, tidos como de interesse comum, assim como aspectos de sua gestão, como o planejamento, o financiamento, a regulação e a execução, para que recebam o tratamento cooperado dos entes federados interessados na questão.

Importa a consideração de que a política nacional para o saneamento básico deve buscar a regionalização, já que as características do serviço, bem como os índices significativos de exclusão, recomendam a atuação conjugada de atuação.

³⁰⁹ Art. 2º, § 1º, Lei n. 11.107.

6.2.2 Planejamento, políticas públicas e regulação na área de saneamento

O planejamento, conforme foi examinado em tópico anterior, constitui-se em procedimento sistematizado, elaborado em função de objetivos a serem atingidos. No segmento público, reúne a técnica necessária para a tomada de decisões, de tal sorte que o quanto se decida priorize objetivos explícitos e aponte os meios para a respectiva consecução.

No setor específico do saneamento básico, a atividade de planejamento assume importância ainda maior, em razão, dentre outros fatores, de suas interfaces com a saúde pública e a preservação ambiental, além, evidentemente, da dimensão social que o segmento envolve.

Por outro lado, a atividade de planejamento mostra-se capaz de superar os obstáculos que a estrutura federativa de prestação dos serviços apresenta. Pretende-se, assim, um planejamento coordenado, e não imposto, estabelecido mediante consenso entre os titulares.

Estrategicamente, a União deve assumir seu papel de coordenação para a formulação e implementação do planejamento. “Embora a União não possa obstruir ou assumir as competências locais e regionais, ela tem como principal função, na dinâmica da federação, conduzir a integração das competências comuns na formulação das políticas públicas, tendo em vista o interesse de todo o país”.³¹⁰

Nesse sentido, a Lei n. 11.445 define como deve proceder o processo de planejamento. Segundo a lei, o planejamento é obrigatório e deverá conter:³¹¹

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV - ações para emergências e contingências;

³¹⁰ CARVALHO, 2007, p. 376.

³¹¹ A existência do plano é condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação dos serviços (art. 11, I, Lei n. 11.445/2007).

V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

§ 1º Os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

§ 2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares.

§ 3º Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

§ 4º Os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual.

§ 5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

§ 6º A delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento básico em vigor à época da delegação.

§ 7º Quando envolverem serviços regionalizados, os planos de saneamento básico devem ser editados em conformidade com o estabelecido no art. 14 desta Lei.

§ 8º Exceto quando regional, o plano de saneamento básico deverá englobar integralmente o território do ente da Federação que o elaborou.

De forma a permitir que a União impulse os demais entes envolvidos, sem que haja supressão da autonomia, a Lei n. 11.445 prevê, como critério para a alocação de recursos públicos federais e para a concessão de financiamentos com recursos da União, a observância das diretrizes e dos objetivos dos planos de saneamento básico (art. 50, Lei n. 11.445).

A Lei n. 11.445 confere à União o dever de elaborar o Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB), o qual conterá: a) os objetivos e metas nacionais e regionalizadas, de curto, médio e longo prazos, para a universalização dos serviços de saneamento básico e o alcance de níveis crescentes de saneamento básico no território nacional, observando a compatibilidade com os demais planos e políticas públicas da União; b) as diretrizes e orientações para o equacionamento dos condicionantes de natureza político-institucional, legal e jurídica, econômico-financeira, administrativa, cultural e tecnológica com impacto na consecução das metas e objetivos estabelecidos; c) a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da Política Federal de Saneamento Básico, com identificação das respectivas fontes de financiamento; d) as diretrizes para o planejamento das ações de saneamento básico em áreas de especial interesse turístico; e) os procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações executadas (art. 52).

Destaca-se o papel essencial da União no financiamento do serviço de saneamento básico, em razão da concentração de recursos financeiros advindos da política fiscal. Constituem-se em instrumentos de financiamento da União: i) executar diretamente obras voltadas para assegurar o acesso da população aos serviços; ii) financiar as ações nos âmbitos locais e regionais, exigindo o cumprimento de certos requisitos; e iii) estimular a consolidação de políticas tarifárias que criem estruturas estratificadas de tarifas voltadas para gerar efeitos distributivos.

As características do serviço de saneamento básico, examinadas anteriormente, indicam a imprescindibilidade do desenvolvimento de políticas de subsídios, os quais se dividem em dois grandes grupos. O primeiro trata dos subsídios ao investimento, direcionados às obras de expansão e qualificação da rede, propiciando a universalização da infraestrutura. Incluem o subsídio cruzado externo e os subsídios embutidos no financiamento realizado por instituições financeiras públicas.

O segundo grupo diz respeito aos subsídios ao consumo, o que inclui o subsídio cruzado interno e o direto. Tais subsídios destinam-se a garantir o acesso da população aos serviços propriamente ditos.

No campo regulatório, há que se observar que a atividade de regulação não está adstrita à fiscalização dos aspectos formais envolvidos na delegação dos serviços. Deve também observar a qualidade dos serviços prestados e, caso não obtida a adequação necessária, as medidas corretivas e sancionatórias merecem ser adotadas.

A regulação do setor de saneamento básico envolve aspectos de diferentes ordens: i) aspectos econômicos – tarifas, ativos, financiamentos para investimentos, estrutura da prestação dos serviços; ii) aspectos sociais – subsídios, proteção aos usuários do serviço; iii) aspectos ambientais – captação de água,³¹² tratamento e disposição final dos dejetos; e iv) aspectos de saúde pública – potabilidade da água, coleta dos esgotos, controle de vetores e roedores, etc.

Um modelo de regulação para o serviço de saneamento básico no Brasil deve levar em consideração a necessidade de serem superados conflitos de

³¹² Sobre os recursos hídricos importa destacar a Lei de Recursos Hídricos, em que são definidos critérios de outorga de direito de uso da água, imprescindíveis aos prestadores do serviço. Para a efetivação da regulação do setor de serviço de saneamento básico, é de se destacar o papel da Agência Nacional de Águas (ANA), a quem cumpre o gerenciamento dos recursos hídricos, indispensável ao desempenho do setor.

competência entre os entes federativos. As competências devem ser estabelecidas de forma mais precisa, seguindo-se os indicativos de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e municípios, voltada ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.³¹³

As características específicas do serviço de saneamento exigem marcos regulatórios absolutamente claros e precisos para o setor.³¹⁴ Não se trata, apenas, de assegurar um mercado estável aos investidores no que concerne às definições sobre a titularidade do serviço, utilização dos recursos hídricos e questões ambientais.

A realidade brasileira exige a regulação estatal para o setor de saneamento, de maneira que restem atendidas as demandas relacionadas ao serviço, tais como as questões que refletem na saúde pública, nos direitos fundamentais e nos alicerces para o desenvolvimento econômico e social.

Floriano de Azevedo Marques Neto manifesta sua preocupação sobre o tema, destacando que nos processos de privatização do setor de saneamento não tem sido dada a devida importância aos marcos regulatórios. “Privatizar empresas que atuam na prestação de serviços essenciais, como saneamento, não pode significar a desregulação do setor. Não pode ser visto como um mero negócio. E, infelizmente, assim tem sido”.³¹⁵

Atenta a essa carência, a Lei n. 11.445/2007, em seu art. 9º, estabelece a obrigação do titular do serviço de saneamento em “definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação”.

Outro fator da imprescindibilidade da regulação do setor aqui tratado decorre do fato de que, apesar de no direito brasileiro não haver exclusividade na concessão ou na permissão de serviços públicos,³¹⁶ no caso específico do

³¹³ É o que dispõe o parágrafo único do art. 23 da Constituição da República: “Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

³¹⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto descreve o modelo inglês de regulação do setor de saneamento, destacando a existência de um órgão regulador autônomo – o *Office of Water Services* (OFWAT) –, dotado de poder para estabelecer tarifas, promover a proteção do consumidor, assegurar padrões de qualidade do serviço e criar incentivos à eficiência e à competitividade entre os particulares prestadores de serviços. Quanto à qualidade da água e do esgoto, a regulação está a cargo da *Environment Agency* e da *Drinking Water Inspectorate* (MARQUES NETO, 2001a, p. 84-85).

³¹⁵ *Ibidem.*, p. 94.

³¹⁶ Art. 16 da Lei n. 8.987/95: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o artigo 5º desta Lei”.

saneamento básico a competição torna-se inviável, impondo-se, portanto, o regime de monopólio. É o que a ciência econômica denomina de monopólio natural.

O monopólio natural na hipótese decorre da inviabilidade econômico-financeira de se duplicar a malha dutoviária. Caso houvesse a duplicação da infraestrutura, haveria insuportável aumento das tarifas, pois o custo do sistema completo seria arcado por um número menor de usuários. A duplicação contraria a racionalidade na alocação de recursos, além de potencialmente inviabilizar a prestação.

Infelizmente, as expectativas sociais quanto ao setor de saneamento básico não estão sendo atendidas pela regulação estatal, sobretudo, no que diz respeito à universalização da prestação. Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato adverte sobre a deformação no fundamento e nas finalidades dos serviços públicos, advinda da sistemática de outorga de concessões adotada no Brasil. Destaca o autor que tal sistemática fez com que apenas os centros mais desenvolvidos fossem interessantes para os concessionários privados; as localidades com graus de desenvolvimento inferiores são absolutamente desinteressantes.³¹⁷

A regulação estatal deve também ter a conotação de fiscalização, voltando-se para a verificação do cumprimento das metas de investimento, a aferição dos padrões de qualidade preestabelecidos e a adequação do serviço, nos termos do art. 6º da Lei n. 8.987/95.

O art. 2º da Lei n. 11.445, de 05.01.2007, elenca os princípios a serem observados na prestação do serviço de saneamento básico, cumprindo ao agente regulador zelar pela observância deles. Destaca-se do dispositivo a universalidade de acesso,³¹⁸ a oferta de serviços de drenagem das águas pluviais, a eficiência e a sustentabilidade econômica, o controle social,³¹⁹ a segurança, a qualidade e a regularidade.

O art. 9º da mesma lei dispõe sobre a política pública de saneamento básico a ser formulada pelo titular do serviço, consistente na elaboração dos planos de saneamento, na adoção de parâmetros para a garantia do atendimento essencial

³¹⁷ SCHIRATO, 2005, p. 93-95.

³¹⁸ Definida no art. 3º, III, da Lei n. 11.445/2007, como a “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”.

³¹⁹ Definido no art. 3º, IV, da Lei n. 11.445/2007, como o “conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico”.

à saúde pública – inclusive quanto ao volume mínimo *per capita* de água para abastecimento público –, fixação dos direitos e deveres dos usuários e estabelecimento dos mecanismos para o exercício do controle social.

