

**CLÁUDIO SMIRNE DINIZ**

**ATIVIDADE ECONÔMICA, SANEAMENTO BÁSICO E REGULAÇÃO**

**CURITIBA**

**2007**

**CLÁUDIO SMIRNE DINIZ**

**ATIVIDADE ECONÔMICA, SANEAMENTO BÁSICO E REGULAÇÃO**

Dissertação 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 Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

**CURITIBA**

**2007**

**CLAUDIO SMIRNE DINIZ**

**ATIVIDADE ECONÔMICA, SANEAMENTO BÁSICO E REGULAÇÃO**

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

**Prof. Doutor Alvacir Alfredo Nicz**  
**Orientador**

Programa de Pós-graduação em  
Direito Econômico e Social - PUCPR

---

---

---

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007

Esta pesquisa encerra uma etapa significativa da minha vida e, por isso, devo dedicá-la às pessoas que foram determinantes, em momentos distintos, na construção desta trajetória. Dedico, portanto, este trabalho, aos meus pais Lúcio e Wanda, por terem me apontado que haveria um caminho a seguir; à minha irmã Luciana, por percorrê-lo comigo; à minha esposa Hirmínia, por ter-me feito compreender os verdadeiros princípios que permeiam os passos daqueles que intencionam um mundo mais humano, sendo assim a grande responsável pelas transformações que este aprendizado tem proporcionado; e ao pequeno José Antônio, através de quem a manifestação da presença de Deus, para nós, deu-se com intensidade jamais sentida. Desde então, tudo que havia sido trilhado passou a fazer um sentido imenso. A esperança e a fé foram renovadas. Sobreveio a certeza de que o caminho escolhido merece ser continuamente buscado.

## AGRADECIMENTOS

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

Faço questão de registrar meus agradecimentos ao Professor Alvacir Alfredo Nicz, estimado decano da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela orientação, estímulo e segurança transmitidos.

À Professora Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa, pelo conhecimento de uma nova dimensão do direito, muito mais próxima da realidade social.

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela forma desmistificadora com a qual ensina o direito público.

Ao Professor Luiz Alberto Blanchet, coordenador do grupo de pesquisas, no qual o estudo foi amadurecido.

À Professora Katya Kozicki, pela visão esclarecedora sobre os fundamentos do direito.

À Eva e à Isabel, pela sistematização das informações acadêmicas.

Aos colegas dignos do Ministério Público do Estado Paraná, exemplos de vida e referenciais de postura, cujos valores ainda me fazem acreditar que o direito, desde que operado com seriedade e discernimento, pode contribuir para o desenvolvimento social e, portanto, precisa ser constantemente debatido e estudado.

À Hirmínia Dorigan de Matos Diniz, pelas revisões e pela tolerância em suportar a inquietude do autor que se propôs a um trabalho acadêmico que não estava preparado a realizar.

Ao meu filho José Antônio, pela inspiração e por ter brincado sozinho durante a elaboração da pesquisa.

## RESUMO

Diante das recentes reformas estruturais, o Estado deixou de prestar serviços públicos diretamente, os quais passaram a ser executados, mediante delegação, por particulares. Entretanto, os novos conceitos não desnaturam a essência dos serviços públicos. Continuam eles a ser essenciais à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Ao mesmo tempo, observa-se que os novos paradigmas acima mencionados expõem os cidadãos a uma situação de vulnerabilidade, na medida em que reproduzem, no regime jurídico-administrativo, posturas eminentemente privadas, por vezes destoantes das normas que asseguram direitos fundamentais. Neste novo cenário, é fácil constatar que o Estado, ao delegar funções que antes exercia, é substituído por agentes constituídos para a obtenção de lucro, não necessariamente preocupados com a adequada oferta dos mencionados serviços. Questiona-se, assim, se a concretização dos direitos fundamentais não viria a conflitar com a concepção do usuário-consumidor dos serviços públicos, adotada no modelo recém-implantado, uma vez que a oferta desses serviços, em afronta ao princípio da universalidade, estaria restrita aos setores capazes de arcar, financeiramente, com a viabilidade do empreendimento empresarial. Surge, assim, a necessidade de se estabelecer um modelo de regulação estatal, apto não somente a garantir o funcionamento do mercado, como também responsável pela esfera de interesses dos cidadãos. Para o desenvolvimento do trabalho, tomou-se por referência o serviço de saneamento básico, talvez o mais vital dos serviços públicos, para, então, analisar a situação dos usuários frente aos mecanismos regulatórios. O tema vincula-se à Linha de Pesquisa *Fundamentos Jurídicos da Atividade Econômica*, por pretender abordar a Atuação do Estado no Domínio Econômico, com a finalidade de garantir que os serviços sejam prestados em conformidade com os direitos constitucionais conferidos aos usuários dos serviços públicos e, ainda, por tratar das limitações estabelecidas pelo Estado, ao setor privado, na condição de prestador de serviços essenciais.

**Palavras-Chave:** Atuação do Estado no Domínio Econômico. Regulação Jurídica Estatal. Serviços Públicos. Saneamento Básico. Responsabilidade Social das Empresas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. Usuários dos Serviços Públicos.

## ABSTRACT

As a result of current structural reforms, the State no longer offers public services directly. These are now performed, by means of delegation, by private institutions. The new concepts, however, do not adulterate the essence of public services. They continue to be essential to the implementation of the fundamental rights of citizens. At the same time, it is possible to notice that the paradigms discussed above expose citizens to a situation of vulnerability, as they reproduce, in the juridical-administrative regime, intrinsically private positions, which are many times not coherent with the norms that guarantee the fundamental rights. In this new scenario, it is easy to ascertain that the State, delegating previously performed functions, is substituted by agents responsible for the obtention of profit, and not necessarily concerned with the appropriate offer of the above-mentioned services. It is questioned, therefore, whether the instituting of the fundamental rights would not have a conflict with the concept of the user-consumer of the public services, adopted in the recently established model, because the offer of these services, violating the principle of universality, would be restricted to the sectors capable of managing, financially, the feasibility of the business venture. Thus, it emerges the necessity of establishing a model of state regulation, capable of not only guaranteeing the functionality of the market, but also of being responsible for the interests of citizens. The development of this thesis was based on the reference of the service of basic hygiene, perhaps the most vital of the public services, so that it would be possible to analyze the situation of the users facing the regulatory mechanisms. The theme is related to the research field of *Juridical Fundamentals of Economic Activity*, because it intends to approach the *State Actions in the Economic Dominion*, with the objective of guaranteeing that the services be offered according to the constitutional rights given to users of public services, and also because it involves the limitations established by the State to the private sector, in the condition of providers of essential services.

**Keywords:** State Actions in the Economic Dominion. Juridical State Regulations. Public Services. Basic Hygiene. Social Responsibilities of Private Companies Providers of Public Services. Users of Public Services.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 A reforma do Estado .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.1 O liberalismo e a contribuição de Adam Smith .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2 A transição para o Estado Social.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.3 O Estado Contemporâneo .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.4 A Administração Pública Gerencial.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1.5 A aproximação entre o público e o privado .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.6 O Estado e o respeito ao mínimo existencial .....</b>	<b>38</b>
<b>2.2 Os instrumentos de atuação do Estado .....</b>	<b>43</b>
<b>2.2.1 A intervenção estatal e sua necessidade.....</b>	<b>43</b>
<b>2.2.2 Princípios constitucionais da ordem econômica .....</b>	<b>46</b>
<b>2.2.3 A intervenção na ordem econômica e seus instrumentos .....</b>	<b>49</b>
<b>2.2.4 A finalidade da atuação estatal .....</b>	<b>53</b>
<b>2.2.5 Limites da atuação estatal.....</b>	<b>58</b>
<b>2.2.6 As agências reguladoras .....</b>	<b>60</b>
<b>3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS .....</b>	<b>63</b>
<b>3.1 Noções sobre serviço público .....</b>	<b>63</b>
<b>3.1.1 Aspecto material do conceito de serviço público .....</b>	<b>69</b>
<b>3.1.2 Aspecto subjetivo do conceito de serviço público .....</b>	<b>71</b>
<b>3.1.3 Aspecto formal do conceito de serviço público.....</b>	<b>74</b>
<b>3.2 Normas que definem a adequação dos serviços públicos.....</b>	<b>75</b>
<b>3.2.1 Formas de prestação .....</b>	<b>85</b>
<b>3.2.2 O usuário de serviço público .....</b>	<b>88</b>
<b>3.2.3 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor .....</b>	<b>91</b>
<b>3.2.4 A responsabilidade social das empresas prestadoras de serviços públicos.....</b>	<b>95</b>
<b>4 O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO .....</b>	<b>100</b>
<b>4.1 Aspectos gerais.....</b>	<b>100</b>
<b>4.1.1 Competência em matéria de saneamento .....</b>	<b>107</b>
<b>4.1.2 A concessão do serviço de saneamento básico .....</b>	<b>112</b>
<b>4.1.3 As parcerias com o setor privado.....</b>	<b>118</b>

<b>4.2 A regulação estatal do serviço de saneamento.....</b>	<b>119</b>
<b>4.2.1 A regulação no âmbito municipal .....</b>	<b>126</b>
<b>4.2.2 A universalização do saneamento básico.....</b>	<b>130</b>
<b>4.2.3 A tarifa .....</b>	<b>134</b>
<b>4.2.4 Interrupção do serviço por falta de pagamento .....</b>	<b>138</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>144</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>148</b>

*De tudo, ficaram três coisas:  
A certeza de que estamos sempre começando...  
A certeza de que é preciso continuar...  
A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar...  
Portanto, devemos:  
Fazer da interrupção um caminho novo.  
Da queda um passo de dança.  
Do medo, uma escada.  
Do sonho, uma ponte.  
Da procura, um encontro.*

Fernando Pessoa

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado Contemporâneo assumiu novos contornos, motivados pelo fenômeno da globalização e do pensamento neoliberal. O Estado do Bem-Estar Social, que sequer chegou a existir em sua plenitude nos países periféricos, não encontra mais receptividade política. Dizer, neste sentido, que o Estado é o protagonista do desenvolvimento econômico, detentor, para tanto, de parcela significativa e estratégica dos meios de produção, voltada à universalidade dos serviços públicos, tornou-se discurso do passado.

A Ciência Política vem se ocupando da remodelação do Estado, da fixação de seus efetivos papéis e da identificação de seus limites de atuação. A grandiosa estrutura estatal e o déficit fiscal dela resultante, a necessidade de desregulamentação da economia – em prol da maximização da liberdade de iniciativa –, a ineficiência administrativa e a suscetibilidade à corrupção, dentre outros, foram os fundamentos utilizados para sustentar a tese segundo a qual o modelo do Estado do Bem-Estar Social não poderia perdurar.

Foi assim que, a partir de 1980, passou-se a questionar a viabilidade do modelo de Estado até então vigente, argumentando-se que a sociedade deveria ser estimulada em suas próprias iniciativas, pois, caso contrário, o Estado assumiria dimensão tal que poderia vir a comprometer sua própria eficácia.

Essencialmente, são esses os pontos básicos dos quais brotam as teses neoliberais, sintetizadas nos Acordos de Bretton Woods, que originaram o denominado “Consenso de Washington” – convergência de idéias tendentes a reduzir a dimensão do Estado –, atendo-se este à sua função reguladora, assumindo postura que seja mínima em sua estrutura, mas suficiente, no limite do necessário, para assegurar a estabilidade econômica e fiscal; conjuntura esta que, para seus idealizadores, seria apta a fomentar o desenvolvimento econômico que decorreria da atuação da própria sociedade, cada vez mais distante do Estado.

A nova proposta de Estado ensejou o surgimento de outro modelo de Administração Pública, mais adequado à execução das modernas estratégias estatais. Se o Estado deve ser mínimo, o mesmo ocorre com a estrutura da Administração Pública. Se o Estado não é mais empresário, enxuga-se o aparato

administrativo e estimula-se o livre mercado. Está-se diante da esfera privada, dissociada, tanto quanto possível, do espaço público.

É assim que a Administração Pública Burocrática, caracterizada por sua extensa e complexa estrutura, responsável pela prestação direta de serviços públicos, deixa de existir. Surge, em seu lugar, a chamada Administração Pública Gerencial – modelo em que os serviços públicos são prestados por particulares, notadamente empresas concessionárias e permissionárias. Em uma só frase: a função produtiva do Estado é substituída pela função reguladora.

Opera-se, dessa forma, uma transformação no âmbito dos serviços públicos. O Estado, que antes era o executor, passa a ser o controlador/regulador, função esta atribuída a uma autoridade independente do governo e das partes – as agências reguladoras dos serviços públicos.

Entretanto, os novos conceitos, resumidamente apresentados, não desnaturam a essência dos serviços públicos. Continuam a ser universais e essenciais à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente para aqueles que não podem arcar com o preço dos serviços ofertados e, por isso, sujeitos à exclusão do sistema.

Em que pese a essencialidade dos serviços, observa-se que os novos paradigmas expõem os cidadãos a uma situação de vulnerabilidade, na medida em que reproduzem, no regime jurídico-administrativo, posturas eminentemente privadas, por vezes destoantes das normas que asseguram direitos fundamentais, insertas na Constituição da República.

Este fator apresenta-se irreduzível no ordenamento jurídico. A Constituição da República de 1988 manteve seu viés social, atribuindo ao Estado o dever de assegurar, por meio de suas políticas públicas, a dignidade humana, permitindo a todos o acesso à saúde, educação, moradia, ao transporte, saneamento básico, dentre outros.

Paralelamente aos fundamentos do Poder Constituinte originário, elaborador de uma Constituição Social, as reformas encetadas a partir de 1990 deram ao Estado Brasileiro uma conotação neoliberal<sup>1</sup>, mínima ou subsidiária, afastando-o da prestação direta dos serviços públicos essenciais à concretização

---

<sup>1</sup> Na verdade, não se estabeleceu o neoliberalismo, pois o tamanho do Estado e seu respectivo custo não foram reduzidos. Ao contrário, a carga tributária – destinada a suportar o custo do Estado – é crescente. Mesmo nos dias atuais. Assim, as reformas podem ser sintetizadas, a grosso modo, nas privatizações das empresas até então integrantes da Administração Pública indireta.

dos direitos fundamentais. O discurso que se adota é o de uma Administração Pública enxuta e eficaz, deixando de ser a agente executora de serviços essenciais à população, para assumir um perfil eminentemente regulador.

Neste novo cenário, é fácil constatar que o Estado, ao delegar funções que antes exercia, é substituído por agentes instituídos para a obtenção de lucro, não necessariamente preocupados com a adequada oferta de serviços essenciais, sobretudo, para aqueles que deles necessitam e não podem arcar com os respectivos custos<sup>2</sup>.

Questiona-se, assim, se a concretização dos direitos fundamentais não viria a conflitar com a concepção do usuário-consumidor dos serviços públicos, adotada no modelo recém-implantado, uma vez que a oferta destes serviços estaria restrita a setores capazes de arcar, financeiramente, com a viabilidade do empreendimento empresarial constituído para este fim. A indagação é a mesma de Alaôr Caffé Alves:

como, em relação à prestação dos serviços de saneamento, conciliar o princípio de mercado, fixado segundo a lógica do capital, com o princípio da universalidade de sua prestação baseado na lógica das necessidades sociais? Como harmonizar tais princípios, se na lógica comunitária o valor de uso social é mais importante que o valor de troca mercantil calcado no potencial econômico de cada cidadão?<sup>3</sup>.

Subjaz a essa mudança de modelo, a real motivação de tais transformações. Paulo Roberto Ferreira Motta aponta que a preocupação que deu origem a todas as mudanças no modelo de Estado e sua respectiva atuação no campo dos serviços públicos não foi o cidadão, e sim a obtenção de recursos financeiros para que as dívidas contraídas, perante os financiadores internacionais, fossem honradas:

---

<sup>2</sup> José Eduardo Faria sustenta que: "Quanto maior é a capacidade de coordenação dos grupos empresariais, com seus sistemas auto-regulatórios, menor é a capacidade da política tradicional de possibilitar os controles dos processos sociais – por extensão, menor também é a autonomia do poder público. A crescente dificuldade dos bancos centrais para impor suas decisões sobre os fluxos internacionais de capitais, a integração do sistema financeiro privado em escala mundial, é um ilustrativo exemplo dessa perda da autonomia. Outro bom exemplo é dado pela privatização dos serviços essenciais estatais e das empresas públicas: antes submetidos a controles políticos, eles se tornam politicamente não controláveis quando passam à esfera privada da iniciativa privada; quanto mais esta vai assumindo áreas antes pertencentes ao Estado, mais restrito vai ficando o próprio espaço da democracia" (1996, p. 143).

<sup>3</sup> ALVES, 1998, p. 25 et. seq.

A preocupação primeira, com os processos de privatização, jamais confessada, não foi a da universalização material dos serviços públicos, mas sim a obtenção de recursos para fazer frente aos compromissos com o FMI e ao pagamento dos juros das dívidas externa e interna. A lógica do processo regulatório, que é elemento indispensável, se perdeu, e creio, jamais será encontrada, mantendo-se as coisas como estão<sup>4</sup>.

Evidencia-se, então, verdadeiro vício de origem em todo processo, sendo pertinente a discussão acerca da situação do usuário dos serviços públicos, frente a todas essas reformas estruturais. São os usuários (cidadãos) que suportam os resultados da nova ótica dos prestadores dos serviços – uma atividade desenvolvida no mercado, destinada à obtenção de lucros<sup>5</sup>. No entanto, “o serviço público compreende atividades em que a realização dos valores fundamentais pressupõe afastar o postulado do lucro e da apropriação privada da riqueza”<sup>6</sup>.

É preciso se ter em mente que a delegação dos serviços públicos aos particulares não desnatura sua essência. Essa delegação não deixa de ser um instrumento de implementação de políticas públicas e, portanto, uma alternativa do administrador público para a realização de valores fundamentais. Esses fatores determinam a submissão dos concessionários a certas restrições a serem impostas pelo poder concedente.

Surge, desse modo, a necessidade de se estabelecer um modelo de regulação estatal, apto não somente a garantir o funcionamento do mercado, corrigindo distorções, como também responsável pela esfera de interesses dos cidadãos. Para tanto, faz-se necessária a adoção de mecanismos efetivos de proteção aos cidadãos/usuários dos serviços públicos e, principalmente, àqueles que sequer são usuários (usuários em potencial), por motivo de incapacidade financeira e que, por esta razão, são preteridos em seus direitos fundamentais.

É nesse sentido que Marçal Justen Filho comenta sobre o papel compensatório do direito. Para ele:

---

<sup>4</sup> MOTTA, 2003c, p. 169.

<sup>5</sup> Conforme analisa Marçal Justen Filho: “Considere-se, antes de tudo, que a consagração da concessão reflete a decisão política de admitir a exploração empresarial lucrativa de empreendimentos relacionados com a satisfação de necessidades essenciais à dignidade da pessoa humana. É da essência da concessão de serviço público a obtenção do lucro pelo concessionário. Portanto, admitir concessão conduz a permitir que a utilização de serviços públicos redunde em apropriação lucrativa de parcela do patrimônio dos usuários, em benefício da empresa concessionária. A necessidade de fruição de certas utilidades será instrumentalizada em favor de segmentos empresariais específicos” (2003, p. 13).

<sup>6</sup> Ibid., p. 49.

O direito é instrumento compensatório das desigualdades entre as pessoas e os grupos. Asseguram-se os direitos fundamentais na medida em que se cumpre essa função. Vale dizer, o poder econômico de certos grupos ou particulares tem de ser limitado por meio do direito, inclusive da atividade da Administração Pública e da regulação produzida pelas normas administrativas<sup>7</sup>.

Para o desenvolvimento do trabalho, toma-se por referência o serviço de saneamento básico, talvez o mais vital dos serviços públicos, para, assim, analisar-se a situação dos usuários e dos potencialmente usuários de serviços públicos nesse novo contexto, cotejando-a com o papel do Estado, responsável, além de outras atribuições, por assegurar o acesso, com qualidade, a esses serviços.

A pertinência do tema decorre, dentre outros aspectos, do fato de que mais de um bilhão de pessoas no mundo carecem de acesso regular a água potável para beber, tomar banho ou cozinhar. Estima-se que aproximadamente dois milhões de crianças morram a cada ano porque suas famílias não têm acesso a água potável ou por falta de saneamento básico<sup>8</sup>.

Distante dessa condição desumana, o setor de saneamento básico “caracteriza-se pela ausência de um arcabouço legal e por um vazio institucional”<sup>9</sup>. A realidade social está a exigir a atuação do direito, estabelecendo, com base nas diretrizes constitucionais que tratam dos direitos fundamentais e da ordem econômica, os marcos regulatórios para o setor.

A pesquisa é dividida da forma a seguir exposta.

O primeiro capítulo procurará contextualizar o tema escolhido, primeiramente em uma perspectiva histórica e, em um segundo momento, frente aos novos paradigmas do Estado Contemporâneo e da Administração Pública. Será também abordada a questão da atuação do Estado no domínio econômico, os respectivos instrumentos e os fins a serem alcançados.

O segundo capítulo versará sobre a Teoria Geral dos Serviços Públicos – conceito, princípios aplicáveis, formas de prestação, a responsabilidade social das empresas privadas prestadoras de serviços públicos e a questão dos usuários desses serviços.

---

<sup>7</sup> Id., 2005, p. 47.

<sup>8</sup> DERVIS; MANUEL, 2006.

<sup>9</sup> IDEC, 2002, p. 41.

O terceiro capítulo tratará especificamente do serviço público de saneamento básico. Propor-se-á a identificar, na ordem jurídica vigente, os marcos regulatórios deste serviço específico, os quais devem estar voltados à proteção dos usuários, propiciando-lhes a prestação dos serviços de maneira consentânea com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente o da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais.

## **2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

### **2.1 A reforma do Estado**

#### **2.1.1 O liberalismo e a contribuição de Adam Smith**

Para os fins propostos no presente estudo, parte-se da denominada Revolução Industrial. Esse fenômeno sócio-político não possui data precisa, já que consiste, na verdade, em uma evolução gradativa – um processo de transformações – e não em um acontecimento consumado em determinado momento preciso. Sabe-se, todavia, que a partir de 1760, tem início a Revolução Industrial 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 âmbito doméstico.

Nesse cenário, desenvolveu-se o trabalho de Adam Smith, precursor das idéias liberais, tendo recebido forte influência dos iluministas e dos idealizadores da Escola Fisiocrática da economia. Em 1776, antes do aparecimento das grandes fábricas, das cidades fabris, dos regimentos a que estavam submetidos os trabalhadores e dos industriais – fase inicial da Revolução Industrial –, Adam Smith publicou a obra intitulada como “Uma Investigação da Natureza e Causas da Riqueza das Nações”.

Trata-se do estudo que projetou Adam Smith nas ciências econômicas como expoente do liberalismo econômico e maior representante da denominada Escola Clássica da Economia. Seus estudos têm como referência os fatos econômicos de sua época, anteriores, inclusive, à formação dos grandes grupos econômicos.

O pensamento do autor pode ser exposto como a necessidade do mercado ser constituído e desenvolvido em regime de liberdade, uma vez que o funcionamento da economia dar-se-ia por meio de leis naturais, tornado viável por um mecanismo de auto-regulação, ao que denomina “mão invisível”. Este

mecanismo natural dispensaria a ingerência estatal, pois eventuais desequilíbrios seriam corrigidos no âmbito do próprio mercado<sup>10</sup>.

A economia prescindiria da regulação artificial, por meio de comandos exógenos, provindos do Estado, visto que toda regulação artificial implicaria a perturbação da regulação natural inerente ao sistema. Conseqüentemente, a regra era a não intervenção na economia: “Na sociedade haveria uma ordem espontânea (a famosa ‘mão invisível’, de Adam Smith), e a contenção do Estado pelo Direito, em especial por normas de organização, para não interferir na liberdade e na propriedade dos indivíduos”<sup>11</sup>.

Esse substrato teórico, no qual irá se fundar o Liberalismo Político e Econômico, reflete a oposição que o Estado Liberal representava 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. Vale dizer, a motivação econômica estaria centrada no interesse próprio de cada um e, desta forma, a busca individual e competitiva destes interesses seria a origem de todo bem público.

A tônica liberal é a preservação das liberdades individuais, asseguradas por meio da limitação ao poder estatal<sup>12</sup>. 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.

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

---

<sup>10</sup> 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. Conseqüentemente, a economia capitalista seria auto-regulável, dispensando a intervenção estatal.

<sup>11</sup> GROTTI, 2003, p. 63.

<sup>12</sup> Há, na verdade, significativa redução do poder político.

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<sup>13</sup>.