O art. 22 reúne os objetivos a serem alcançados pela regulação do serviço de saneamento básico. São eles: i) estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; ii) garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; iii) prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; e iv) definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Destacam-se, ainda, os direitos dos usuários do serviço de saneamento básico, o que foi redigido em linhas gerais, tendo em vista a competência de cada titular para esmiuçar esses direitos. Assim, consta do art. 27 da Lei n. 11.445: i) amplo acesso a informações sobre os serviços prestados; ii) prévio conhecimento dos seus direitos e deveres e das penalidades a que podem estar sujeitos; iii) acesso a manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário, elaborado pelo prestador e aprovado pela respectiva entidade de regulação; e iv) acesso a relatório periódico sobre a qualidade da prestação dos serviços.

O êxito da regulação do serviço de saneamento inicia-se com a correta formulação da política setorial. Feito isso, e optando-se pela outorga de concessão, o respectivo edital de licitação deve conter as metas de atendimento – universalidade ou estabelecimento de níveis (graduação), com base em estimativa de taxa de crescimento populacional, vetores de crescimento urbano, dentre outros. Deverá indicar os investimentos previstos, como, por exemplo, implantação de sistema de tratamento de esgotos com capacidade de atendimento a determinado número de habitantes, bem como definir a metodologia para apresentação de proposta, em especial no que se refere ao cálculo da tarifa para licitação e, ainda, os critérios para reajuste da tarifa.

Constituem, também, aspectos relevantes: i) a definição do conjunto – e periodicidade – de informações a serem prestadas pelas concessionárias ao poder concedente; ii) o papel dos usuários e a definição de metas de qualidade para o seu atendimento; iii) o aparelhamento e a capacitação dos poderes concedentes para a

aferição de “serviço adequado”, “equilíbrio econômico-financeiro” e pedidos de revisão de tarifa; e iv) o estabelecimento de instância administrativa para dirimir conflitos, como, por exemplo, comissão paritária composta por usuários, poder concedente e concessionário.

A Lei n. 11.445, em seu art. 43, determina que a “prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as normas regulamentares e contratuais”.

Por outro lado, a regulação estatal deverá zelar pela racionalidade econômica na prestação do serviço de saneamento básico, primordialmente por duas razões: primeiro, porque as peculiaridades do setor demonstram que o serviço deve ser, tanto quanto possível, regionalizado, baseado na respectiva bacia hidrográfica, de forma a se obter o melhor aproveitamento dos recursos hídricos e, segundo, porque caracteriza o setor o que se denomina de economia de escala, ou seja, os custos de instalação e manutenção do sistema tendem a ser reduzidos quando os serviços são prestados a um número maior de usuários.

Marcos Juruena Villela Souto desenvolve esse raciocínio para concluir pela organização dos serviços de saneamento de acordo com as bacias hidrográficas, pois, caso contrário, seria necessária a implementação de estrutura em duplicidade, encarecendo o custo da prestação.³²⁰

As características fundamentais do serviço público de saneamento básico, portanto, indicam a necessidade de sua regionalização, de forma a melhor aproveitar as estruturas edificadas para uma mesma fonte de captação dos recursos hídricos, buscando a “integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos”,³²¹ o que pode ser obtido incentivando-se a constituição de consórcios ou associações entre os municípios.

O serviço de saneamento básico é de competência municipal e, por isso, no âmbito do município, deve ser feita a regulação do setor, exceto na hipótese de constituição de regiões metropolitanas, quando a respectiva competência é deslocada para o plano estadual. A regulação por outro ente da federação estaria

³²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 351.

³²¹ Art. 2º, XII, da Lei n. 11.445, de 05.01.2007.

eivada de inconstitucionalidade, na medida em que se constituiria em nítida ofensa ao sistema federativo.

A regra, portanto, é a de que a regulação seja feita no âmbito municipal, o que dá margem a sérias inseguranças de ordem estrutural. Estariam os Municípios capacitados tecnicamente para exercerem a atividade regulatória do setor?³²² Disporiam os Municípios dos recursos financeiros necessários? As instabilidades políticas, sobretudo nos municípios de pequeno porte, não viriam a dificultar os investimentos nesse segmento? Haveria capacitação, na esfera municipal, para quantificar as tarifas, principalmente na hipótese mais comum do serviço ser executado por empresa estadual?

Se de um lado as peculiaridades locais podem ser melhor assimiladas pelos municípios, o que influencia diretamente no êxito da política pública setorial; de outro, as deficiências estruturais de grande parte dos municípios brasileiros obstaculizam o desenvolvimento dos serviços de saneamento básico.

Diante dessas dificuldades, as esferas de competência dos demais entes federados podem em muito contribuir no sentido de estabelecer parâmetros a serem observados pelas autoridades municipais, de forma a reduzir o risco regulatório, contribuindo para aumentar a atratividade desse segmento para a iniciativa privada e, conseqüentemente, ampliar a universalidade do serviço.

Alice Gonzalez Borges analisa a competência regulatória municipal, destacando a diversidade existente entre os municípios brasileiros. Coloca a autora as adversidades existentes nos casos dos municípios de pequeno porte, em que os riscos regulatórios podem assumir elevadas proporções:

Há – infelizmente é verdade – aqueles Municípios que *nem saberiam como começar* o complexo e sofisticado procedimento que a Lei 8.987/95 impõe à outorga das concessões, procedimento, esse, concebido, evidentemente, em seus delineamentos, para grandes investimentos e grandes empresas. E, se o começarem, não têm a mínima condição de efetivar a fiscalização das concessões, que é seu dever indeclinável, inclusive, como a lei prevê, pelo exame da escrituração contábil das empresas privadas, ou pela própria intervenção na gestão do serviço pela concessionária.³²³

A competência municipal, menciona Vitor Rhein Schirato, sujeita o setor de saneamento aos riscos políticos de âmbito municipal, considerados

³²² Talvez fosse o caso de se pensar na contratação de serviços de assessoria técnica.

³²³ BORGES, Alice Gonzales. Concessões de serviço público de abastecimento de água aos municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 17, 1997. p. 45-46.

significativamente maiores, em função da maior volatilidade das normas municipais.³²⁴ E, assim, a condução do serviço de saneamento básico por critérios políticos e não técnicos dificulta ainda mais o cumprimento de metas de universalização previstas para o setor, hipótese essa mais frequente no âmbito municipal, em que a maturidade política mostra-se mais precária que no âmbito federal.

De fato, os municípios, hoje, não dispõem de órgãos ou entidades especificamente constituídos com a finalidade de regular os serviços concedidos. Tratando-se de municípios autônomos que concederam plena ou parcialmente seus serviços de saneamento, a solução mais comum tem sido a de atribuir as funções de fiscalização da qualidade da prestação dos serviços à autarquia ou ao departamento municipal que tenha operado – ou continue a operar parcialmente – os referidos serviços.

Por outro lado, a hipótese de criação de órgãos reguladores em cada município pode não se constituir em uma boa opção, dada a necessidade de estruturação de cada uma dessas entidades, o que pode ser visto como uma ampliação do aparelho público. Uma alternativa que vem sendo examinada consiste na criação de órgão estadual regulatório, ao qual os municípios, por adesão, pudessem delegar competência para fiscalização e regulação de seus serviços concedidos. Tal alternativa poderia permitir um monitoramento comparativo do desempenho das diversas concessionárias, contribuindo para ampliar a capacidade de avaliação e discussão dos poderes concedentes municipais diante das solicitações de reajuste e revisão de tarifas, por exemplo.

Esse caminho é dado pela Lei n. 11.445, de 05.01.2007, que em seu art. 8º prevê a hipótese de delegação da atividade regulatória: “Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005”, o que é complementado pelo art. 23, § 1º, que determina que devem ser explicitadas, “no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”.

³²⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 237, jul./set., 2004. p. 136.

A essencialidade do serviço de saneamento impõe que as questões que lhe digam respeito sejam colocadas acima de eventuais pontos menos significativos de ordem político-partidária. Vitor Rhein Schirato pondera que um dos principais objetivos da regulação é elidir, ou ao menos reduzir, a interferência política na prestação dos serviços regulados.

“Todavia, o que se verifica na enorme maioria dos municípios brasileiros é a considerável dificuldade em se dissociar funções políticas de funções de administração, o que pode muito dificultar, ou mesmo inviabilizar, o estabelecimento de um marco regulatório efetivo para o setor de saneamento básico.”³²⁵

Marçal Justen Filho alerta para o risco do que denomina “demagogia regulatória”, descrita por ele como a conduta do administrador público que, em um primeiro momento, manifesta atenção em face dos interesses dos investidores, acenando-lhes vantagens – nessa etapa os interesses da comunidade são deixados em um segundo plano. Em um momento posterior, após formalizada a outorga, adota-se postura em defesa da comunidade, imputando ao concessionário a responsabilidade por deficiências no serviço. “Utiliza-se a expressão *demagogia regulatória* para indicar a ausência de seriedade de ambas as posturas acima referidas”.³²⁶

Todas essas preocupações merecem maiores reflexões. Não se descarta a possibilidade de, caso ao longo do tempo as dificuldades regulatórias no âmbito municipal se mostrarem intransponíveis, ser formulada proposta de emenda constitucional tendente a redefinir a competência do serviço. O acompanhamento assíduo da questão, principalmente após o advento da Lei n. 11.445/2007, dirá qual a melhor solução.

As carências existentes no segmento do saneamento básico conduzem à identificação de um objetivo maior no campo regulatório – a universalização. Carlos Ari Sundfeld aponta que a situação brasileira está a recomendar a atenção estatal para aqueles que denomina de “sem-serviço”: “há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às

³²⁵ SCHIRATO, 2004, p. 136.

³²⁶ JUSTEN FILHO, 2003, p. 67.

prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor”.³²⁷

Para Vinícius Marques de Carvalho:

Enfim, o saneamento não admite excluídos. É imperioso entender que a universalização dos serviços de saneamento básico é um objetivo que não pode ser tratado, pelo menos numa sociedade periférica, em que vige um processo de urbanização espacialmente e socialmente segregador, de maneira segmentada. A universalização exige, para sua própria eficácia social, estratégias concertadas e planejadas, até porque universalizar os serviços de saneamento significa, em primeiro lugar, garantir a todos o acesso à rede de distribuição de água e de coleta de esgoto, assegurar que ninguém seja excluído do serviço devido à incapacidade de pagamento e, por fim, garantir o tratamento do esgoto coletado. Enquanto os dois primeiros aspectos relacionam-se diretamente com a dimensão espacial e social, o último envolve diretamente a proteção da qualidade do insumo básico desses serviços: a água.³²⁸

É nesse sentido que o art. 2º da Lei n. 11.445/2007 concebe como princípios fundamentais a serem observados no serviço de saneamento a “universalização do acesso” e a integralidade, “compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados”.