O Estado Brasileiro, durante o séc. XIX, na esteira do pensamento liberal então vigente, foi não-intervencionista. No aspecto econômico, limitava-se a conceder empréstimos especiais às empresas estrangeiras que aqui se instalavam, a exemplo do ramo das ferrovias, garantido-lhes os respectivos rendimentos.

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 da 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 A transição para o Estado Social**

As profecias liberais não se confirmaram. O mercado não evoluiu da maneira prevista na Escola Clássica, sendo observado que o auto-equilíbrio 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

---

<sup>13</sup> Embora apregoe a liberdade econômica, Adam Smith posiciona-se contrariamente à constituição de grandes empresas e conglomerados que trabalhem em regime de monopólio.

lugar ao sol, em um mercado de livre competição. Esta situação é analisada por Dalmo de Abreu Dallari:

Ao lado disso a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade<sup>14</sup>.

A problemática recomendava a intervenção estatal para promover a repressão à classe operária, proibindo as greves e restringindo os sindicatos. O mercado pressionava o Estado para que criasse condições para o funcionamento da economia, viabilizando novas fontes de matérias-primas e mercados consumidores. Como afirma Egon Bockmann Moreira: “Em cenários econômicos desoladores, geradores de grave déficit social, não se poderia defender que o Estado abdicasse de sua face intervencionista em favor de expectativas de soluções mercadológicas espontâneas em longo prazo”<sup>15</sup>.

No final do séc. XIX, nos EUA, a regulação exterior 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”<sup>16</sup>.

Em 1887, urge nos EUA a primeira comissão reguladora – *Interstate Commerce Commission* (ICC) e, em 1897, é aprovado o *Clayton Act* para lutar contra os *trusts* anticoncorrenciais. São as primeiras intervenções públicas na economia, alterando profundamente o modelo jurídico do relacionamento entre Estado-economia, o que vem a ser a antítese do modelo liberal<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> DALLARI, 2001, p. 278.

<sup>15</sup> MOREIRA, E. B., 2004, p. 60.

<sup>16</sup> MOREIRA, V., 1997, p. 22.

<sup>17</sup> A I Guerra Mundial foi o marco zero da intervenção econômica do Estado. Os custos tornaram-se inviáveis para serem arcados por categorias determinadas da economia privada. O Estado teve que suportá-los, inclusive aqueles decorrentes da própria guerra – pensões aos soldados, indenizações, reconstruções, etc.

O início do séc. 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.

Surge, 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.

O Estado Social, observado em diversos territórios do mundo no séc. XIX até final do séc. XX, manifesta-se por meio de duas vertentes: i) o Estado Socialista, erigido sob o conceito de centralização econômica; e ii) o Estado do Bem-Estar Social.

Nesse modelo, o Estado passa a ser responsável para que todos os cidadãos tenham condições mínimas de vida digna. É de sua atribuição a oferta de serviços públicos destinados, dentre outros, à saúde e à educação, que assumem conotação de direitos fundamentais. O Estado Social conferiu ampla concepção ao valor da dignidade da pessoa humana.

Contrariamente ao Estado Liberal, importa ao Estado Social a atuação estatal, ampliada, de forma tal que o próprio Estado torna-se encarregado da promoção de ações sociais. Mais que a liberdade do modelo anterior, a preocupação central se volta para a igualdade em sua dimensão material:

[...] o Estado garante os direitos fundamentais não somente pela sua declaração formal em norma jurídica, mas na promoção de ações sociais dirigidas à concretização daqueles direitos. A preocupação deixa de centrar-se na liberdade do indivíduo e se desloca para a igualdade entre os cidadãos, com a substituição do individualismo pelo interesse público, pelo bem comum<sup>18</sup>.

O Estado, com amplitude muito maior, passou a exercer o poder de polícia, a intervir, a disciplinar o desenvolvimento econômico das nações, a produzir bens e prestar serviços. O ato administrativo, que até então era sancionatório, passa a ter outra concepção – a de conferir benefícios.

---

<sup>18</sup> GROTTI, 2003, p. 64.

Na direção deste novo modelo, em 1917, a Revolução Russa inseriu uma nova ordem econômica baseada na propriedade coletiva dos meios de produção. Em 1919, a Constituição de Weimar introduziu a economia em seu texto. Em 1923, o fascismo trouxe a sociedade e a economia para o controle do Estado. A crise de 1929 obrigou os países a fazer da economia uma questão política fundamental de governo.

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 um extenso projeto de obras públicas, destinado a atingir o pleno emprego.

John Maynard Keynes defendeu o término do capitalismo liberal, quando, por ocasião da I Guerra Mundial, o absentismo 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. Este sistema é explicado por Adroaldo Moura da Silva:

A mensagem básica do livro está contida nas muitas vezes repetida proposição de que o sistema capitalista tem um caráter intrinsecamente instável. Ou seja, a operação da “mão invisível”, ao contrário do que ainda é sustentado por economistas de inclinação mais ortodoxa, não produz a harmonia apregoada entre o interesse egoístico dos agentes econômicos e o bem-estar global. Em busca de seu ganho máximo, o comportamento individual e racional dos agentes econômicos – produtores, consumidores e assalariados – pode gerar crises a despeito do bom funcionamento das poderosas forças automáticas dos mercados livres. E essas crises advêm de insuficiências de demanda efetiva<sup>19</sup>.

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

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,

---

<sup>19</sup> MOURA DA SILVA, 1985, p. XIII.

como e sobretudo pela regulação da actividade económica<sup>20</sup>. O planeamento económico transforma-se na mais característica expressão do novo capitalismo do pós-guerra, passando a economia a ser parcialmente estatizada.

O modelo fordista<sup>21</sup> – decorrente da organização da produção em massa – orienta os alicerces do Estado Social. 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 económicos 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 direcção do processo económico<sup>22</sup>.

Para J. T. Winkler, citado por Vital Moreira, o papel económico do Estado passou por três estágios: 1) papel propiciador: limitando-se a manter um quadro jurídico geral da actividade económica privada; 2) papel de apoio: o Estado proporciona protecção, subvenções e, se necessário, socorro à economia privada; 3) papel directivo: o Estado determina à economia privada o que esta deve (ou não deve) fazer, estabelecendo orientações, controlando a alocação de recursos e, se necessário, interferindo directamente na condução de certas actividades económicas<sup>23</sup>.

Com o advento do Estado Social, verifica-se o acréscimo das tarefas públicas. Vislumbra-se a noção do Estado Providência, responsável pela melhoria das condições de saúde e educação e pela protecção ao trabalhador. Segundo Vital Moreira: “A fórmula do ‘Estado social’ jogava na ampliação das prestações sociais do Estado e na participação das organizações sociais, nomeadamente das organizações sindicais, na elaboração e execução das políticas económicas e sociais”<sup>24</sup>.

Nos anos 60, 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 económico, ao mesmo

---

<sup>20</sup> MOREIRA, V., 1997, p. 23.

<sup>21</sup> Entende-se por modelo fordista o conjunto de métodos de racionalização da produção, tendentes a reduzir os custos operacionais, o que se efetivaria através da produção em massa e da especialização do trabalhador.

<sup>22</sup> GROTTI, 2003, p. 65.

<sup>23</sup> Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 19.

<sup>24</sup> MOREIRA, op. cit., p. 18.

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.

No Brasil, a Carta Constitucional de 1934 absorveu esta tendência, inaugurando a história do constitucionalismo brasileiro, ao que se denomina Constituição Econômica, definindo as funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. É a primeira Constituição Brasileira a prever um capítulo específico sobre a Ordem Econômica, que se inspirou, especialmente, na Constituição de Weimar<sup>25</sup>.

A partir de 1934, o Estado passou a participar da atividade econômica (*lato sensu*), assumindo postura de empresário, de empreendedor. Para a consecução deste papel, cria a administração pública indireta, atuando, assim, em paralelo com a iniciativa privada. Estabelece-se uma relação entre os setores privado e público, ambos compartilhando do mesmo espaço no mercado, sendo necessário ao Estado esbabelecer as regras de convivência entre ambos, à luz do princípio da igualdade.

Em 1937, Getúlio Vargas promulgou nova Constituição caracterizada pela concentração política e econômica no governo federal. Consagra-se o modelo de concentração regulatória, largamente aceito à época, conforme leciona Fernando Herren Aguillar:

Cristaliza-se com espantosa rapidez entre as elites empresariais e intelectuais do país a idéia de que o Estado deve intervir sobre a 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<sup>26</sup>.

O Executivo assume as funções legislativas. O Poder Executivo Federal, por meio do regime de intervenção em Estados e Municípios, anula a possibilidade de descentralização política. O Estado impunha regras de controle sobre a economia e, ao mesmo tempo, intervinha como empresário. Criou-se a administração pública indireta, por meio das autarquias e empresas públicas (Cia. Vale do Rio Doce – 1942, Companhia Siderúrgica Nacional – 1941, etc.).

---

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> AGUILLAR, 1999, p. 193.

Surtem os Conselhos Disciplinadores da Economia, os quais são as primeiras entidades públicas, em tese independentes, para propor planos dirigidos à regulação da economia brasileira. Ocorre o aumento da burocracia, da máquina estatal, dos benefícios, por meio dos empregos públicos. Instala-se 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<sup>27</sup>.

O Estado Brasileiro, por muitos anos, esteve atrelado à concepção de protagonista do desenvolvimento econômico. Agiu como instituidor de políticas típicas do “Welfare State” – tais como a proteção ao desemprego (FGTS e seguro-desemprego), os benefícios previdenciários, dentre outros. Constituiu-se em agente fomentador da expansão industrial pelas políticas de incentivo veiculadas pelo BNDES.

O Governo Juscelino Kubstichek traz uma postura diferente de planejamento estatal. O Estado interfere na economia não só regulando, mas também produzindo maciçamente. Cria o Plano de Metas, o qual consistia nos objetivos que o Estado pretendia atingir, por meio de investimentos públicos. Os agentes privados tomam decisões em função do planejamento. São seis as metas principais: a construção de Brasília (forma de integração nacional), energia, transporte, alimentação, indústrias de base e educação.

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<sup>28</sup>.

[...]

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 196.

<sup>28</sup> Ibid., p. 202.

Empresas monopolistas (em sentido lato) estatais ditaram durante muitos anos as políticas públicas, constituindo-se num poder de fato, desafiador da ordem jurídica e a capacidade de interferência dos particulares nas tomadas de decisão. Além disso, como revela Toledo Silva, a inviabilização desse modelo regulatório, com o fracasso econômico financeiro das empresas públicas encarregadas da regulação, tornou imprestável igualmente um retorno aos órgãos setoriais da Administração Direta<sup>29</sup>.

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

### 2.1.3 O Estado Contemporâneo

O Estado Social não se sustentou. Notou-se forte prejuízo à liberdade individual, aliado à ausência de contrapartida equivalente, tendo em vista que não se assegurou a igualdade substancial e nem mesmo se garantiu a participação popular<sup>30</sup>. A partir da década de 80, passou-se a sustentar a inviabilidade do desenvolvimento de tantos serviços públicos pelo Estado, sob o argumento de que a sociedade deveria 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. O Estado é visto como um mau administrador. É o início da crise do Estado do Bem-Estar Social.

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<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 206.

<sup>30</sup> O próprio Estado Democrático de Direito foi uma tentativa de se propiciar maior participação social e legitimação material do Estado, através de sua submissão ao Direito na busca da justiça material: "Em decorrência, houve uma crise do Estado social e o surgimento do Estado Democrático de Direito, visando formas de participação mais amplas da sociedade no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública, bem como a legitimidade material do Estado, através da sua submissão ao Direito, na busca da justiça material e não apenas à lei formalmente elaborada" (GROTTI, 2003, p. 65).

<sup>31</sup> AGUILLAR, 1999, p. 23.

No final do séc. XX, o Estado Social “recebe crítica cerrada, identificado com a idéia de ineficiência econômica do setor público e o desperdício de recursos; incapacidade de investimento; o imenso custo, causador de gigantescos endividamentos públicos; insatisfatória qualidade dos serviços prestados, tornando-se o cidadão cativo e sufocado pelo próprio Estado”<sup>32</sup>.

Esta é a leitura a partir da qual se desenvolve o pensamento neoliberal, debatido ao longo dos acordos de Bretton Woods (1944) e sintetizado no acontecimento questionavelmente denominado de “Consenso de Washington”<sup>33</sup>. Este documento possui três pontos fundamentais: i) implementação de medidas tendentes a estancar a espiral inflacionária; ii) privatização em larga escala; e iii) redução do papel do Estado no domínio econômico, deixando que o mercado regule a sociedade.