Com esse propósito, há que ser implementada política de expansão do serviço, submetendo inclusive o prestador privado – quando for o caso – às metas previstas. Na hipótese de não haver interesse para o investimento privado e, sendo a opção estatal não prestá-lo diretamente, o problema deve ser solucionado por meio do fomento – seja pela oferta de subsídios,³²⁹ seja por vantagens na própria concessão, capazes de atrair o capital privado.

Ressalva-se que o modelo privado – embora por vezes o mais recomendado – contém incompatibilidade a ser superada, já que a busca do lucro é inerente ao particular, enquanto diversos destinatários do serviço, sobretudo os de baixo poder aquisitivo, impõem ao prestador um resultado deficitário, destoante de seus objetivos.

³²⁷ SUNDFELD, 2000, p. 34.

³²⁸ CARVALHO, 2007, p. 317.

³²⁹ A Lei n. 11.445/2007 define subsídios como o “instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda”.

Essa situação reclama a regulação estatal, de tal sorte que seja traçada a política setorial apta a ofertar o serviço amplamente, competindo ao Estado, conforme expõe Alaôr Caffé Alves, regular adequadamente, de maneira a compor “a política tarifária para a remuneração dos serviços; subsídios orçamentários; subsídios cruzados; planejamento da execução e expansão dos serviços; gerenciamento das concessões; sistemas de controle; política social; sistema de financiamento; participação da comunidade, etc.”³³⁰

A Lei n. 11.445/2007 prevê expressamente a possibilidade de serem “adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços”,³³¹ podendo ser: i) diretos, quando destinados a usuários determinados, ou indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços; ii) tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; e iii) interno a cada titular ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e de prestação regional.³³²

Assim, diante das dificuldades de financiamento da expansão do serviço apenas pela via tarifária, a política de subsídios assume especial destaque. Os subsídios podem ser intrassistema – quando as tarifas permitem a recuperação dos custos – ou extrassistema – quando se socorre dos fundos orçamentários, ressalvando-se que a desigualdade entre a renda da população e o acesso aos serviços recomenda a utilização da política tarifária para fins distributivos.

Essas dificuldades se agravam quando se considera que a implantação de infraestrutura em locais como favelas e assentamentos carentes demanda custos superiores – além da capacidade dos usuários – em comparação aos custos das mesmas instalações nos bairros de urbanização regular.

Ricardo Toledo Silva destaca que:

Em um país marcado pela concentração de renda como o Brasil, é natural que tais desequilíbrios se agravem no contexto de uma oferta desregulada. Desregulada não quanto à formalidade dos contratos de concessão e direitos e obrigações comerciais, mas quanto ao caráter público dos serviços. E para o resgate dessa dimensão reguladora é indispensável que se considerem – a par dos instrumentos setoriais de regulação – os

³³⁰ ALVES, 1998, p. 25.

³³¹ Art. 29, § 2º.

³³² Art. 31 da Lei n. 11.445, de 05.01.2007.

múltiplos sistemas institucionais que podem em seu conjunto garantir o controle público sobre os serviços.³³³

É de se destacar que a oferta de financiamento às concessionárias, para implementação da estrutura para a prestação dos serviços, pode contar com a garantia das tarifas, conforme previsão do art. 28 da Lei n. 8.987/95, que permite a criação de penhor sobre os direitos emergentes da concessão para a contratação de financiamentos necessários à consecução do empreendimento.

O fomento do setor privado, contudo, não tem sido utilizado no Brasil, como observa Vitor Rhein Schirato. A justificativa para tal situação, explica o autor, seria que, na grande maioria dos casos das privatizações das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou das concessões de serviços públicos, o objetivo fundamental da administração não foi outro que não o de arrecadar fundos para a cobertura de déficits orçamentários, o que se configura total distorção das finalidades e da função do instituto da concessão de serviços públicos.³³⁴

Nota-se que a implementação de proficientes políticas públicas no campo do saneamento básico é o grande desafio que se coloca nesse segmento dos serviços públicos.

Para a universalização do serviço, torna-se necessária a expansão do sistema, sobretudo, em áreas periféricas, já que parte significativa do déficit de cobertura dos serviços de saneamento básico encontra-se nas periferias das regiões metropolitanas. Nesses locais, estão presentes usuários de baixa renda, devendo ser considerado que as tarifas nessas localidades não suportam os custos de investimento das prestadoras de serviços, sendo imprescindível o subsídio estatal.

Há que se valorar a perda de usuários nas faixas mais elevadas de consumo – principalmente industriais –, tendo em vista a utilização de fontes alternativas de suprimento, especialmente poços profundos e equipamentos sofisticados voltados à diminuição do consumo. Esses grandes usuários subsidiavam investimentos de expansão do sistema para a população de baixa renda, conforme modelo utilizado desde o Planasa.

³³³ SILVA, Ricardo Toledo. Infraestrutura urbana, necessidades sociais e regulação pública: avanços institucionais e metodológicos a partir da gestão integrada de bacias. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Org.). **Metrópoles**: entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito. São Paulo: Perseu Abramo, 2004, p. 373.

³³⁴ SCHIRATO, 2005, p. 93-95.

Por outro lado, há significativo índice de endividamento das companhias estaduais de saneamento, causado, especialmente, pelos empréstimos contraídos para a expansão do sistema. Além disso, os equipamentos dessas companhias encontram-se relativamente obsoletos, sendo recomendável a substituição.

Por fim, a expansão do sistema requer novos mananciais, muitas vezes distantes dos grandes centros. Com isso, elevam-se os custos dos investimentos.

Floriano de Azevedo Marques Neto destaca a importância da política tarifária no setor de saneamento, a qual deve se debruçar sobre questões sensíveis, tais como os subsídios para grandes usuários e as tarifas sociais para as camadas menos favorecidas. Alerta o autor que os descontos para vendas no atacado devem considerar a geração de empregos e impostos. Por outro lado, o pequeno usuário não pode ser sobrecarregado pelos descontos oferecidos.³³⁵

A definição do valor da tarifa devida, em função dos serviços prestados, constitui-se em um dos aspectos relacionados ao serviço de saneamento básico de maior complexidade. Explica-se: se por um lado há o dever de modicidade; de outro, há a necessidade de investimentos na ampliação e na melhoria dos serviços.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que a redução das tarifas não é um objetivo incondicional. Há que se ponderar acerca da capacidade das tarifas gerarem a reserva de caixa necessária para a melhor estruturação do sistema.

Em suma, a tarifa não pode ser elevada a ponto de tornar o serviço inacessível às pessoas de baixa renda, mas também não pode ser reduzida em níveis tais que impeçam a sustentabilidade e a expansão das atividades das empresas prestadoras do serviço. Essa definição compete ao agente regulador.

Está aí, justamente, o fundamento para se admitir a cobrança de tarifa mínima, ainda quando não haja qualquer tipo de consumo. Não se paga apenas pelo que se utiliza, mas também pela manutenção de uma política social tendente a propiciar a universalização dos serviços.³³⁶

Importa registrar que o modelo da prestação – público ou privado – será determinante na fixação da tarifa. Se o serviço for prestado diretamente pelo Estado,

³³⁵ MARQUES NETO, p. 85.

³³⁶ “Administrativo – Preço Público – Distribuição de Água – Tarifa Mínima. O preço público tem natureza diversa do preço privado, podendo servir para a implementação de políticas governamentais no âmbito social. Neste regime, a tarifa mínima, a um só tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso especial não conhecido” (STJ – Resp 20.741 – 2ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ 03.06.1996, v.u.).

há uma tendência a todos arcarem com os custos da prestação, seja pelo pagamento de impostos, seja pela remuneração cobrada em contraprestação aos serviços ofertados.

Na hipótese de outorga da concessão, os recursos da comunidade não mais serão aplicados para a implantação e manutenção do serviço. Ao contrário, os recursos serão advindos dos usuários. E, assim, como aponta Marçal Justen Filho, “a concessão acarreta a redução dos encargos dos não-usuários, cujos recursos deixam de ser exigidos para manutenção do serviço público. E, de modo concomitante, gera o agravamento da situação econômica dos usuários do serviço, que terão de arcar com o ônus econômico correspondente”.³³⁷

Trata-se, portanto, de duas realidades distintas, a exigir do Poder Público o adequado tratamento da questão, considerando a opção política que tiver sido feita. No primeiro caso, a sustentabilidade do sistema é fragmentada entre todos os cidadãos. No segundo, é concentrada nos usuários efetivos.

Diante dessa realidade, constata-se, há diversas variáveis a serem consideradas na formulação da equação da qual resultará o valor ideal da tarifa. Observa-se, por exemplo, que a concentração tarifária nos grandes usuários – quem usa mais, paga mais – é motivo de afastamento dos investidores, enquanto a isenção tarifária atrai investimentos nas localidades em que ela exista. Os benefícios, nesse caso, são indiretos.

Fato é que a correta cobrança das tarifas é de fundamental importância para a manutenção e expansão do sistema de saneamento básico. Entretanto, desconsiderando essa notória relevância, além das inúmeras variáveis envolvidas na administração do serviço, as tarifas têm sido fixadas no Brasil sem critérios precisos. Muitas vezes decorre apenas da intuição política do governante, por vezes imbuído de desideratos demagógicos que se sobrepujam à racionalidade do sistema.

É fácil perceber que estão ausentes marcos regulatórios específicos para a fixação das tarifas. A própria Lei de Concessões – Lei n. 8.987/95 – traça diretrizes gerais sobre a fixação do valor, porém mostra-se insuficiente para regulamentar a política tarifária do setor de saneamento. O mesmo se diz da Lei n. 11.445/2007, que em seu art. 29 elenca as diretrizes para a remuneração do serviço, mas não

³³⁷ JUSTEN FILHO, 2003, p. 71.

propicia plenamente ao regulador os instrumentos necessários à superação das dificuldades existentes.