A teoria econômica intervencionista de Keynes, colocada em descrédito, é substituída pelas teorias de Friedrich Hayek<sup>34</sup> – prêmio Nobel da Economia em 1974 – e Milton Friedman<sup>35</sup> – prêmio Nobel da 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<sup>36</sup>.

O neoliberalismo resgata premissas do séc. 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

---

<sup>32</sup> GROTTI, 2003, p. 65.

<sup>33</sup> Clóvis Rossi, em matéria veiculada no Jornal Folha de São Paulo, noticia que considerando fracassado o denominado Consenso de Washington, especialistas ligados a Centros de Pesquisa Norte-Americanos publicaram trabalho intitulado Dissenso de Washington, destacando a necessidade de buscar a equidade – combater a pobreza e a injusta distribuição de renda na América Latina. A principal divergência com o documento anterior é que o primeiro focava a eficiência econômica, em detrimento da equidade (2001, p. A-12).

<sup>34</sup> A grande primeira doutrina liberal é a obra O Caminho da Servidão, de Friedrich Hayek, publicada em 1944, na qual defende que a regulação do mercado constitui-se em risco à liberdade econômica e política. Critica a planificação das economias socialistas que, segundo ele, cerceia a liberdade. A concorrência deve ser o mecanismo regulador dos esforços individuais. Acredita que o sucesso está com o capitalismo livre, ainda que frio.

<sup>35</sup> Milton Friedman aduz que a liberdade política está condicionada à existência da liberdade econômica. Defende o exercício de funções apenas essenciais pelo Estado. 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.

<sup>36</sup> GROTTI, op. cit., p. 67.

mão do dirigismo. Esta intervenção – mínima – procura privilegiar a concorrência e o pagamento de menos tributos para manter uma 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 pensamento neoliberal se propaga na vigência do fenômeno da globalização, provocando profundas mudanças no cenário sócio-econômico mundial. Segundo Abili Lázaro Castro de Lima, é possível

constatar que a globalização econômica contribuiu sobremaneira para uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos no mundo, uma vez que os níveis de internacionalização do comércio fizeram com que as fronteiras nacionais começassem a perder sentido<sup>37</sup>.

Nesse contexto, o Estado deixaria de ser o principal agente executor dos serviços públicos, preocupando-se, de forma mais enfática, com sua função regulatória, assegurando a estabilidade econômica e fiscal, aguçando, desta maneira, o desenvolvimento econômico que partiria da própria sociedade. O pêndulo volta a oscilar para o setor privado, passando este a atuar até mesmo em setores que o Estado reservara para si<sup>38</sup>.

Não foi uma retirada gratuita: como os agentes econômicos agem de forma predatória, surge a necessidade de regulá-los<sup>39</sup>. Salieta Vital Moreira:

---

<sup>37</sup> LIMA, A. L. C., 2002. p. 144.

<sup>38</sup> Este fenômeno de retração do Estado, tido como um anseio social, conforme as razões acima 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 assembléias constituintes” (GROTTI, 2003, p. 66).

<sup>39</sup> 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” (2000, p. 12).

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<sup>40</sup>.

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<sup>41</sup>.

Não se trata propriamente do enfraquecimento do Estado<sup>42</sup>, mas de mudança de postura frente ao 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 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<sup>43</sup>.

Inserido em uma tendência global, o Estado Brasileiro, a partir da década de 90, 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.

A partir de 1990, 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

---

<sup>40</sup> MOREIRA, V., 1997, p. 19.

<sup>41</sup> Ibid., p. 19.

<sup>42</sup> Embora não seja o objeto do presente trabalho, é oportuna a menção a respeito das teses do campo da sociologia política, no sentido de que o Estado-Nação encontra-se em declínio, em decorrência da transnacionalização da economia. Sobre este 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, A. L. C., 2002.

<sup>43</sup> MARQUES NETO, 2001, p. 308.

execução da atividade econômica e, como reflexo inevitável, aumenta-se maciçamente a produção de normas regulatórias.

#### **2.1.4 A Administração Pública Gerencial**

A Administração Pública Burocrática origina-se no Estado Liberal, servindo, assim, de instrumento para a consecução de seus restritos propósitos – segurança jurídica, legalidade e propriedade. São estes, observa-se, os elementos necessários ao desenvolvimento do modo capitalista de produção.

Nesse modelo de Administração, proposto por Max Weber, procura-se estabelecer uma estrutura apta a limitar a ação do Estado, a assegurar a liberdade dos cidadãos e a impor limites ao poder do soberano, o que se daria por meio da dominação legal, entendida como a plena vinculação da atividade administrativa às regras previamente estabelecidas. O que se buscava era uma maneira de se racionalizar o poder, afastando-o, tanto quanto possível, de sua legitimação divina.

Em igual sentido o desenho da Administração Pública passa a ser dado pela lei. Com base na lei são instituídos diversos órgãos, dotados de competências delimitadas, num sistema hierarquizado de cargos. Valoriza-se o princípio da impessoalidade, o que pode ser observado por meio do provimento de cargos por concurso público e da necessidade de licitação para contratar com a Administração Pública. A idéia era a de democratizar o acesso à função pública, possibilitando que todos aqueles que comprovassem competência, tivessem a oportunidade, caso assim desejassem, de integrar os quadros da Administração.

A estrutura administrativa burocrática propicia o controle dos atos administrativos, estabelecendo-se mecanismos procedimentais que precedem aos ditos atos, viabilizando o pleno controle dos meios, ainda quando os respectivos resultados sejam favoráveis.

No Brasil, a estrutura burocrática da Administração Pública tem suas origens no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), criado em 1938, com o propósito de reorganizar o espaço público e racionalizar os procedimentos administrativos.

A origem do questionamento acerca da crise da Administração Pública Burocrática está relacionada ao fato de que, com a missão de se desincumbir das funções assumidas pelo Estado Social, a dimensão da estrutura administrativa agigantou-se e não pôde se sustentar. A análise de Luiz Carlos Bresser Pereira é de que

na realização das atividades exclusivas de Estado e principalmente no oferecimento dos serviços sociais de educação e saúde, a Administração Pública burocrática, que se revelara efetiva em combater a corrupção e o nepotismo no pequeno Estado Liberal, demonstrava agora ser ineficiente e incapaz de atender com qualidade as demandas dos clientes no grande Estado Social do século vinte<sup>44</sup>.

A problemática aqui retratada, consistente no alto custo do Estado que, mesmo arrecadando vultosas cifras a título de tributação, ainda assim mostrasse inoperante em dar continuidade a investimentos em setores vitais, impulsiona o discurso da privatização. Fernando Herren Aguillar assim destaca:

Grande insatisfação tomou conta dos empresários, que encamparam o discurso antiestatizante, circunstancialmente conciliável com a reivindicação da intelectualidade e dos assalariados por uma verdadeira democracia. O enorme déficit fiscal erodiu a capacidade de investimentos estatais, deteriorando sua aptidão a preservar e expandir o equipamento urbano e de serviços públicos em geral<sup>45</sup>.

A crise da Administração Pública Burocrática, em muito proveniente do chamado déficit fiscal, torna o contexto receptivo às idéias tendentes a remodelar a Administração Pública, diminuindo-a, com a proposta de torná-la eficaz, equacionando o custo do Estado, adequando-o a patamares mais aceitáveis.

Ocorre, portanto, a mudança de paradigma no campo do direito administrativo. Tem-se uma nova Administração Pública, denominada Gerencial, fundada em preceitos da Ciência da Administração Privada<sup>46</sup>, imbuída da postura da consensualidade. Este novo modelo privilegia a minimização dos custos, a transferência da execução dos serviços públicos para o setor privado e o controle dos resultados, em detrimento da fiscalização dos meios utilizados.

---

<sup>44</sup> BRESSER PEREIRA, 1997a, p. 13.

<sup>45</sup> AGUILLAR, 1999, p. 208.

<sup>46</sup> Há similitude entre os valores propostos pela moderna Ciência da Administração Privada – foco no resultado e no cliente, estrutura desburocratizada – e o discurso veiculado pelos idealizadores da Reforma Administrativa Estatal.

O que mais preocupa e diz respeito ao presente trabalho é a concepção do cidadão como “cliente-consumidor” dos serviços públicos. Essa aceção do usuário dos serviços despe-o de sua condição de cidadão, uma vez que, adotando as premissas clássicas do direito privado, o usuário, não sendo financeiramente capaz de arcar com os custos dos serviços, deixa de ter acesso aos mesmos e, por conseguinte, sofre significativa lesão em seus direitos fundamentais.

Vivian Cristina Lima trata do cerne da questão:

Mas talvez a alteração mais significativa tenha sido o estabelecimento do foco de atenção no cidadão, no ser humano, sujeito de direitos e detentor de dignidade enquanto pessoa. Essa foi a grande conquista do Estado Social: a viragem de paradigma, transformando o “homem econômico” em “homem social”.

É exatamente essa dimensão do Estado Social que o neoliberalismo pretende atingir: **de cidadãos detentores de direitos fundamentais passa-se a consumidores de “mercadorias”, colocadas à disposição daqueles que podem pagar.**

A outra face dessa construção é a da visão da Administração Pública exclusivamente econômica, onde se opera uma transformação significativa na **prestação dos serviços públicos, que também passam a ser considerados mercadorias e, como tais, acessíveis a consumidores com poder aquisitivo, não disponíveis a todos os cidadãos, os quais perdem a sua condição de destinatários de prestações estatais positivas e sujeitos de direitos fundamentais, ficando resumidos a “clientes” do Estado.**

Ou seja, o contrato social que orientou a produção de serviços públicos no Estado Providência é reduzido ao contrato individual do consumo de serviços privatizados<sup>47</sup>.

A proposta gerencial estrutura a Administração Pública em quatro segmentos: i) o núcleo estratégico; ii) a prestação de serviços exclusivos do Estado; iii) a prestação de serviços não exclusivos do Estado; e iv) a produção de bens e serviços.

No núcleo estratégico, encontram-se as chamadas políticas de gestão, que englobam as carreiras típicas de Estado – os Ministérios, os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público. É a estrutura de um Estado mínimo, último resquício da estrutura burocrática, em que ainda se verifica a existência de controle procedimental.

Os serviços de prestação exclusiva do Estado, a exemplo do poder de polícia e do poder de tributar, são assim conceituados em razão da

---

<sup>47</sup> LIMA, V. C., 2004, p. 107 et. seq.

impossibilidade, sob os aspectos material e jurídico, de serem repassados aos particulares.

No segmento dos serviços não exclusivos do Estado, ingressa o terceiro setor – entes situados entre os setores empresarial e estatal, não vinculados ao interesse lucrativo e prestadores de serviços de relevante interesse social –, demonstrando acentuada tendência em trazer o particular para a prestação do serviço público.

Por fim, no campo da produção de bens e serviços, seguiu-se a orientação de encetar-se um amplo processo de privatização, alienando aos particulares diversas empresas públicas e sociedades de economia mista.

No Brasil, o modelo de Administração Pública Burocrática, caracterizado pela marcante atuação estatal, com sua extensa e complexa estrutura, cede espaço ao modelo gerencial, a partir do ano de 1990, com a promulgação da Lei n. 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, posteriormente revogada pela Lei n. 9.491/97, a qual estabeleceu disciplina semelhante sobre o assunto.

O art. 1º. da Lei n. 8.031/90 indica que o objetivo do Programa é o de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e, desta forma, contribuir para a redução da dívida pública. Além disso, permitir que a Administração concentre esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais e, por fim, fortalecer o mercado de capitais.

Esse processo, que preconiza a eficiência do Estado, reduzindo-o para que funcione melhor, ganhou notório impulso a partir das transformações trazidas pela Emenda Constitucional n. 19/98. Neste novo modelo instituído, prioriza-se a redução do aparelho do Estado, que delega suas funções para entidades privadas, dando-se ensejo a uma série de privatizações.

Importa destacar um marco neste processo de transição – o Plano Diretor da Reforma Administrativa, elaborado no ano de 1995. O aludido Plano contou com um texto introdutório explicativo, da lavra do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no qual foi declarada a nova concepção de Estado assumida no Brasil:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. [...] É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de gerencial, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna 'cliente privilegiado' dos serviços prestados pelo Estado.

Vivian Cristina Lima bem sintetiza o pensamento vigente:

A proposta contemporânea: uma estrutura de Administração Pública simples, rápida, voltada a metas e resultados e, sobretudo, sensivelmente menor, não mais preocupada com a prestação de serviços públicos e tão somente com a sua regulação<sup>48</sup>.

Para Luiz Carlos Bresser Pereira, o papel do Estado seria o de:

[...] facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infra-estrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial. A diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia.

[...]

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado em geral, e, em particular, do aparelho do Estado e do seu pessoal. Esta reforma terá como objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos Estados e Municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento aos cidadãos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Ibid., p. 28.

<sup>49</sup> BRESSER PEREIRA, 1997b.

Produto do Estado Neoliberal, a Administração Pública Gerencial possui estrutura reduzida, sobretudo, no que diz respeito à administração indireta, já que diversas empresas públicas e sociedades de economia mista sofrem o processo de privatização. O Estado se afasta, assim, da prestação direta de diversas atividades essenciais à população.

### **2.1.5 A aproximação entre o público e o privado**

A dicotomia entre o espaço público e o privado remonta à Grécia Antiga<sup>50</sup>. Para se atingir os fins propostos, iniciou-se a análise a partir do Estado Liberal, período de surgimento do constitucionalismo, inspirado nos ideais de limitação do Estado, e da codificação do direito, destinada a assegurar a autonomia dos indivíduos.

A interpretação histórica do direito privado traz a conclusão de que este sempre esteve o mais distante possível do direito constitucional. As normas de direito privado voltavam-se exclusivamente ao indivíduo, notadamente ao seu patrimônio. Estabelecia-se, assim, um conjunto de regras aplicáveis às relações jurídicas individuais, as quais visavam assegurar a ampla liberdade, imune às investidas estatais.

É preciso destacar que havia dois universos distintos e inconfundíveis: o público, disciplinado pelo direito constitucional; e o privado, disciplinado pelo direito civil e pelo direito comercial. O direito privado parecia alheio às mutações sociais, políticas e econômicas. Restringia-se a defender o espaço de seu destinatário e paradigma – o burguês que desejava ser livre do controle público.

---

<sup>50</sup> Por meio da distinção entre as esferas pública e privada, Hannah Arendt busca a origem da ação política, separando o que é comum aos cidadãos (esfera pública da política), daquilo que lhes é próprio (esfera privada). O surgimento da cidade-estado, na Grécia Antiga, significava que o homem recebera, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu espaço político. Cada cidadão, portanto, passa a ter duas ordens de existência – a esfera pública e a esfera privada. A vida privada e a vida pública correspondem à existência, respectivamente, da esfera da família e da esfera da política. Entende que o Estado Social, regulador da ordem econômica e social, por meio da disciplina legal da esfera privada, desfez a distinção entre os planos público e privado. O Estado, sob o fundamento de assegurar o interesse coletivo passou a normatizar intensamente as relações jurídicas da esfera privada, o que, até então, era inadmissível (ARENDDT, 2001).

Os estudos recentes, contudo, têm demonstrado a falácia dessa visão estática, setorizada e insensível do direito privado. A livre prática das relações jurídicas privadas, afastadas do controle das normas de ordem pública, leva, no máximo, à igualdade formal entre as partes. Jamais assegura a igualdade material.

O direito privado, assim concebido, é o local da hegemonia dos mais fortes. Não há preocupação com a justiça social. Esta acepção patrimonialista, inserida nas codificações liberais, associada à ausência das chamadas constituições econômicas, foi determinante para o surgimento da condição de exploração dos mais fracos (abuso de liberdade), dando margem a uma série de conflitos e instabilidades sócio-econômicas. Gustavo Tepedino destaca que:

Tal situação, no entanto, foi pouco a pouco sendo alterada, pela insofismável necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não alvitadas pelo Código Civil<sup>51</sup>.

O resultado desta instabilidade foi o advento do Estado Social, caracterizado pela previsão, no plano constitucional respectivo, da regulação estatal da ordem econômica e social. Impõem-se limites à autonomia privada, à propriedade, por meio do controle estatal sobre os bens, limitando-se não somente o poder político, como também o poder econômico. O Estado atua para fazer com que o interesse coletivo prevaleça, evitando-se abusos e garantindo-se a dignidade humana, atuação esta que não deixou de existir totalmente nem mesmo diante do neoliberalismo e da globalização.

Ocorre, todavia, que essas mutações constitucionais não atingiram diretamente o direito privado que continua inspirado no Estado Liberal a conceber o patrimônio como o cerne das relações jurídicas e a preconizar o individualismo jurídico. De um lado tem-se a Constituição – diploma político, social e jurídico de base principiológica –, em que estão positivados os valores essenciais da sociedade. De outro, vê-se o direito privado, com forte carga patrimonialista nas relações por ele disciplinadas, absolutamente incompatível com a dignidade humana.

Propõe-se, então, que se busquem os fundamentos constitucionais do direito privado. Um redimensionamento das relações civis. Uma unidade

---

<sup>51</sup> TEPEDINO, 2001, p. 05.

hermenêutica entre o direito público e o privado, de forma tal que, na esfera individual das relações, também prevaleça o interesse coletivo almejado pelos princípios erigidos ao patamar constitucional.

Nesse sentido, a Constituição seria o ápice da elaboração e da aplicação do direito privado. É a partir da Constituição que o direito privado deve ser interpretado, e não o contrário. A este processo de redimensionamento do direito denomina-se constitucionalização do direito privado<sup>52</sup>, o que nada mais é que a elevação dos princípios fundamentais do direito privado ao plano constitucional, passando o direito privado a ser visto além de sua dimensão patrimonial.

Ressalva-se que a relação não deixa de ser privada por haver mais ou menos normas cogentes disciplinando-a. Se fosse esse o critério, não haveria direito privado. A relação jurídica típica de direito privado, na verdade, é aquela em que nenhuma das partes assume posição de império em relação à outra.

A inafastável constitucionalização do direito tem o objetivo de submeter o direito privado aos fundamentos constitucionais, o que levaria necessariamente a retirar o patrimônio do núcleo das relações jurídicas, questão esta abordada com proficiência por Gustavo Tepedino:

Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Bastaria passar em revista as inúmeras normas introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, algumas delas relacionadas à melhoria de sua qualidade de vida; ou aquelas relativas aos deveres do locador, no exercício do direito de propriedade regulado pela lei do inquilinato; ou ainda as regras que disciplinam as relações entre pais e filhos, nos termos inovadores do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>53</sup>.

Como consequência, a propriedade deve atender à sua função social. O contrato, fundado na concepção do *pacta sunt servanda*, seria normatizado de maneira que houvesse observância ao princípio da equivalência material e da

---

<sup>52</sup> Deve ser observado que a constitucionalização não se confunde com a publicização do direito. Esta consiste no processo crescente de intervenção estatal, sobretudo através de leis. É o que ocorreu, por exemplo, com o advento do Estado Social onde foram adotadas diversas medidas legislativas tendentes à redução da autonomia das relações privadas.

<sup>53</sup> TEPEDINO, 2001, p. 10.

tutela do mais fraco, uma vez que a Constituição admite apenas o contrato que perfaz sua função social.

Nessa esteira, as políticas econômicas neoliberais seriam eivadas de inconstitucionalidade, na medida em que afastam a necessária intervenção estatal destinada a buscar a função social da propriedade. Especificamente no campo dos serviços públicos, Romeu Felipe Bacellar Filho propõe uma

releitura dos artigos da Constituição brasileira que versam sobre os serviços públicos, notadamente em momento crucial, em que parte da doutrina brasileira levanta-se contra o caráter público do regime do serviço público e passa a desenvolver técnicas de transferência da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à fuga para o Direito Privado<sup>54</sup>.

Qualquer política governamental deve observar o Princípio da Supremacia da Constituição, decorrente da hierarquia privilegiada que lhe é conferida no ordenamento jurídico. Para Luís Roberto Barroso:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. Na prática brasileira, já demonstramos em outra parte, no momento da entrada em vigor de uma nova Carta, todas as normas com ela contrastantes ficam revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas. A supremacia da Constituição manifesta-se, igualmente, em relação aos atos internacionais que devam produzir efeitos em território nacional<sup>55</sup>.

Gustavo Tepedino aponta para a urgência da interpenetração dos espaços público e privado, “na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a ‘despersonificar’ o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica”<sup>56</sup>. O resgate do espaço público, por meio da supremacia constitucional, ganha importância diante das reformas do Estado, tendentes a ampliar o espaço privado, dissociando-o da necessária intervenção e, por conseguinte, da concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>54</sup> BACELLAR FILHO, 2002, p. 15.

<sup>55</sup> BARROSO, 1999, p. 156.

<sup>56</sup> TEPEDINO, 2001, p. 70.

### 2.1.6 O Estado e o respeito ao mínimo existencial

Os serviços públicos no Brasil, atualmente, são prestados pela Administração Pública estruturada nos moldes gerenciais, a qual privilegia, de forma questionável, o princípio da eficiência, controlando-se o resultado que é submetido a uma avaliação contábil, cujo êxito, muitas vezes, encontra-se dissociado das necessidades dos usuários e potencialmente usuários de serviços públicos. Estes passam a ser tratados como consumidores e não como cidadãos.

A preocupação que acompanha este modelo é a de que a retirada do Estado da prestação direta dos serviços públicos traga o risco de ofensa aos direitos fundamentais, na medida em que, *a priori*, há, em determinados segmentos, incompatibilidade entre a obtenção de lucros almejada pelo setor privado e a prestação de serviços públicos:

Há, porém, que se estar alerta para que a vida do homem neste século não se reduza puramente a um binômio mercado/consumidor, debaixo da arbitragem de um Estado que atua em defesa da competitividade, sem quaisquer resquícios democráticos e de respeito aos direitos fundamentais. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, o chamado neoliberalismo promove retorno ao Estado-polícia e o individualismo assume nesse modelo feição peculiar, pois, propõe um “individualismo sem individualidade”, calcado na “estandardização de comportamentos correspondentes à massificação das produções”<sup>57</sup>.

Por outro lado, a estrutura que se apresenta – políticas neoliberais e globalização – coloca o Estado e, por conseguinte, o Direito, em situação de absoluta vulnerabilidade, visto que a soberania estatal se apresenta abalada, permeável às expectativas do mercado globalizado e inoperante em relação à resistência em favor dos excluídos. Veja-se a explanação de Vivian Cristina Lima:

O agravante é que o modelo de organização do Estado é administrativo, e como tal se apresenta com uma estrutura permeável e passível de ser manipulada, sendo o direito um instrumento de sua implementação. Ou seja, a estrutura de gestão da Administração Pública pode facilmente ser direcionada segundo uma visão econômica e seletiva, ou segundo uma visão social e de inclusão. Na exata medida que o direito absorve as políticas neoliberais, facilmente obtém-se uma estrutura administrativa não

---

<sup>57</sup> GROTTI, 2003, p. 69.

mais voltada para a consecução da dignidade da pessoa humana, mas interessada na manutenção da ordem econômica vigente<sup>58</sup>.

Outra questão que se coloca, diz respeito ao fato de que vários dos fundamentos adotados no novo modelo são provenientes de países que se encontram em patamares de desenvolvimento mais avançados e, por esta razão, devem ser inseridos na realidade nacional de forma cautelosa, levando-se em consideração as peculiaridades locais.

Paulo Roberto Ferreira Motta demonstra que nos países da União Européia, o afastamento das concepções econômicas intervencionistas

foi precedido por inúmeras, substanciais, intensas e prolongadas concepções econômicas de feição keynesiana, exatamente para dotar os primos pobres da então Comunidade, hoje União, de estruturas possíveis, e passíveis de suportar, agora, a atual formulação jurídico-econômica<sup>59</sup>.

Prossegue o autor desenvolvendo a narrativa sobre as políticas compensatórias ainda implementadas na União Européia, destinadas, mesmo que de forma indireta, a conferir acesso universal aos serviços tidos por essenciais:

Existem, no citado Continente, políticas de complementação de renda mínima que servem para minorar os efeitos da fixação tarifária livre, bem como a previsão legal, de tarifas diferenciadas para os setores mais desprotegidos da sociedade. Ou seja, ao invés de subsidiar o mesmo, integralmente, jogando o ônus na empresa privada, adotam políticas tributárias de distribuição de renda mínima. Ao invés do empresário-prestador arcar com os custos integrais, o mesmo é diluído entre todos os contribuintes<sup>60</sup>.