É nesse sentido que o relatório dos marcos regulatórios e os mecanismos de participação do consumidor no controle social relativo aos serviços públicos, produzido pelo Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) aponta que “a definição de políticas tarifárias mereceria uma norma própria, com regras bem definidas e claras, que garantisse segurança tanto para os usuários dos serviços públicos como para os investidores que se interessassem em atuar no país”.³³⁸

Marçal Justen Filho destaca que impedir a cobrança de tarifas justas não afeta apenas o interesse do concessionário, mas, indiretamente, infringe-se o próprio interesse público. “Coloca-se em risco a dignidade das pessoas que, no futuro, não terão possibilidade de fruir de serviços públicos adequados e satisfatórios”.³³⁹

A dificuldade de se estabelecer a tarifa ideal, assim como sua forma de cobrança, deve ser atribuída, dentre outros fatores, à árdua tarefa de se identificar o verdadeiro custo dos particulares na prestação dos serviços. Essa “assimetria de informações” decorre da permanente dúvida sobre a dimensão dos custos, ainda que existam diversos instrumentos de fiscalização estatal.³⁴⁰

Há que se ressaltar que a remuneração do concessionário não deve ocorrer necessariamente apenas pelas tarifas. A remuneração pode se dar também por receitas alternativas, conforme estabelece o art. 11 da Lei n. 8.987/95, quando menciona a possibilidade de serem previstas “outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a fornecer a modicidade das tarifas”.

Além disso, os recursos estatais, nas mais variadas formas, são admitidos na concessão, embora, ainda assim, o empresário mantenha os riscos inerentes à concessão. Marçal Justen Filho defende que “seria impossível obter o atendimento aos princípios da dignidade e da solidariedade se fosse vedado ao Estado promover qualquer remuneração ao concessionário, eis que os carentes restariam sem condições de arcar com o pagamento das tarifas necessárias à obtenção dos serviços concedidos”.³⁴¹

³³⁸ IDEC Defesa do Consumidor. **A proteção ao consumidor de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 23.

³³⁹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 69.

³⁴⁰ *Ibidem.*, p. 181.

³⁴¹ *Ibidem.*, p. 91.

Em síntese, a fixação da tarifa é componente de alta complexidade no sistema de prestação do serviço de saneamento básico. Todavia, sua adequada estipulação é imprescindível para a consecução dos objetivos traçados para o setor.

6.2.3 Participação das pessoas privadas

A concessão é largamente utilizada no campo do serviço de saneamento básico, tendo em vista que os elevados investimentos necessários para a estruturação do setor são induzidos pela garantia que o instituto em apreço representa, especificamente no que diz respeito à previsão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O art. 2º da Lei n. 9.074/95 estabelece ser desnecessária lei autorizativa para a outorga de concessão do serviço de saneamento básico.³⁴² A razão da dispensa legislativa é explicada por Vitor Rhein Schirato, ao argumento de que

a delegação de serviços públicos é esteada em razões de conveniência e oportunidade, que somente poderão ser aferidas pelo Poder Executivo, não cabendo ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário proceder a um juízo de admissibilidade das razões que levaram o Poder Executivo a transferir determinado serviço a terceiros.³⁴³

O afastamento da lei, no entanto, é passível de questionamento, considerando o princípio da legalidade, basilar à Administração Pública.³⁴⁴ Compartilha-se do entendimento de Marçal Justen Filho quanto à inconstitucionalidade material do referido dispositivo, por afronta ao princípio antes mencionado, devendo haver lei autorizando a outorga da concessão, prevendo, inclusive, as condições da delegação e o respectivo prazo.³⁴⁵

As concessões dos serviços de saneamento básico despertam outra questão de intensa controvérsia: a prestação do serviço por empresa integrante da Administração Pública Indireta Estadual. O debate é fundamental porque, no Brasil,

³⁴² “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei 8.987, de 1995”.

³⁴³ SCHIRATO, 2004, p. 119.

³⁴⁴ Art. 37, CR.

³⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2003, p. 177.

há várias décadas, os Estados-membros decidiram constituir empresas destinadas à implantação, prestação e expansão dos serviços de saneamento, embora a competência para a prestação do serviço seja municipal. A hipótese, portanto, é de entidade da administração indireta estadual no exercício de competência municipal.

Esse modelo, idealizado a partir de 1970 pelo Planasa, incentivava os Estados a constituírem empresas públicas ou sociedades de economia mista, as quais tinham a finalidade de prestar os serviços de saneamento nos municípios. Na prática, o serviço é prestado (o modelo ainda perdura em diversos locais) como se fosse de competência estadual, inexistindo qualquer regulação municipal.

A realidade ora descrita reveste-se de notória distorção, pois na forma de prestação, difundida por todo país, o município adota tímida participação diante do serviço que na verdade é seu, restringindo-se a, quando muito, editar a lei autorizando a concessão à empresa estadual. A partir daí, o serviço é executado pela empresa estadual que, além disso, passa a ditar a política de saneamento para o Estado, elegendo prioridades, direcionando investimentos, exercendo verdadeira autorregulação, sem qualquer gerenciamento na órbita municipal.

Não somente o afastamento do município da regulação dos serviços está sujeito a questionamento. Outros dois fatores merecem considerações. O primeiro consiste em que a outorga de concessão de serviços públicos dependeria, em tese, de licitação,³⁴⁶ o que impediria a transferência direta do serviço municipal ao Estado ou a alguma empresa a ele pertencente, sob pena de violação ao dever de licitar. Essa licitação não vem ocorrendo na grande maioria dos casos.

O segundo ponto consiste no fato de que as empresas integrantes da Administração Pública Indireta sujeitam-se ao regime jurídico de direito privado e, sendo assim, a transferência da prestação do serviço de saneamento do município para empresa estadual viria a ser um privilégio desta, em detrimento da iniciativa privada – hipótese essa vedada no ordenamento jurídico.

A argumentação sobre a inviabilidade da prestação do serviço de saneamento pelas empresas estaduais é refutada por Carlos Ari Sundfeld. Afirmo o professor que a nova redação do art. 241, CR,³⁴⁷ dada pela EC 19/98, pôs fim à

³⁴⁶ Art. 175, CR.

³⁴⁷ Art. 241 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação 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.

ideia de que seria vedado ao município celebrar ajuste para transferir ao Estado a execução de seus serviços.³⁴⁸

Sundfeld defende a tese da inexigibilidade de licitação para a prestação do serviço de saneamento por empresas estaduais. Argumenta o autor que a interpretação literal do art. 175, CR, não traz a melhor conclusão, visto que – a prevalecer a literalidade do dispositivo – seria impossível a delegação até mesmo para a empresa estatal do próprio ente titular do serviço. “Deveras, a empresa estatal nem integra a Administração Direta (logo, não poderia estar executando serviço estatal ‘diretamente’) nem se confunde com o Poder Público (pois nem exerce poder, nem é pública)”.³⁴⁹

A interpretação mais razoável para o autor é a que compreende a expressão Poder Público em sentido mais genérico, abrangendo a administração e seus entes administrativos. “Afim, a empresa estadual também integra o Poder Público; logo, se executa serviço público municipal por delegação, também haverá aí uma espécie da execução direta a que se refere o art. 175”.³⁵⁰

Oportuna é a transcrição da conclusão do autor, no sentido da inviabilidade da competição entre o Estado com os particulares, fazendo alusão ao que denomina de concessão-convênio, quando se está diante da consecução de políticas básicas:

Em outros termos: se o Estado-membro decide adotar uma política pública no setor de serviços de saneamento (que é do interesse público por definição constitucional), pode instituir órgãos ou entes para incumbir-se de sua implementação, sem que exista o direito subjetivo de a iniciativa privada impedi-lo em nome de suas oportunidades de negócio e de seus interesses lucrativos. É certo que, para prestar serviços de saneamento, o Estado-membro dependerá da concordância do Município titular do serviço, mas é absurdo supor a necessidade de beneplácito também do empresariado privado ou de instauração de disputa entre ele e o Governo.

Para dizê-lo sinteticamente: qualquer ente governamental, seja de que esfera for, pode prestar serviços públicos. O fato de existir uma discriminação constitucional de competências para esses serviços apenas exige a concordância da pessoa estatal competente. Trata-se de arranjo de competências interno ao Estado ao qual não se pode opor a iniciativa privada.

Logo, é despropositado cogitar de licitação. Esta é evidentemente inexigível.^{351, 352}

³⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. **Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica**, Salvador, v. I, n. 5, ago., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 5 jan. 2006.

³⁴⁹ *Id.*,

³⁵⁰ *Id.*,

³⁵¹ *Id.*,

Alaôr Caffé Alves sustenta outra posição. Para ele, as autarquias integram o conceito de Poder Público, nos termos do art. 175 da Constituição da República e, sendo o serviço de saneamento prestado por autarquia municipal, ter-se-ia o caso de prestação direta. O mesmo não ocorre em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, integrantes da administração indireta. Segundo o autor, ditas empresas não podem ser titulares de serviços públicos, mas podem executá-los, mediante contrato de concessão ou permissão ou por delegação da lei.³⁵³ Consequentemente:

(...) não há possibilidade jurídica de privilegiar determinados indivíduos, grupos ou segmentos da coletividade civil, em face dos objetivos da Administração. Assim, como o serviço de saneamento básico é público, não se pode privilegiar nenhuma organização privada para prestá-lo – todas são iguais perante o Poder Público – devendo haver procedimento licitatório regulado legalmente e pelas medidas vinculadas (edital, julgamento de propostas, adjudicação) com vistas à outorga de concessões ou permissões em ordem à execução regular desse serviço público.³⁵⁴

A melhor solução parece estar com Marçal Justen Filho. Classifica o autor as concessões em três espécies distintas, a partir das quais podem ser extraídas conclusões sobre o tema: i) concessão propriamente dita; ii) concessão-descentralização; e iii) concessão-convênio.³⁵⁵

A concessão propriamente dita configura-se quando o Estado transfere o desempenho do serviço público para o particular, a quem incumbirá a organização dos fatores de produção, segundo critérios de racionalidade econômica, elegidos pelo concessionário.³⁵⁶

Na concessão-descentralização, a pessoa política competente para a prestação do serviço atribui o serviço a ente integrante da administração indireta.

Não há transferência de gestão do serviço para órbita alheia, nem existem interesses distintos de concedente e concessionário. Não existe um concessionário, como sujeito com interesses próprios. A prestação do

³⁵² A tese foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, AI 48.129-5/8, Mairinque/S.Roque, Rel. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 12.2.98, votação unânime).

³⁵³ ALVES, 1998, p. 24.

³⁵⁴ *Ibidem.*, 1998, p. 24.