Esta contraposição entre os ajustes realizados nos países desenvolvidos – previamente às privatizações – e a realidade dos países em desenvolvimento, é feita por Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Fácil é verificar que países em desenvolvimento vêm construindo estruturas de regulação em contextos muito distintos dos do mundo desenvolvido. Enquanto os países do mundo desenvolvido durante décadas desenvolveram políticas de planejamento e investimento em infra-estrutura e a universalização ao serviço público era uma tarefa praticamente cumprida, os países em desenvolvimento devem expandir as suas redes e

---

<sup>58</sup> LIMA, V.C., 2004, p. 35 et. seq.

<sup>59</sup> MOTTA, 2003a, p. 188.

<sup>60</sup> Ibid., p. 189.

promover a prestação dos serviços a muitos usuários tidos como não-econômicos<sup>61</sup>.

Vivian Cristina Lima salienta que o novo modelo de administração

não poderá ser calcado em lógicas puramente econômicas, pois envolve questões sociais indiscutivelmente necessárias na agenda do século XXI, voltadas todas a uma postura personalizadora, emancipatória e garantidora do homem como fim último de toda gestão administrativa<sup>62</sup>.

Destaca que a Constituição da República assegura um mínimo existencial, sendo dever do Estado observá-lo e corrigir as distorções sociais de forma a dar efetividade ao sistema constitucional:

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu um modelo social de Estado onde o patamar do mínimo existencial condiciona a implementação de inúmeras políticas públicas, as quais ao serem implantadas traduzem-se em justiça material, pois representam dignidade na medida que pretendem conferir a todos saúde, educação, moradia, saneamento básico, transporte coletivo, alimentação, renda básica, acesso à justiça, dentre outros<sup>63</sup>.

Para Paulo Roberto Ferreira Motta, as mudanças paradigmáticas do Estado contemporâneo e seus respectivos reflexos na Administração Pública, especialmente no campo regulatório, não implicam a “liquidação” do Direito Administrativo, mas sim sua redefinição, conforme justifica:

Primeiro, porque seria insustentável a posição de se derrogar, pura e simplesmente, todo um processo de acumulação cultural, como se o mesmo pudesse ser desprezado e substituído por outro, cujas raízes estão distantes de nossas origens e aspirações.

Segundo, porque a substituição da separação dos poderes e da legalidade estrita por um Direito Administrativo destituído de principiologia e tornado amorfo por importações irrefletidas geraria, apenas e tão-somente, um vazio principiológico, comportando uma exegese irresponsável, não social e contrária à dignidade da pessoa humana. Implicaria, assim, em adotar um conjunto normativo nascido de outras experiências, que não as nossas, brasileiras, como se fosse possível uma dicção que nega a aplicação material dos direitos constitucionais<sup>64</sup>.

Têmis Limberger, após tratar da aproximação entre o público e o privado, em virtude da transferência da execução de atividades antes estatais para a

---

<sup>61</sup> GROTTI, 2006, p. 42 et. seq.

<sup>62</sup> LIMA, V. C., 2004, p. 260.

<sup>63</sup> Ibid., p. 26.

<sup>64</sup> MOTTA, 2004, p. 75.

iniciativa privada, alerta quanto à ausência de controles aptos a resguardarem os direitos fundamentais:

Garcia-Pelayo utiliza o termo “complexo público-privado”, no sentido de que muitas das funções do Estado são levadas a efeito por entidades privadas ao mesmo tempo em que estas não podem cumprir seus fins privados sem participar das decisões estatais. A antiga distinção público e privado cede diante da tendência atual de privatização. Como consequência, cada vez mais serviços que eram prestados pelo Estado (saúde, previdência, educação, telefonia, segurança, etc.) deixam de ser públicos. Esse fenômeno demanda repensar os temas de direito público. A célebre dicotomia público/privado, que ocorreu no período do Estado Liberal, deve ser redimensionada nos dias atuais. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado. Depois da criação do Estado constitucional, todo o Século XIX foi uma construção jurídica no sentido de normatizar os poderes do Estado; o que se percebe ao final do Século XX foi justamente o dismantelamento destes controles e a ausência de construção de mecanismos eficientes, que de uma condição sólida passaram a líquida, parafraseando Zygmunt Bauman. Os mecanismos de controle que foram implementados ao longo de séculos são agora destruídos e nenhuma alternativa eficaz é apresentada<sup>65</sup>.

Em sentido oposto – tratando especificamente do controle sobre a ordem econômica – a Constituição Brasileira de 1988 dispôs sobre os princípios da atuação do Estado na ordem econômica. Estabeleceu que ao Estado compete a regulação e o incentivo do setor privado. Egon Bockmann Moreira observa que a economia brasileira assumiu o caráter de economia capitalista mista – parte estatal, parte privada –, conclusão esta que decorre de previsões constitucionais expressas, positivadas em princípios explícitos da ordem econômica. Afasta-se, portanto, a concepção liberal clássica de Estado, adstrito à manutenção do direito de propriedade privada, da livre iniciativa e do livre jogo das forças de mercado<sup>66</sup>.

É nesse sentido que Marçal Justen Filho pondera que “as perspectivas de redução da intervenção do Estado no domínio econômico, consagradas no final do séc. XX, devem ser enfocadas segundo a dimensão dos princípios jurídicos fundamentais”. É dever do Estado a realização satisfatória desses princípios<sup>67</sup>.

No cerne dos direitos fundamentais, na base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais, encontra-se a dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil (art.

---

<sup>65</sup> LIMBERGER, 2006, p. 62.

<sup>66</sup> MOREIRA, E. B., 2004, p. 62 et. seq.

<sup>67</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 49.

1º, III) e fim da ordem econômica (art. 170, *caput*). São estes princípios que resguardam os indivíduos para a pós-modernidade, resgatando as promessas da modernidade ainda não cumpridas nos países periféricos<sup>68</sup>.

A dignidade da pessoa humana é o limite positivo e negativo da atuação do Estado. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, o emprego da palavra dignidade pelo direito não se despoja de seu significado ético e filosófico e, por isso, tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana pensada em sua dimensão superior e para além da existência apenas de um ser dotado de físico:

A dignidade da pessoa humana passa a ser, pois, encarecida sobre qualquer outra idéia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta e se elabora a partir de então<sup>69</sup>.

A atuação do Estado na ordem econômica, sobretudo no segmento dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, deve, então, ser pautada pela concretização da dignidade da pessoa humana, assegurando o que se denomina “mínimo existencial” – “mínimo denominado existencial, definido pelo constituinte originário, configurando-se nos direitos sociais consagrados no texto constitucional, e por conseguinte, sendo expressado através da prestação de vários serviços públicos, tais como energia elétrica, água, saneamento básico, educação e saúde”<sup>70</sup>. A satisfação deste mínimo constitui-se na verdadeira razão da existência do Estado.

---

<sup>68</sup> Segundo Boaventura de Sousa Santos, há dois tipos de pós-modernidade: a) A pós-modernidade reconfortante (viés conservador), em que a realidade se reduz ao existente e; b) A pós-modernidade inquietante (viés mais crítico). Crítico, no sentido de que é necessária a transformação da realidade. Não acreditar nas velhas utopias. A pós-modernidade inquietante defende que, realmente, o Estado tinha metas utópicas, porém, enquanto o pensamento conservador vê que a realidade se reduz ao presente, o pensamento crítico acredita na possibilidade de uma teoria crítica. Acredita na possibilidade de uma transformação futura. A realidade jurídica não se reduz ao direito existente. É possível uma crítica e uma transformação (2001, p. 36).

<sup>69</sup> ROCHA, 1999, p. 31.

<sup>70</sup> LIMA, V. C., 2004, p. 142.

## 2.2 Os instrumentos de atuação do Estado

### 2.2.1 A intervenção estatal e sua necessidade

O estudo da Teoria Geral do Estado compreende pensamentos político-filosóficos de diferentes ordens, voltados à justificação da existência do Estado, suas destinações, seus fundamentos. Produto do contrato social para os iluministas. Instrumento de dominação da burguesia para a teoria marxista. Mínimo para a Escola Clássica da Economia. Intervencionista para Keynes. Subsidiário para os neoliberais. Independentemente de seus efetivos propósitos e de sua real natureza, fato é que o Estado sempre atuou e sempre atuará na sociedade e na economia, com intensidade oscilante – em um ritmo pendular – de acordo com o momento histórico. Vale dizer, a atuação é uma constante, seu grau, todavia, é variável<sup>71</sup>.

Conhece-se bem a razão para tanto: a ordem econômica sempre necessita da atuação do Estado<sup>72</sup>, seja para mantê-la – propiciando a superação de obstáculos conjunturais, seja para assegurar os interesses sociais – conflitantes, em regra, com os interesses empresariais<sup>73</sup>. O grau de atuação estatal é, em síntese, reflexo da constante tensão estabelecida entre os grupos econômicos fortalecidos e as forças produtivas.

---

<sup>71</sup> Salientam Alketa Peci e Bianor Cavalcanti: “É possível conceituar o Estado enquanto poder político, ou seja, estrutura organizacional e política que emerge da progressiva complexificação da sociedade e que garante a existência dos contratos e da propriedade, portanto, do próprio capitalismo (PEREIRA, 1995). Desta forma, a regulação, ou seja, a capacidade de o Estado regular e normatizar a vida econômica existe desde quando o próprio Estado existe” (PECI; CAVALCANTI, p. 10).

<sup>72</sup> Egon Bockmann Moreira trata com clareza que o mercado auto-sustentável somente poderia existir no plano teórico: “Logo, a perfeição concorrencial só pode existir no mercado ideal estabelecido em termos teóricos pelos economistas, com um número limitado de variáveis endógenas (mercadorias homogêneas; grande número de compradores e de vendedores; constante intensidade na oferta e procura; conhecimento perfeito, recíproco e simétrico das condições de mercado; ausência de barreiras à interlocução entre todos os compradores e todos os vendedores; ausência de barreiras ao ingresso ou saída de concorrentes). O preço das mercadorias é estabelecido pelo mercado ele mesmo. A conjugação de tantos requisitos outorga marcante nitidez à conclusão de que esse modelo jamais se implementaria de fato” (2004, p. 96 et. seq).

<sup>73</sup> O Supremo Tribunal Federal, tratando da intervenção estatal na ordem econômica, pronunciou-se no sentido de que, para que sejam realizados os fundamentos do art. 1º e os fins do art. 3º, da Constituição da República, é necessário que o Estado atue sobre o domínio econômico, sendo essa intervenção não só adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista (ADI 1950/SP, rel. Min. Eros Grau, 3.11.2005).

É de grande curiosidade o texto de autoria de George Soros, no qual aborda a indispensabilidade da intervenção estatal na ordem econômica, em que pese se tratar o autor de personalidade de grande expressão no mercado financeiro, ambiente no qual, na maior parte das vezes, pugna-se pelo afastamento do Estado das atividades privadas:

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<sup>74</sup>.

Calixto Salomão Filho defende a necessidade de propulsão pelo Estado do processo de desenvolvimento – não uma propulsão anticíclica, do tipo keynesiano:

É necessário 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<sup>75</sup>.

Para o autor, o Direito Administrativo é inapto para transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento, razão pela qual pugna pela aproximação entre as esferas pública e privada, orientada pelos princípios da ordem econômica:

De um lado, a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas. De outro, o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de Direito Público. Base fundamental

---

<sup>74</sup> SOROS, 2001, p. 11.

<sup>75</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 38.

para que esse regime funcione é a possibilidade de previsão dos fins da atividade econômica pelo Estado. É necessário, portanto, teorizar o conhecimento econômico, prevendo, com precisão, o fim das atividades dos particulares<sup>76</sup>.

[...]

Dados todos esses problemas, não por acaso a experiência empírica com o controle dos agentes privados através do regime jurídico do Direito Público é muito pobre. Se o regime das concessões iria substituir, com vantagem, o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro, tem-se mostrado ineficaz, pois, a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo. Controles de preços são contornados através da diferença de qualidade, de continuidade, de atendimento ao usuário etc.<sup>77</sup>

[...]

Cumpra, então, redefinir a forma de intervenção regulatória do Estado, reestruturando a relação esfera pública/esfera privada. Os princípios acima discutidos são fundamentais para essa reorientação. Sugerem uma interpenetração entre esfera pública e esfera privada. O objetivo comum e unificador da ação privada estatal passa então a ser a busca do conhecimento econômico<sup>78</sup>.

Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa trata da inafastabilidade da regulação estatal. Saliencia que é preciso desenvolver processos que falem a linguagem do mercado e que promovam tanto a responsabilidade social das empresas, quanto a percepção social e empresarial de que o comportamento que beneficia a coletividade pode ser-lhe proveitoso. Somente os mecanismos jurídicos – embora limitados – podem determinar a inserção do tema com a ênfase devida. “É certo que muita indignação acontece quando o Estado ‘interfere, burocratiza, dificulta’ a vida do cidadão, mas o Estado existe para promover fins sociais que nem sempre atendem a todos os cidadãos”<sup>79</sup>.

Prossegue a autora dizendo que a flexibilidade das leis encontra limites no respeito à vida e à liberdade do outro. A lógica do mercado, entretanto, é incapaz de preservar estes limites. Mas, se o mercado abstrai a existência do “outro”, a função do direito é afirmá-la, tendo em vista que os direitos são condicionados ao atendimento da sua função social. “O poder é do povo e para o povo. A propriedade é meio para se viver com dignidade. E a liberdade é uma

---

<sup>76</sup> Ibid., p. 57 et. seq.

<sup>77</sup> Ibid., p. 58 et. seq.

<sup>78</sup> Ibid., p. 59.

<sup>79</sup> BESSA, 2006, p. 147.

liberdade que convive com a liberdade de todos os outros e implica proporcionar a todos a condição de exercê-la sob suas diversas manifestações”<sup>80</sup>.

### 2.2.2 Princípios constitucionais da ordem econômica

Na tentativa de equacionar os conflitos de interesse entre o econômico e o social, o Estado Contemporâneo trouxe, em suas constituições, princípios norteadores da relação Estado-Economia<sup>81</sup>. Diogo de Figueiredo Moreira Neto assegura que a ascensão da ordem econômica, em nível constitucional, fez-se imperiosa, dadas as peculiaridades do campo aqui tratado: a aproximação entre o público e o privado. Faz-se, assim, necessário assentarem-se os princípios da ordem econômica, estabelecendo, com autoridade constitucional, os limites e as formas da atuação do Estado na esfera econômica:

A ordem econômica espontânea não se conformará jamais a quaisquer conjuntos de valores racionalmente escolhidos. Ela é errática, rebelde e segue valores pragmáticos próprios, como a da busca do lucro e o da competição. Por esse motivo ela não prescindirá de preceitos corretivos. Mas, por outro lado, esses preceitos necessitam estar coerentemente dispostos e segundo valores previamente definidos para que possam ser justos e eficientes em sua aplicação<sup>82</sup>.

Aponta o autor que os princípios da ordem econômica possuem dupla finalidade. Primeiramente, destinam-se à proteção de valores fundamentais, orientados pela liberdade, notadamente a liberdade econômica, compreendendo a liberdade de iniciativa, de empresa, de lucro, de competição, de contratação e de apropriação do produto (direito de propriedade). Por outro lado, há uma finalidade de correção das agressões a esses valores, orientando-se pela igualdade, buscando a

---

<sup>80</sup> Ibid., p. 158.

<sup>81</sup> Criticamente, George Soros adverte que as políticas fundadas na soberania estatal não são aptas a gerenciar o capitalismo no mundo: “Podemos falar em um triunfo do capitalismo no mundo, mas não ainda em um triunfo da democracia. Há uma grave desproporção entre as condições políticas e econômicas que prevalecem no mundo hoje. Temos uma economia global, mas as disposições políticas ainda fundamentam-se com firmeza na soberania do Estado. Como as necessidades de uma sociedade global podem ser conciliadas com a soberania dos Estados? Esse é problema crucial com que nos defrontamos hoje” (2001, p. 10).

<sup>82</sup> MOREIRA NETO, 1994.

afirmação da solidariedade no campo econômico e, por conseqüência, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>83</sup>.

Oportuna a lição de Calixto Salomão Filho:

O Estado cada vez mais fraco é cada vez menos capaz de transmitir ao mercado, através de sua atuação direta, preferências dos eleitores no campo econômico. O domínio econômico é cada vez menos controlável pela esfera política que, ao contrário, com cada vez mais freqüência a controla.

Se assim é, então é preciso cogitar de princípios e valores que permitam controlar a esfera econômica sem depender necessariamente dos influxos da esfera política. Ora, isso só pode ser feito caso a esfera econômica se torne capaz, por si só, de identificar seus problemas e mudar seus destinos. Isso, por sua vez, só pode ser obtido em presença de um princípio de democracia econômica onde todos conhecem suas preferências e têm igual direito de voto no campo econômico. Isso é tudo o que não ocorre nas economias subdesenvolvidas. Isso é tudo o que a regulação da atividade econômica deve buscar<sup>84</sup>.

O ordenamento jurídico estabelece os valores que devem pautar a atuação estatal. Estes preceitos vinculam a atuação do Estado e o obrigam a intervir sempre que a esfera privada violar esses mandamentos. Veja-se a abordagem de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segue-se que em matéria econômica e social toda a legislação, toda a disciplina que o Estado venha a estabelecer, toda a política que traçar, todos os atos que praticar obrigatoriamente deverão, sob pena de inconstitucionalidade, orientar-se em prol da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho, da função social da propriedade, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, da repressão ao abuso do poder econômico e da expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Em conseqüência, agravar a livre iniciativa, desvalorizar as forças de trabalho, estimular o uso egoístico e anti-social da propriedade, fomentar a desarmonia entre as categorias sociais de produção, permitir ou favorecer o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência, o incremento de lucros arbitrários e deprimir as oportunidades de emprego produtivo são comportamentos que o Estado não pode realizar nem tolerar que outros – pessoas públicas ou privadas, governamentais ou particulares – os realizem<sup>85</sup>.

Fábio Konder Comparato aborda a vinculação dos preceitos da ordem econômica – incluindo aí a atuação estatal no domínio econômico – aos

---

<sup>83</sup> Ibid., p. 689.

<sup>84</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 142.

<sup>85</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 48.

princípios constitucionais fundamentais, dentre eles a soberania popular e o respeito aos direitos humanos:

[...] os princípios da ordem econômica e social, ainda quando explicitados no texto normativo, consideram-se subordinados, todos eles, aos princípios fundamentais da soberania popular e do respeito aos direitos humanos [...]

[...] mesmo no campo limitado da ordem econômica, é preciso não esquecer que a enumeração de princípios, constante do citado artigo de nossa Constituição [art. 170], assim como a declaração dos valores fundamentais da livre iniciativa e do trabalho humano, acham-se subordinados aos ditames da justiça social, sendo esta, indubitavelmente, o critério supremo nessa matéria.

Tudo isso justifica, fundamentalmente, a admissibilidade de restrições – interpretativas ou legislativas – à aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica, ao mesmo tempo em que dá a medida da legitimidade dessas restrições. A liberdade empresarial, como se disse, não pode ser tomada em sentido absoluto, o que equivaleria a desvincular a ordem econômica, como um todo, da diretriz superior da justiça social. Mas as restrições ao exercício dessa liberdade não podem ser de tal monta que acabem por eliminá-lo em concreto<sup>86</sup>.

Calixto Salomão Filho salienta que, na época atual, parece haver consenso de que o Estado, como gestor distante e abstrato, não cumpre a contento suas funções, o que implica atribuir-lhe outra função – a redistribuição das riquezas. “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”<sup>87</sup>. Conclui que a redistribuição vem a ser a “única forma de expandir, de forma estruturada e linear, o consumo pela sociedade”<sup>88</sup>.

A função redistributiva do Estado é o fundamento para a universalização dos serviços públicos, a qual, via de regra, apresenta-se não lucrativa, já que implica estender a prestação até localidades longínquas, habitadas por cidadãos com baixo ou nenhum poder aquisitivo. Obviamente, empresas privadas não explorarão serviços neste segmento. É necessário do Estado o exercício do fomento ou mesmo que assuma diretamente a atividade<sup>89</sup>. Este deve ser o norte da atuação do Estado no domínio econômico.

---

<sup>86</sup> COMPARATO, 1991, p. 23.

<sup>87</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 41.

<sup>88</sup> Ibid., p. 143.

<sup>89</sup> Ibid., p. 42.

### 2.2.3 A intervenção na ordem econômica e seus instrumentos

Guiado pelos 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<sup>90</sup>.

A intervenção, leciona 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. Por meio deles, o Direito prescreve as ações devidas para assegurar o primado dos princípios de correção através de quatro funções econômicas básicas: a regulatória, a concorrencial, a monopolística e a sancionatória<sup>91</sup>.

Pela intervenção regulatória, o Estado impõe disciplina aos processos econômicos, excepcionando as práticas espontâneas. Pela concorrencial, o Estado propõe-se a substituir a iniciativa da sociedade. Pela monopolística, o Estado se substitui à sociedade, com exclusividade, em etapas do processo econômico, notadamente produção de bens e serviços. E, por fim, pela sancionatória, o Estado pune os abusos e excessos praticados pelos agentes econômicos.

Eros Roberto Grau distingue três modalidades de intervenção: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; e c) intervenção por indução<sup>92</sup>. Na primeira hipótese, o Estado se comporta como agente econômico. Se o faz por absorção, assume integralmente o controle dos meios de

---

<sup>90</sup> MOREIRA NETO, 1994, p. 681 et. seq.

<sup>91</sup> Ibid., p. 689.

<sup>92</sup> GRAU, 2001, p. 168.

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 desenvolvendo o Estado a regulação da atividade econômica. Por direção, estabelece 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”<sup>93</sup>. São normas dispositivas e não cogentes, como ocorre na direção. O descumprimento não implica em sanção, porém o contrário trará benefícios.

Em seu art. 174, a Constituição conferiu ao Estado o papel de agente normativo e regulador da economia<sup>94</sup>. Surge, por conseguinte, a necessidade de fixação dos papéis a serem assumidos pelo Poder Público em suas relações com o mercado e com a sociedade, em função, sobretudo, como foi visto, do redimensionamento das estruturas estatais. Adentra-se, assim, no campo da regulação econômica.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, “[...] a regulação estatal compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo)”<sup>95</sup>. É preciso que se ressalte que a regulação econômica, compreendida de alguma forma como a atuação estatal voltada à manutenção do mercado, ajustando suas incorreções naturais, não se destina apenas a este fim. Volta-se a regulação não

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 169.

<sup>94</sup> O art. 29 da Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões) destaca a obrigação do Poder Público regular e fiscalizar a prestação dos serviços: “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço”.

<sup>95</sup> MARQUES NETO, 2003, p. 71.

somente à correção das falhas do mercado, mas também à consecução do interesse público<sup>96</sup>.

Destaca, neste 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)<sup>97</sup>.

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 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)<sup>98</sup>.

O conceito de regulação estatal dado por Alexandre Santos de Aragão é elaborado nos seguintes 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

---

<sup>96</sup> Embora não seja objeto desta pesquisa, importa registrar que a doutrina menciona a possibilidade de deturpação do sistema regulatório estatal, ao que se denomina de “teoria da captura”. Segundo esta, o Estado intervém no mercado, ao mesmo tempo em que os empresários procuram “intervir” no Estado. É constante a tentativa no sentido de dirigir a intervenção estatal. Sobre o tema, consultar: FAGUNDES, 2002, p. 251 et. seq.

<sup>97</sup> MARQUES NETO, 2003, p. 73.

<sup>98</sup> SUNDFELD, 2000, p. 23.

sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis<sup>99</sup>.

Bastante perspicaz é a abordagem do Prof. Paulo Roberto Ferreira Motta no sentido de que a regulação não é algo novo no mundo jurídico. Trata-se na verdade do mesmo instituto que, em outras épocas, recebeu a denominação de poder de polícia ou de limitações à propriedade e à liberdade econômica, o qual, em sua essência, pouco difere da atual noção de regulação:

[...] a regulação nada mais é do que um processo jurídico de aprofundamento e transbordamento do poder de polícia, que também é uma intervenção pública sobre dada atividade, realizada de modo prolongado e localizada, sendo que a intervenção se justifica perante o Direito em virtude da atividade regulada ser tida como de relevância social. Seu caráter cambiante reside exatamente neste tópico, ou seja, como a sociedade evolui, aquilo que ontem era tido como de relevância social, no presente não é, e no futuro pode voltar a ser<sup>100</sup>.

[...]

Os aportes antes expostos permitem concluir, e construir o conceito, de que a regulação nada mais é do que o processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público, de limitação (mínima, média ou máxima, conforme a opção ideológica do legislador) à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Quando direcionada à atividade privada, estabelece um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes do mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime de especial sujeição e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos-usuários<sup>101</sup>.

Embora a atividade regulatória seja, em sua essência, manifestação do poder de polícia, há que se ressaltar que a regulação dos serviços públicos possui peculiaridades que a distinguem do exercício típico do poder de polícia. A regulação dos serviços públicos é muito mais intensa e extensa. Abrange a fixação de *standards* de serviço, de tarifas e a própria estrutura organizacional e funcional das empresas concessionárias.