³⁵⁵ JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

³⁵⁶ *Ibidem.*, p. 125.

serviço não é retirada da órbita administrativa do sujeito que é titular para sua prestação.³⁵⁷

Por fim, a concessão-convênio é definida como instrumento de conjugação de esforços entre dois ou mais entes federativos, para a consecução de suas funções administrativas e políticas. “Para buscar a realização desse interesse comum, atribui-se o desempenho do serviço a um sujeito específico, integrante da Administração Pública. Racionaliza-se o desempenho do serviço público e se atenuam inconvenientes derivados da pluralidade de ordens políticas e a fragmentação administrativa”.³⁵⁸

Marçal Justen Filho sustenta a desnecessidade de licitação nas denominadas concessões impróprias (concessão-descentralização e concessão-convênio), não estando elas sujeitas ao disposto no art. 175 da Constituição da República, que condiciona ao procedimento licitatório a outorga do serviço público:

A atribuição dos serviços públicos a uma entidade integrante da Administração Indireta, no caso de descentralização, não caracteriza concessão nem permissão. Não há, por isso, necessidade de prévia licitação. Nem seria possível cogitar de disputa, tendo em vista que a Administração não está em busca de uma proposta mais vantajosa. A Administração nada receberá como contrapartida da atribuição do serviço, o qual não será desempenhado por particulares, por conta e risco próprios – mas por entidade sob controle do próprio ente titular da competência para prestação do serviço. Trata-se de mera técnica de gerenciamento da atividade pública, como visto acima.

Algo similar pode ser apontado quando a outorga fizer-se em virtude de convênio, em que se associam diversas pessoas políticas para melhor desempenho dos próprios serviços. Tampouco haveria sentido de realizar-se o convênio, as pessoas políticas conjugarem seus esforços, criarem entidade para prestação de serviço público que interessa a todas elas e, em seqüência, promoverem licitação para os mesmos serviços. Se é juridicamente viável o convênio e podem diversas pessoas políticas associar-se para ampliar a eficiência na prestação de seus serviços públicos, nem se caracteriza concessão nem incide o dispositivo que impõe a prévia licitação.³⁵⁹

A hipótese de execução do serviço de saneamento básico por empresa integrante da administração indireta estadual seria, portanto, caso de concessão-convênio, prevista no art. 241 da Constituição da República, e não de concessão propriamente dita, não havendo assim que se falar em licitação.

³⁵⁷ JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

³⁵⁸ *Ibidem.*, p. 125.

³⁵⁹ *Ibidem.*, p. 192.

A ausência de recursos e a ineficiência do setor público são as justificativas apresentadas para a outorga de concessão do serviço, o que equivale, de certa forma, à privatização do setor. Alaôr Caffé Alves explica que, “diante da crise fiscal, o Estado não possui recursos suficientes para a ampla e efetiva prestação desses serviços, devendo contar com capitais privados para sua consecução. A forma de conciliar é mediante a outorga da execução por meio de concessão ou permissão, em condições favoráveis ao setor privado, garantindo-lhe segurança e lucratividade”.³⁶⁰

Registre-se o conteúdo do relatório apresentado pelo Instituto de Defesa do Consumidor (Idec), no sentido de que há um compromisso assumido pelo Brasil, em 1999, perante o Fundo Monetário Internacional (FMI), de “acelerar e ampliar a privatização e preparar o arcabouço legal para a desestatização dos serviços de água e esgoto”.³⁶¹ Referido relatório refuta os argumentos da privatização, demonstrando que os recursos públicos apresentam-se suficientes.³⁶²

O relatório destaca que nos países desenvolvidos o serviço de saneamento básico é público: Estados Unidos, Canadá, Japão, Bélgica, Suécia, Itália, Alemanha, Dinamarca e Áustria. Por outro lado, cita o caso da Inglaterra, país que privatizou o serviço de saneamento, mencionando o grave problema criado: “Dois anos depois da privatização, as tarifas subiram 30% e o lucro das empresas saltou para 360%. Nos cinco anos posteriores à privatização, o aumento anual da tarifa foi, em média, 5% superior à inflação”.³⁶³

A descrição de António José Avelãs Nunes sobre a privatização dos serviços de saneamento básico é absolutamente desalentadora, conforme se observa da seguinte transcrição:

Todos os estudos conhecidos, elaborados pelas mais ‘insuspeitas’ instituições acadêmicas, mostram que têm sido desastrosos os resultados da privatização dos serviços públicos de água e saneamento (com diminuição da qualidade dos serviços prestados e aumento do seu preço) e que a gestão das entidades públicas é mais eficiente do que a das privadas (que poucas vezes igualam a qualidade das entidades públicas).³⁶⁴

³⁶⁰ ALVES, 1998, p. 26.

³⁶¹ IDEC Defesa do Consumidor. **A proteção ao consumidor de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 176.

³⁶² *Ibidem.*, p. 182.

³⁶³ *Ibidem.*, p. 183.

³⁶⁴ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87-88.

O modelo a ser implantado, todavia, não é o ponto fundamental sobre o tema. A questão do serviço de saneamento básico não se resume ao modelo de Estado adotado, mas engloba o tratamento compatível com a indispensabilidade do bem jurídico em apreço à manutenção digna da vida.

Dentro da perspectiva de universalização do serviço de saneamento básico, passa-se a abordar os obstáculos existentes no modelo de participação privada na prestação do serviço.

A primeira dificuldade está na incongruência, em tese, entre os objetivos privados de obter retorno imediato do capital investido e a necessidade inafastável de preservação da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos. A lógica privada não é propícia ao tratamento dos esgotos coletados e à economia do uso da água – portanto, não incorpora a dimensão ambiental envolvida –, de forma que a visão de sustentabilidade não se mostra compatível com a exploração meramente econômica.³⁶⁵

Segundo Vinícius Marques de Carvalho: “A participação privada deve ser ordenada num ambiente institucional de longo prazo, em que a principal estratégia da empresa não seja aumentar sua lucratividade a partir do aumento do consumo de quem já está conectado à rede de abastecimento”.³⁶⁶

Prossegue o autor acerca do comprometimento do saneamento ambiental, apontando que a participação privada poderá promover a “desarticulação das ações de abastecimento de água, esgotamento sanitário, gestão de resíduos sólidos, drenagem e controle de vetores, tornando ainda mais difícil a necessária integração do planejamento entre o saneamento básico e as ações do município na provisão de infra-estrutura nos bairros pobres das cidades”.³⁶⁷

O segundo obstáculo a ser considerado diz respeito à necessidade de superação das desigualdades sociais, por meio de políticas públicas com abrangência em extensões que frequentemente ultrapassam os limites de determinado município.

Para tanto, é imprescindível que haja interação entre as diversas esferas administrativas envolvidas, sendo, portanto, insubsistente o modelo de gestão adstrito aos limites territoriais do município. As políticas isoladas, com

³⁶⁵ CARVALHO, 2007, p. 385.

³⁶⁶ *Ibidem.*, p. 386.

³⁶⁷ *Ibidem.*, 2007, p. 387.

direcionamento a áreas restritas, tende a excluir de sua abrangência as localidades habitadas pela população pobre, sob a justificativa da inviabilidade técnica da expansão do serviço, pois se afasta, com isso, o subsídio cruzado ou a tarifação social.

Haveria, assim, o risco do *dumping* social pela participação privada, considerando o interesse privado em buscar o investimento em regiões mais rentáveis, restando ao poder público suportar o atendimento às regiões menos favorecidas. A participação privada, diante disso, deveria se dar em âmbito regional mais amplo, hipótese que encontra dificuldades nas competências municipais.

As dificuldades para a participação privada são bem analisadas por Vinícius Marques de Carvalho:

Sem dúvida, no Brasil, um movimento de incentivo às concessões privadas seguiria a mesma trilha de auto-sustentação, já que teria como pressuposto aliviar o Estado das funções de financiamento. No entanto, no caso de setores como o de saneamento básico, em que a participação do Estado no financiamento continua essencial, a participação privada acaba se aproximando muito mais das outorgas de privilégios do século XIX do que de qualquer projeto de modernização. De fato, o aumento da participação privada em regimes de concessão plena, além de não gerar um alívio para os cofres públicos, pode aumentar a demanda por investimentos públicos. Isso se daria na medida em que, como é inviável a estruturação de um sistema de equilíbrio financeiro em nível nacional, com a iniciativa privada ficarão os serviços nas localidades passíveis de lucro e, com o poder público, as localidades deficitárias.³⁶⁸

Logo, a integração territorial, como pressuposto para a superação das desigualdades, apresenta-se como obstáculo à participação privada no segmento, principalmente pelas restrições advindas da repartição das competências e da inserção das pessoas privadas em um processo de planejamento amplo estatal, impossível de ser estabelecido por meio dos contratos locais de concessão.

Por fim, outro obstáculo está na própria natureza do serviço, visto que o saneamento básico presta-se à concretização de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde. Assim, é de se aferir a viabilidade da participação privada no segmento, retomando-se o constante conflito entre as necessidades sociais e o mercado.

Nesse cenário, emerge a discussão sobre a prestação do serviço de saneamento básico por sociedades de economia mista, especificamente sobre a

³⁶⁸ CARVALHO, 2007, p. 389.

possibilidade de tal desenho jurídico-institucional ser apto a promover a integração da iniciativa privada, de forma a compatibilizar o investimento privado com as indicações, antes examinadas, de planejamento, repartições das competências federativas e respeito à dimensão social do serviço.

Vê-se, pois, que as sociedades de economia mista, ressalvadas as distorções que usualmente ocorrem em sua gestão, sobretudo o desvio em relação às finalidades que justificam sua instituição, mostram-se capazes de conferir os contornos jurídico-institucionais para o setor de saneamento básico.

7 CONCLUSÃO

A prestação de serviços públicos constitui-se em instrumento para o desenvolvimento econômico-social, na medida em que se volta à satisfação das necessidades coletivas essenciais. Sua concepção está atrelada ao valor de solidariedade e universalidade, ou seja, deve atingir a todos, sem que questões relacionadas ao poder aquisitivo possam determinar a exclusão de pessoa ou grupo.

Os contornos do serviço público têm sofrido constantes alterações, em função das reformas do Estado. Assiste-se à privatização de diversas empresas estatais, fazendo com que o Estado se afaste da execução da atividade econômica e conduza a regulação dos agentes privados. O Estado Regulador abandona os fundamentos do dirigismo econômico e, em substituição a tal modelo, assume posição de subsidiariedade, segundo a qual todos os serviços públicos que puderem ser organizados conforme padrões da estrita racionalidade do mercado, deverão ser remetidos à iniciativa privada.

Entretanto, a prestação de serviços públicos não segue a lógica mercantil. Por isso, todo processo de reforma deve considerar que o Estado é responsável pela universalidade e adequação dos serviços públicos, ainda que a execução seja efetuada por particulares. Em virtude disso, o sucesso de qualquer modelo depende da existência de estrutura regulatória capaz de acompanhar os custos do serviço, estabelecer padrões de qualidade, fiscalizar os prestadores, como também planejar os investimentos necessários, impondo-se metas e velando pelo seu cumprimento.

As reformas administrativas procuraram introduzir na Administração Pública modelos de gestão empresarial, com a definição prévia de objetivos, a racionalização eficiente de recursos e as formas contratuais de gerenciamento. O Estado, outrora titular exclusivo do interesse público, vê-se sucedido por um novo modelo que se vale da iniciativa privada para atingir fins públicos, mediante preceitos de cooperação, horizontalidade e integração. Assim, busca-se a atuação conjugada do Estado com a sociedade civil, ao passo em que a empresa passa a ser considerada um núcleo de interesses, não somente do empresário, como também da sociedade.

Todavia, as empresas foram concebidas no modelo liberal e individualista, estando focadas no lucro e não em valores sociais. Com base nisso, pode-se dizer

que a liberdade econômica absoluta seria notoriamente contrária aos interesses sociais, razão pela qual o art. 170, inc. III, da Constituição da República, institui a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

Dessa forma, a atuação estatal estaria comprometida com o equilíbrio entre a consecução de interesses privados e as necessidades sociais, pois somente a atuação do Estado pode determinar o direcionamento social das atividades empresariais.

O processo de desenvolvimento econômico não se sustenta, por completo, sem a atuação estatal. Portanto, para além da correção das distorções cíclicas da economia capitalista, o Estado é responsável pela promoção do desenvolvimento, por meio da oferta dos serviços públicos, instituídos com fundamento na superação das desigualdades, na universalidade e na redistribuição.

Logo, defende-se a necessidade de propulsão pelo Estado do processo de desenvolvimento, sobretudo em segmentos econômicos de relevante interesse social, estabelecendo políticas públicas setoriais estáveis e de longo prazo. Aponta-se, portanto, para o dever estatal de planejar o desenvolvimento da atividade econômica, com a observância dos princípios da redistributividade, da diluição dos centros de poder econômico e político e do estímulo à cooperação.

Dispõe o Estado de três formas de atuação: i) imposição de limitações que incidam sobre o exercício das liberdades individuais; ii) intervenções, incidentes sobre os processos econômicos; e iii) fomento público, que estimule a atuação privada e incentive o interesse individual em desempenhar atividades econômicas coincidentes com algum peculiar aspecto do interesse social.

Na atividade econômica, o Estado atua de forma supletiva, apenas quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CR). Nos serviços públicos, atua prioritariamente, podendo ser esses outorgados, por meio de concessão e permissão, sempre mediante licitação (art. 175, CR).

Existem dois modelos de atuação estatal na economia: i) o privado, no qual o Estado se afasta ao máximo do setor econômico; e ii) o público, no qual atua intensamente, sobretudo por meio das empresas a ele vinculadas. O setor privado pode ser bastante satisfatório em segmentos de elevada concorrência, mas pode não ter o mesmo resultado benéfico no campo dos serviços públicos, por exemplo,

se considerada a incompatibilidade entre a taxa de retorno almejada pelo investidor privado e a taxa de retorno socialmente esperada.

A Constituição conferiu ao Estado o papel de agente normativo, planejador e regulador da economia (art. 174, CR). Faz-se preciso desenvolver instituições e implementar políticas de proteção para assegurar a transparência, responsabilidade e expansão das infraestruturas úteis. Esse ponto é fundamental para dar ao setor público o papel de planejamento central.

O planejamento é um procedimento ordenado e sistemático, estabelecido em função de objetivos preestabelecidos. Trata-se de técnica de tomada de decisão que enfatiza a escolha de objetivos e aponta os meios mais apropriados para sua consecução. Reúne o planejamento as visões política, econômico-financeira e jurídica, de forma a coordenar as disponibilidades orçamentárias, aplicando-as às metas buscadas. Pressupõe, portanto, a definição de objetivos de políticas públicas e a escolha dos respectivos instrumentos para a melhor utilização dos recursos.

Entende-se que o planejamento é capaz de conduzir a atividade econômica à universalização dos serviços essenciais, o que obedeceria à seguinte lógica: os serviços públicos devem assegurar a todos condições mínimas de dignidade, sendo, portanto, a universalização dos serviços a primeira diretriz das políticas públicas; nesse sentido, o planejamento se incumbe de oferecer os métodos de alocação de recursos, com o propósito redistributivo.

O planejamento vem a ser o principal instrumento de conciliação – e, portanto, de aproximação – entre os conflitos de interesse do setor público com os do setor privado –, ordenando-os de forma racional. Ele possui caráter determinante para o setor público e indicativo ao setor privado, o que significa que a aceitação do quanto for indicado dependerá de juízo de conveniência e oportunidade dos agentes privados.

O Brasil não possui tradição na área do planejamento econômico. São escassos os exemplos de políticas de desenvolvimento, sobretudo em termos de consistência para o longo prazo. Evidência disso está no não atendimento do disposto no art. 174, § 1º, da Constituição, que trata da lei indicativa das diretrizes e bases do planejamento.

As consequências de tal falta de racionalidade são observadas na insuficiência de implementação de políticas públicas destinadas à universalização

dos serviços essenciais e, como decorrência última, no baixo desenvolvimento econômico.

Para o exercício da função de planejamento, as leis orçamentárias assumem especial importância. São elas previstas constitucionalmente, em capítulo específico, a saber: i) o plano plurianual; ii) a lei de diretrizes orçamentárias; e iii) o orçamento anual. Por meio dessas leis, procura-se conferir ordem aos gastos públicos.

O planejamento deverá considerar as variáveis de mercado, permitindo que as análises que resultarem desse processo instrumentalizem a implementação das políticas públicas. A adoção das políticas econômica e industrial significa o reconhecimento de que determinados objetivos econômicos e sociais não podem ser alcançados, caso submetidos apenas à lógica concorrencial do mercado.

Essas políticas públicas destinam-se, portanto, a dar suporte aos empreendedores, cujas atividades são dotadas de significativas externalidades positivas. Para tanto, valem-se de recursos públicos, na forma de créditos subsidiados ou de isenções fiscais, bem como da criação de empresas estatais.

O conceito de regulação tem sua origem nas ciências econômicas e não no direito, ainda que sua materialização ocorra por meio de normas jurídicas positivadas. Sua finalidade originária diz respeito à necessidade de se equilibrar e prevenir desequilíbrios da economia que, como já se sabia, tendia ao descontrole, quando, por longos períodos, não lhe eram impostos comandos corretivos.

Entretanto a finalidade da regulação não se esgota na superação das “falhas de mercado”, mas envolve a necessidade distributiva da produção, além da estabilização e do desenvolvimento da economia. A justificativa central para a regulação estatal está no fato de que a racionalidade econômica do mercado não contempla a justiça social. A racionalidade jurídica, ao contrário, privilegia o aspecto axiológico e, dessa forma, a conciliação entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídica seria capaz de conduzir a atividade econômica *lato sensu* ao equilíbrio que inspira os princípios constitucionais da ordem econômica.

Em que pese sua essencialidade, a prestação do serviço de saneamento básico no Brasil ainda encontra-se longe da universalização. Os baixos índices de cobertura decorrem, dentre outros fatores, da tendência em se concentrar os serviços nas localidades em que vive a parcela da população detentora do maior padrão de renda.

O quadro de insuficiência de saneamento à população – assim como os limites impostos pela tarifa e o atual nível de investimentos no setor – impede, de um lado, o alcance de metas razoáveis de expansão dos serviços e, de outro, que a solução provenha da privatização decorrente da venda de ativos com repasse integral de todos os custos para a tarifa.

O serviço de saneamento básico apresenta algumas características peculiares. Primeiramente, a composição de seus custos incentiva a constituição de monopólios naturais, pois a produção por uma única empresa, dada a utilização da estrutura de redes, minimiza seu custo. Vale dizer, torna-se pouco lucrativa a atuação de mais de uma empresa no mercado, uma vez que os custos médios seriam superiores aos do monopólio em razão de perda da economia de escala. No saneamento básico, portanto, a presença de barreiras naturais à entrada de novos prestadores é muito expressiva.

Os ativos necessários para a prestação dos serviços são irrecuperáveis no curto prazo (*sunk costs*), pois apesar dos investimentos gerarem potencialmente receitas ao longo do tempo, não são reversíveis ou reutilizáveis para outras finalidades (ativos específicos). Assim, são irrecuperáveis porque o investidor não consegue, caso deseje sair do mercado, assegurar a recomposição de sua situação anterior, vendendo os equipamentos pelo preço que comprou, descontando-se a depreciação natural dos bens.

A universalização dos serviços de saneamento básico produz externalidades sociais positivas imensuráveis, relacionadas à saúde pública e ao meio ambiente. Basta dizer que grande parte das doenças infectocontagiosas da população infantil é transmitida pela água.

No Brasil, a indústria de saneamento está fortemente marcada pelo modelo institucional definido pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), no início dos anos 1970, consistente na preponderância das companhias estaduais na prestação dos serviços. O modelo mostrou-se exitoso na realização de demandas, reunindo fundamentos de coesão e de solidariedade social. Depois dele, advieram, tão somente, planos isolados sem o mesmo sucesso.

Em função de problemas de natureza macroeconômica (crise fiscal dos Estados) e microeconômica (busca de gestão mais eficiente das empresas), tem-se observado a tendência geral para o aumento da participação privada nesse setor. Em suma, a ausência de recursos e a ineficiência do setor público são as

justificativas apresentadas para a outorga de concessão do serviço, o que equivale, de certa forma, à privatização do setor. Essa opção tem resultado na redução do papel do Estado como provedor desses serviços e na sua ampliação como regulador da atividade.

Esse processo vem ocorrendo, fundamentalmente, mediante o aumento do número de concessões municipais ao setor privado, mas vem ocorrendo, também, pela venda de parte das ações das companhias estaduais ao setor privado e mediante participação do setor privado na gestão dessas empresas.

Compete à União instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de seu direito de uso. Além disso, compete privativamente à União legislar sobre águas, independentemente de quem seja a propriedade dos recursos hídricos.

Preocupa efetivamente que, até o momento, pouco existe em termos de marcos legais no setor de saneamento. O que existe, em sua maioria, é por demais recente e superficial, não suprimindo ainda as deficiências regulatórias do setor.

Fácil perceber que estão ausentes marcos regulatórios específicos para a fixação das tarifas. A própria Lei de Concessões – Lei n. 8.987/95 – traça diretrizes gerais sobre a fixação do valor, porém mostra-se insuficiente para regulamentar a política tarifária do setor de saneamento. O mesmo se diz da Lei n. 11.445/2007, que em seu art. 29 elenca as diretrizes para a remuneração do serviço, mas não propicia plenamente ao regulador os instrumentos necessários à superação das dificuldades existentes. A política tarifária não prioriza a eficiência produtiva e tecnológica, mas, ao contrário, são muitas vezes demagógicas e conduzem a inviabilidade da prestação.

Contribuem para esse quadro, as dificuldades na criação de órgãos reguladores no setor de saneamento, atribuídas à falta de experiência na regulação do segmento e à pulverização dos titulares – já que existem mais de cinco mil municípios no Brasil.

O problema é que, na ausência de órgãos fortes de regulação e fiscalização do serviço, as respectivas concessões poderão ser distorcidas de suas legítimas finalidades, vindo a prejudicar a expansão dos serviços. Nota-se que normalmente os contratos de concessão estão mais comprometidos com a manutenção da taxa mínima de retorno, de forma a assegurar o equilíbrio

econômico-financeiro, do que com a definição de metas de expansão direcionadas à universalização dos serviços.

Vê-se, pois, que o setor de saneamento básico brasileiro defronta-se com grandes desafios, como o de uma gestão eficiente e a realização dos investimentos necessários para a ampliação e a modernização gerencial e operacional do setor, sempre visando universalizar o atendimento à população, tanto em água quanto em esgotamento sanitário.

O Estado Brasileiro está organizado nos moldes do federalismo, fundado na autonomia político-administrativa de organização de cada ente da federação. Por conseguinte, nesse modelo exclui-se a ingerência de outras esferas, excetuados os casos expressamente previstos na Constituição da República.

Nessa perspectiva, a disciplina do serviço de saneamento básico, por disposição constitucional, é repartida entre os entes federativos. Compete à União traçar as diretrizes nacionais para o saneamento básico, assim como legislar privativamente sobre águas. A competência legislativa é concorrente sobre a conservação da natureza, defesa dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle de poluição e defesa da saúde. A competência dos Estados surge nos casos de constituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Aos municípios compete a prestação dos serviços públicos de interesse local e, assim, considerando que o serviço de saneamento básico ocorre no âmbito municipal e afeta diretamente a condição de vida da população local o município é o competente para a execução do serviço.

O art. 23, inc. IX, da Constituição da República prevê a competência comum da União, Estados, municípios e Distrito Federal para promover programas de melhoria das condições de saneamento básico. É também comum a competência entre os entes federativos para cuidar da saúde e proteger o meio ambiente. A competência comum induz à cooperação entre os entes para a melhor prestação do serviço.

Assim, não há possibilidade, diante do ordenamento jurídico vigente, de se instituir órgão regulador comum, com o poder de regular integralmente o setor de saneamento básico. Além disso, a diversidade de competências mostra-se nociva à adequação do serviço de saneamento, tendo em vista que a magnitude dos investimentos necessários apresenta-se incompatível com a instabilidade das regras dela resultantes.

Por outro lado, as deficiências estruturais de grande parte dos municípios brasileiros obstaculizam o desenvolvimento dos serviços de saneamento básico. Diante dessas dificuldades, as esferas de competência dos demais entes federados podem contribuir no sentido de estabelecer parâmetros a serem observados pelas autoridades municipais, de forma a reduzir o risco regulatório, contribuindo para aumentar a atratividade desse segmento para a iniciativa privada e, conseqüentemente, ampliar a universalidade do serviço.

A condução do serviço de saneamento básico por critérios políticos e não técnicos dificulta ainda mais o cumprimento de metas de universalização previstas para o setor, hipótese essa mais frequente no âmbito municipal, em que a maturidade política mostra-se mais precária que no âmbito federal.

Apesar disso, a hipótese de criação de órgãos reguladores em cada município pode não se constituir na melhor opção, dada a necessidade de estruturação de cada uma dessas entidades, o que pode ser visto como ampliação do aparelho público.

Ressalva-se que o modelo privado – embora por vezes o mais recomendado – contém incompatibilidade a ser superada, já que a busca do lucro é inerente ao particular, enquanto diversos destinatários do serviço, sobretudo os de baixo poder aquisitivo, impõem ao prestador resultado deficitário, destoante de seus objetivos.

Há certa incongruência entre os objetivos privados de obter retorno imediato do capital investido e a necessidade inafastável de preservação da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos. A lógica privada não é propícia ao tratamento dos esgotos coletados e à economia do uso da água – portanto, não incorpora a dimensão ambiental envolvida –, de forma que a visão de sustentabilidade não se mostra compatível com a exploração meramente econômica.

Outro obstáculo ao modelo privado está na necessidade de superação das desigualdades sociais, por meio de políticas públicas com abrangência em extensões que frequentemente ultrapassam os limites de determinado município. Para tanto, é imprescindível que haja interação entre as diversas esferas administrativas envolvidas, sendo, portanto, insubsistente o modelo de gestão adstrito aos limites territoriais do município. As políticas isoladas, com direcionamento a áreas restritas, tende a excluir de sua abrangência as localidades

habitadas pela população pobre, sob a justificativa da inviabilidade técnica da expansão do serviço, pois se afasta, com isso, o subsídio cruzado ou a tarifação social.

Haveria, assim, o risco do *dumping* social pela participação privada, considerando o interesse privado em buscar o investimento em regiões mais rentáveis, restando ao poder público suportar o atendimento às regiões menos favorecidas. A participação privada, diante disso, deveria se dar em âmbito regional mais amplo, hipótese que encontra dificuldades nas competências municipais.

Logo, a integração territorial, como pressuposto para a superação das desigualdades, apresenta-se como obstáculo à participação privada no segmento, principalmente pelas restrições advindas da repartição das competências e da inserção das pessoas privadas em um processo de planejamento amplo estatal, impossível de ser estabelecido por meio dos contratos locais de concessão.

Outro obstáculo está na própria natureza do serviço, visto que o saneamento básico presta-se à concretização de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde. Assim, é de se aferir a viabilidade da participação privada no segmento, retomando-se o constante conflito entre as necessidades sociais e o mercado. Por fim, a identificação do verdadeiro custo dos particulares na prestação dos serviços dificulta a fixação da tarifa ideal.

Considera-se que as experiências de aumento da participação privada no setor de saneamento – França, Inglaterra e Estados Unidos – ocorreram quando os serviços já se encontravam universalizados. Portanto, na realidade daqueles países, as demandas por investimentos eram menores do que ocorre na realidade brasileira.

No setor específico do saneamento básico, a atividade de planejamento assume importância ainda maior, em razão, dentre outros fatores, de suas interfaces com a saúde pública e a preservação ambiental, além, evidentemente, da dimensão social que o segmento envolve. Por outro lado, a atividade de planejamento mostra-se capaz de superar os obstáculos que a estrutura federativa de prestação dos serviços apresenta.

Estrategicamente, a União deve assumir seu papel de coordenação para a formulação e implementação do planejamento. Nesse sentido, a Lei n. 11.445 define como deve proceder o processo de planejamento (art. 19). De forma a permitir que a União impulse os demais entes envolvidos, sem que haja supressão da autonomia, a Lei n. 11.445 prevê, como critério para a alocação de

recursos públicos federais e para a concessão de financiamentos com recursos da União, a observância das diretrizes e objetivos dos planos de saneamento básico (art. 50, Lei n. 11.445).

No setor do saneamento básico, as políticas públicas voltadas à universalização do serviço devem adentrar nas questões relacionadas às desigualdades regionais e sociais. É nesse sentido que o art. 2º da Lei n. 11.445/2007 concebe como princípios fundamentais a serem observados no serviço de saneamento a universalização do acesso e a integralidade.

Para a universalização do serviço, torna-se necessária a expansão do sistema, sobretudo, em áreas periféricas, já que parte significativa do déficit de cobertura dos serviços de saneamento básico encontra-se nas periferias das regiões metropolitanas. Nesses locais, estão presentes usuários de baixa renda, devendo ser considerado que as tarifas nessas localidades não suportam os custos de investimento das prestadoras de serviços.

Na hipótese de não haver interesse para o investimento privado, e sendo a opção estatal não prestá-lo diretamente, o problema deve ser solucionado por meio do fomento – seja pela oferta de subsídios, seja por vantagens na própria concessão, capazes de atrair o capital privado.

As políticas públicas não prescindem da gestão da água, seu insumo básico. Há que se considerar que muitos aspectos da política de recursos hídricos interferem no serviço de saneamento básico. Assim, a aproximação entre a primeira e o planejamento, regulação e financiamento do saneamento básico é de fundamental relevância para a universalização do serviço.

A regulação do setor de saneamento básico envolve aspectos de diferentes ordens: i) aspectos econômicos – tarifas, ativos, financiamentos para investimentos, estrutura da prestação dos serviços; ii) aspectos sociais – subsídios, proteção aos usuários do serviço; iii) aspectos ambientais – captação de água, tratamento e disposição final dos dejetos; e iv) aspectos de saúde pública – potabilidade da água, coleta dos esgotos, controle de vetores e roedores, etc.

As características específicas do serviço de saneamento exigem marcos regulatórios absolutamente claros e precisos. Não se trata, apenas, de assegurar um mercado estável aos investidores no que concerne às definições sobre a titularidade do serviço, utilização dos recursos hídricos e questões ambientais. A realidade brasileira exige a regulação estatal, de maneira que restem atendidas as demandas

relacionadas ao serviço, tais como as questões que refletem na saúde pública, nos direitos fundamentais e nos alicerces para o desenvolvimento econômico e social.

A regulação deverá se pautar pela universalidade de acesso, pela oferta de serviços de drenagem das águas pluviais, pela eficiência e sustentabilidade econômica, controle social, segurança, qualidade e regularidade.

A adoção do adequado marco regulatório poderá reduzir a insegurança jurídica atualmente existente e, conseqüentemente, consolidar a plataforma necessária para atrair investimentos que concretizem a universalização do acesso. Sobreleva-se, portanto, o papel da criteriosa regulação nesse segmento.

O modelo de regulação para o serviço de saneamento básico no Brasil deve levar em consideração a necessidade de serem superados conflitos de competência entre os entes federativos. As competências devem ser estabelecidas de forma mais precisa, seguindo-se os indicativos de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e municípios, voltada ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Para tanto, a Constituição de 1988 adotou o modelo do federalismo cooperativo, comprometido com a oferta de serviços públicos eficientes, pautada nos preceitos de solidariedade e bem-estar social. A federação, portanto, ao contrário do privilegiamento das repartições estáticas de competências, deve impulsionar o desenvolvimento, mediante o planejamento estatal voltado ao atendimento harmônico das políticas públicas nos planos nacionais, regionais e locais.

Essa cooperação pode ser efetivada, dentre outras maneiras, por meio da formação de consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, de forma a haver 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.

Uma alternativa consiste na criação de órgão estadual regulatório, ao qual os municípios, por adesão, possam delegar competência para fiscalização e regulação de seus serviços concedidos.

Por outro lado, a regulação estatal deverá zelar pela racionalidade econômica na prestação do serviço de saneamento básico, primordialmente por duas razões: primeiro, porque as peculiaridades do setor demonstram que o serviço deve ser, tanto quanto possível, regionalizado, baseado na respectiva bacia hidrográfica, de forma a se obter o melhor aproveitamento dos recursos hídricos e,

segundo, porque caracteriza o setor o que se denomina de economia de escala, ou seja, os custos de instalação e manutenção do sistema tendem a ser reduzidos quando os serviços são prestados a um número maior de usuários.

A participação privada no segmento do saneamento básico deve considerar as peculiaridades do serviço, sob pena de ser comprometido o princípio da universalidade.

Na hipótese da concessão do serviço, deverá ser utilizado sistema de leilão, com a adoção de critérios que permita a procura de expressivo número de ofertantes (concorrência *ex ante*). Dessa forma, chegar-se-ia a bom termo a aliança entre a regulação contratual e a licitação, desde que sejam criadas estruturas de incentivo, capazes de impedir que o prestador privado assuma riscos durante a execução do contrato, considerando, especialmente, o longo período de vigência contratual.

Faz-se, no entanto, a ressalva de que no segmento do saneamento básico o estímulo à concorrência entre concessionárias não se mostra suficiente para assegurar a universalização, pois em setores não lucrativos não haveria concorrência para a expansão da rede. “Noutras palavras, a concorrência, que é altamente benéfica para o consumidor já incluído no mercado, não é capaz de, por si só, incluir cidadãos aliados do acesso à redes”.³⁶⁹

Além disso, o respectivo edital de licitação para a concessão deve conter as metas de atendimento – universalidade ou estabelecimento de níveis (gradação), com base em estimativa de taxa de crescimento populacional, vetores de crescimento urbano, dentre outros. Deverá indicar os investimentos previstos, como, por exemplo, implantação de sistema de tratamento de esgotos com capacidade de atendimento a determinado número de habitantes, bem como definir a metodologia para apresentação de proposta, em especial no que se refere ao cálculo da tarifa para licitação e, ainda, os critérios para reajuste da tarifa.

A definição do valor da tarifa devida, em função dos serviços prestados, constitui-se em um dos aspectos relacionados ao serviço de saneamento básico de maior complexidade. Se por um lado, há o dever de modicidade; de outro, há a necessidade de investimentos na ampliação e na melhoria dos serviços. Nessa linha

³⁶⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76.

de raciocínio, verifica-se que a redução das tarifas não é um objetivo incondicional. Há que se ponderar acerca da capacidade das tarifas gerarem a reserva de caixa necessária para a melhor estruturação do sistema.

Há que se ressaltar que a remuneração do concessionário não deve ocorrer necessariamente apenas pelas tarifas. A remuneração pode se dar também por receitas alternativas, conforme estabelece o art. 11 da Lei n. 8.987/95, quando menciona a possibilidade de serem previstas “outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a fornecer a modicidade das tarifas”. Além disso, os recursos estatais, nas mais variadas formas, são admitidos na concessão, embora, ainda assim, o empresário mantenha os riscos inerentes à concessão.

Ante os conflitos de interesses acima apontados, emerge a discussão sobre a prestação do serviço de saneamento básico por sociedades de economia mista, especificamente sobre a possibilidade de tal desenho jurídico-institucional ser apto a promover a integração da iniciativa privada, de forma a compatibilizar o investimento privado com as indicações de planejamento, repartições das competências federativas e respeito à dimensão social do serviço.

Vê-se, pois, que as sociedades de economia mista, ressalvadas as distorções que usualmente ocorrem em sua gestão, sobretudo o desvio em relação às finalidades que justificam sua instituição, mostram-se capazes de conferir os contornos jurídico-institucionais para o setor de saneamento básico, especialmente quando assumem mecanismos gerenciais, da inspiração privada, perfeitamente adaptáveis à administração indireta.

Em conclusão, não se descarta a prestação privada do serviço de saneamento, porém é preciso que se considere que tal delegação não deve significar mercantilização do serviço. Para que tal não ocorra, torna-se imperioso que o Estado exerça adequadamente suas funções de controle e regulação das pessoas privadas no exercício de atividades públicas.

REFERÊNCIAS

ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica do Estado como dever do Estado**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do saneamento**: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n. 11.445/2007). Campinas: Millennium, 2010.

ALVES, Alaôr Caffé. **Saneamento básico**: concessões, permissões e convênios públicos. São Paulo: Edipro, 1998.

ALVES, Rosângela do Socorro. **Produção de mercado**: os contornos da atuação empresarial dos agentes econômicos público e privado e as privatizações. 2004. 181 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ALVES, Rosângela do Socorro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Sociedades estatais, controle e lucro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 163-182, 2006.

AMANN, Edmund; BAER, Werner. From the Developmental to the Regulatory State: the transformations of the government's impact on the Brazilian economy. **Revista Direito GV**, Especial 1, p. 267-282, nov., 2005.

AMPARO, Paulo Pitanga et al. **A experiência britânica de privatização do setor de saneamento**. Brasília: IPEA, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)**. Granada: Comares, 1999.

ASHLEY, Patrícia et al. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-212, out./dez. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. O planejamento na Constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 31, jun./1989.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BORGES, Alice Gonzales. Concessões de serviço público de abastecimento de água aos municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 17, p. 39-48, 1997.

BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 jun. 1989. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1997. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.080, de 30 de dezembro de 2004**. Autoriza o Poder Executivo a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11080.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n^{os} 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 n^o 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jan. 2007. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Cadernos do MARE. n. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Vinícius Marques. **Estado e setor privado na gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise jurídica a partir do exemplo francês**. 2007. 445 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASSESE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina em los servicios públicos. **Revista AeDP – Actualidad en el Derecho Público**. Buenos Aires, n. 8, set-dez., 1998.

CHEDE, Gisele Dias; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Mecanismos societários e contratuais de gestão das sociedades estatais. **Revista do Serviço Público**, vol. 57, n. 3, p. 363-388, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 353, p. 14-26, 1965.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. **Revista de Direito Público**, vol. 21, n. 88, p. 19-43, out./dez., 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002a. p. 66-86.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002b.

COUTINHO, Luciano. Regulation and development: reflections in the aftermath of neoliberalism. **Revista Direito GV**, Especial 1, p. 283-294, nov., 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 230, p. 45-74, out./dez., 2002.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun., 2009.

DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n. 1, p. 55-66, 1968.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

DROMI, Roberto. **Empresas públicas**: de estatais a privadas. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

ERBER, Fábio S.; CASSIOLATO, José Eduardo. Política industrial: teoria e prática no Brasil e na OCDE. **Revista de Economia Política**, v. 17, n. 2 (66), p. 32-60, abr.-jun., 1997.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 9-58, 2003.

FINANCIAMENTO do setor de saneamento. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: 16 set. 2011.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GALBRAITH, John Kenneth. **O pensamento econômico em perspectiva**: uma história crítica. São Paulo: Pioneira/ Editora da USP, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento**. As bases da política de saúde pública no Brasil. São Paulo: HUCITEC, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. **A proteção ao consumidor de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr./jun. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 1, p. 95-136, 2003.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

KLING, Robert W. Construindo uma teoria institucional da regulação. **Journal of Economic Issues**, v. 22, n. 1, march 1988.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. **Lei de responsabilidade fiscal**. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público Econômico**, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez., 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos regulatórios em um novo modelo para o setor de saneamento básico no Brasil. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 84-85, 2001a.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2001b.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 1, n. 1, p. 69-93, jan.-mar., 2003.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A atuação do Estado no domínio econômico. **GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, dezembro, 1994. p. 681-701.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A regulação como instituto jurídico (primeira parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano I, n. 4, p. 183-209, out./dez., 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações**. 2003. 237 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

MOTTA, Ronaldo Seroa. **Questões regulatórias do setor de saneamento no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/notastecnicas/notastecnicas5.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 163, p. 261-279, jul./set., 2004.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 11-24.

OTERO, Paulo. Origem da intervenção econômica do estado em Portugal: notas para uma história do direito público da economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano I, n. 4, p. 169-182, out./dez., 2003.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL Jr., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 179-196.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. **Gestão das empresas estatais: uma abordagem dos mecanismos societários e contratuais**. In: Prêmio Dest Monografias – Empresas Estatais: monografias premiadas 2005-2008. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009, p. 35-86.

REYNOLDS, Larry. Foundations of an Institutional Theory of Regulation. **Journal of Economic Issues**, v. 15, n. 3, p. 641-655, sep., 1981.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A privatização das empresas estatais. **Revista de Direito Federal**, Niterói, v. 17, n. 59, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 67-101, jul./set., 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 237, p. 119-141, jul./set., 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 6, n. 30, p. 93-95,

mar./abr., 2005.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Política industrial, direito e desenvolvimento. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico**: direito econômico regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 425-473.

SECRETARIA DE POLÍTICA URBANA (SEPURB) DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. **Regulação da prestação de serviços de saneamento**: análise comparada da legislação internacional. NH Consultoria e Planejamento. Brasília: Secretaria de Política Urbana/IPEA, 1995 (Série Modernização do Setor de Saneamento, 6).

SEPURB. **Diagnóstico do setor de saneamento**: estudo econômico e financeiro, 1995.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

SILVA, Ricardo Toledo. Infraestrutura urbana, necessidades sociais e regulação pública: avanços institucionais e metodológicos a partir da gestão integrada de bacias. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. (Org.). **Metrópoles**: entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito. São Paulo: Perseu Abramo, 2004. p. 365-394.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

SOROS, George. **A crise do capitalismo global**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção do usuário de serviços públicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 122-145, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 157-168.

SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. **Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica**, Salvador, v. I, n. 5, ago., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 5 jan. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 269.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000b.

TÁCITO, Caio. Perspectivas do direito administrativo ao próximo milênio. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 22, 1998.

TAMANAH, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n.1, p. 187-216, jan./jun., 2009.

TAVARES, André Ramos. Responsabilidade fiscal: novos parâmetros para o poder público. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 273-304, out./dez., 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – TJSP. 4ª Câmara de Direito Público, AI 48.129-5/8, Mairinque/S.Roque, Rel. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 12.2.98, votação unânime.

TREBING, Harring M. Regulation of Industry: An Institutionalist Approach. **Journal of Economic Issues**, v. 21, n. 4, p. 1707-1733, Dec., 1987.

VLACHOS, Georges. Interventionnisme, politique économique et planification. In: VLACHOS, Georges. **Droit public économique français et communautaire**. Paris: Armand Colin, 1996. p. 101-113.