Carlos Ari Sundfeld bem estabelece a diferenciação entre o poder de polícia clássico – ao que denomina direito administrativo ordenador – e a regulação dos serviços públicos. Quando os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a Administração uma relação jurídica específica e, portanto, submetem-se a

---

<sup>99</sup> ARAGÃO, 2002, p. 37.

<sup>100</sup> MOTTA, 2003a, p. 196 et. seq.

<sup>101</sup> Ibid., p. 209.

poderes específicos. Contrariamente, quando atuam no campo privado, submetem-se a poderes genéricos, exercidos excepcionalmente:

enquanto os poderes da Administração, nos vínculos específicos com os particulares, lhe são conaturais e, portanto, tão extensos quanto necessários, os poderes genéricos da Administração frente aos particulares existirão se, quando, como e na medida em que expressamente previstos em lei<sup>102</sup>.

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, citando Héctor Jorge Escola, trata da abrangência da competência regulatória, a ser exercida pelo poder concedente, destacando seus quatro aspectos fundamentais:

[...] material, quanto às condições de prestação do objeto do contrato; técnica, quanto à observância das determinações estabelecidas nos projetos e cláusulas regulamentares pela Administração Pública, inclusive quanto aos processos tecnológicos; a financeira, referente à fixação das tarifas, bem como do equilíbrio econômico-financeiro; e legal, referente à compatibilidade com as prescrições legais e regulamentares<sup>103</sup>.

A competência regulatória confere ao poder concedente o dever de fiscalizar a adequação do serviço, corrigindo-o caso seja necessário, podendo inclusive, em situações extremas, determinar a extinção da delegação.

#### **2.2.4 A finalidade da atuação estatal**

A atuação estatal assume importância crucial diante do processo de desestatização. Afastando-se o Estado da prestação direta de serviços públicos, por meio das empresas estatais, é preciso que se estabeleçam marcos regulatórios precisos, valendo-se dos instrumentos antes descritos, de tal forma que os direitos inerentes à cidadania restem preservados, promovendo-se a proteção jurídica dos destinatários dos serviços públicos que não podem estar sujeitos aos efeitos maléficos dos desideratos perseguidos pelo capital privado.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti ressalva que a titularidade dos serviços públicos e, portanto, a responsabilidade última por sua prestação, continua

---

<sup>102</sup> SUNDFELD, 2003, p. 23 et. seq.

<sup>103</sup> BITTENCOURT, 2003, p. 72.

sendo do poder concedente<sup>104</sup>, enunciado justificado por Marcos Juruena Villela Souto na própria natureza dos serviços, uma vez que foram instituídos pela sociedade para a produção do bem-estar. Sempre que de suas ações ou omissões não resultar o bem, deve ele ser obrigado a restaurar o equilíbrio<sup>105</sup>.

A Ordem Econômica, regulada e fomentada pela atuação estatal, “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CR). Propositivamente, ao estabelecer as diretrizes da Ordem Econômica, a Constituição traz princípios e fundamentos conflitantes – de um lado, princípios de reserva à intervenção estatal (propriedade privada e livre concorrência), de outro, princípios inalcançáveis sem alguma intervenção estatal de caráter distributivo (por exemplo, a redução das desigualdades regionais e sociais).

Esse aparente conflito mostra a intenção do constituinte em adotar a intervenção estatal apta a assegurar as condições de permanência da liberdade econômica e, ao mesmo tempo, implementar objetivos de interesse geral, como a universalidade dos serviços públicos. A melhor solução para o conflito aparente entre os princípios constitucionais – a adequada ponderação entre esta colisão – está na prevalência da dignidade humana, o que pode ser concretizado pela universalidade dos serviços públicos<sup>106</sup>. Segundo Egon Bockmann Moreira:

Esses contrastes põem o intérprete diante da potencialidade de conflitos entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da liberdade de empresa. Constatação que conduz a cogitações acerca da ponderação dos interesses (ou bens) na Constituição de 1988. O que, sem dúvida alguma, tem como premissa cognitiva a superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> GROTTI, 2003, p. 352.

<sup>105</sup> SOUTO, p. 127.

<sup>106</sup> Sobre a aplicação das normas constitucionais, Friederich Müller assim se pronuncia: “4. *Princípio da unidade da constituição*. Esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A ‘unidade da constituição’ enquanto visão orientadora (Leitbild) da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um *arcabouço de normas*. Este, por um lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si (*in sich ruhend*), mas forma, por outro lado, provavelmente um todo integrado como sentido. No quadro do que ser argumentativamente defendido e fundamentado em termos de método, o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições que apareçam como resultados parciais no processo da concretização de modo a harmonizá-las umas com as outras no resultado” (2000, p. 84). Sobre o tema, consultar: BARROSO, 1999; SARMENTO, 2000.

<sup>107</sup> MOREIRA, E. B., 2004, p. 64.

A imperiosidade da preservação da dignidade humana obriga o Estado a assegurar aos cidadãos o acesso aos serviços públicos, bem como a qualidade destes, prestados por quem quer que seja, consoante previsão constitucional inserta no art. 175, II. Nesse sentido, impõe-se que seja observado o efetivo respeito aos princípios norteadores da prestação de serviços desta natureza, integrantes do denominado regime jurídico-administrativo<sup>108</sup>.

A questão crucial está em que certos serviços, destinados a alguns segmentos da sociedade, possibilitam o lucro, sendo, portanto, atraentes sob a ótica dos entes privados. Outros, contudo, são absolutamente deficitários, o que exige do Estado postura que viabilize sua prestação. Importa destacar a atividade de fomento a qual pode se dar, dentre outras formas, por meio de subsídios.

Vivian Cristina Lima defende que o enfoque economicista, o qual condiciona a prestação do serviço à obtenção de lucro, não pode ser adotado frente aos direitos fundamentais, devendo ser implementados mecanismos alternativos de forma que o serviço público seja por todos fruível:

O que não se admite é uma visão exclusivamente econômica da problemática, desprezando-se a realidade social brasileira, que ainda carece do estabelecimento do mínimo existencial, assim entendido como aquele que satisfaz as necessidades básicas de dignidade de cada um, definido como direito fundamental na Constituição de 1988 a partir dos direitos sociais consagrados em seu texto. Assim, o serviço público é materialmente o elemento de transformação da sociedade e da concretização do interesse público<sup>109</sup>.

Enquanto existem serviços públicos, ao menos em segmentos determinados, que propiciam a obtenção de lucros e, outros, em que esta realização se mostra inviável, as empresas privadas são constituídas precipuamente para auferir lucros. Segundo Egon Bockmann Moreira:

Os investimentos são feitos e as empresas são organizadas para gerar lucros. Quaisquer conseqüências outras (dignidade da pessoa humana, justiça social etc.) são estranhas ao escopo primário do investimento

---

<sup>108</sup> Este regime, de caráter público, compreende, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] a estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio nom adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc.” (2001, p. 601).

<sup>109</sup> LIMA, V. C., 2004, p. 100 et. seq.

privado, configurando conseqüências impertinentes. Numa perspectiva ultraliberal, quanto mais vantajosa, mais dinâmica e flexível a organização empresarial, proporcionalmente menores serão as suas preocupações sociais. Não se podem deter expectativas quanto a limitações espontâneas por parte do mercado na busca do lucro ou de procura ao atendimento à dignidade da pessoa humana<sup>110</sup>.

O maior desafio da regulação estatal resume-se a equacionar a liberdade de empresa – a ela inerente o direito de realização de lucros –, com os direitos fundamentais, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana. A questão assume maior relevo quando o objeto da atividade empresarial enquadra-se no conceito de serviço público, hipótese em que a colisão entre os interesses privados e públicos pode acarretar prejuízo a bens jurídicos essenciais.

Nessa perspectiva de ajustar a atividade empresarial à função social que representa, coibindo comportamentos individualistas, surge a necessidade da constante regulação estatal, voltada a ajustar as empresas aos princípios da ordem econômica. Marçal Justen Filho desenvolve melhor este raciocínio:

Livre empresa não significa ausência de submissão ao controle público. A redução da atuação direta estatal deve ser acompanhada pelo incremento de instrumentos de acompanhamento e fiscalização da atividade empresarial. Esses instrumentos poderão ser similares aos desenvolvidos relativamente ao próprio Estado. O tema já vem se desenvolvendo no âmbito do Direito do Consumidor, mas deverá generalizar-se a aplicação ao campo empresarial do arsenal jurídico desenvolvido para controlar a ação estatal. Assim, é imperioso instituir uma espécie de sistema de *checks and balances* atinente à própria atividade empresarial. Como via principal de partilha do poder, cabe ressaltar a necessidade de continuidade de existência do próprio Estado<sup>111</sup>.

[...]

O postulado da livre concorrência e a reserva preferencial do exercício da atividade econômica para os particulares atribuem enorme relevo para o instituto da empresa. Mas a situação adquire novas características com a dita 'nova ordem mundial'. Verifica-se a tendência à ampliação do âmbito da atividade lucrativa e de moldar-se toda atuação pública e privada segundo os padrões empresariais.

Reputando que tal seja uma evolução inevitável, ter-se-á de tomar consciência da impossibilidade de subordinar todos os setores da existência humana pelo paradigma da eficiência empresarial. Há valores e conquistas individuais e sociais que sobrepõem as concepções gerenciais de administração de negócios. O parâmetro fundamental da sociedade – e assim o consagra nossa Constituição – é o ser humano e sua inalienável e irredutível dignidade<sup>112</sup>.

De acordo com Egon Bockmann Moreira:

<sup>110</sup> MOREIRA, E. B., 2004, p. 69.

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 131.

<sup>112</sup> Ibid., p. 133.

Assim, cumpre ao Estado estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição da riqueza. Isso através da regulação normativa ou da intervenção direta – regulando ou agindo, cabe ao Estado gerar os benefícios sociais que o mercado não produz. Essa é a leitura que se propõe à Ordem Econômica da Constituição de 1988<sup>113</sup>.

[...]

O Estado detém instrumentos adequados, oriundos do sistema jurídico, que permitem a intervenção corretiva e a intervenção instauradora (ambas pró e/ou contra o mercado). A concepção da propriedade (empresarial, inclusive) como um direito que deve cumprir uma função social determina a sua sujeição às conveniências sociais (respeitado, é claro, o próprio direito de propriedade e os limites da lei). O que abrange as intervenções com lastro na defesa estatal do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>114</sup>.

Paulo Roberto Ferreira Motta atribui à regulação a submissão dos serviços públicos ao regime jurídico de direito público, impondo-se a prestação “de forma contínua e segura, indispensáveis e fundamentais à universalização”<sup>115</sup>.

Frisa o autor que a intensidade da regulação será determinada pelo agente regulador, dependendo das esferas de interesse que regule<sup>116</sup>. A intensidade será maior se, em determinado momento histórico, conferir-se maior relevância ao setor regulado e, contrariamente, será menos intensa, caso a relevância seja também menor<sup>117</sup>.

Com a intensidade necessária para promover a redistribuição das riquezas, assegurando-se a dignidade humana, a finalidade da regulação estatal é a universalidade dos serviços públicos.

---

<sup>113</sup> MOREIRA, E. B., 2004, p. 69.

<sup>114</sup> Ibid., p. 72.

<sup>115</sup> MOTTA, 2003a, p. 209.

<sup>116</sup> Id., 2004, p. 72.

<sup>117</sup> Sobre a intensidade da regulação estatal, Floriano de Azevedo Marques Neto analisa que: “Em suma, a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência admite infinitos matizes. Variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos). Variará de abrangência e de intensidade, conforme se houver, respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica) e agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador), sopesando em cada momento, o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação” (2003, p. 76).

### 2.2.5 Limites da atuação estatal

Para a fixação dos limites da atuação do Estado deve ser considerado que a Constituição instituiu o regime capitalista de mercado, o que implica em restrições ao poder regulatório do Estado. Há que se ter critérios em relação à regulação econômica estatal, pois, por meio desta – ainda que se exclua a intervenção direta –, pode-se restringir o campo de ação do particular, assegurado constitucionalmente<sup>118</sup>.

A regulação sem a adequada intensidade pode subverter o sistema constitucional, fazendo com que o particular assuma funções para as quais não foi constituído. Deve assim ser proporcional e razoável, equacionando as premissas do mercado com os interesses sociais preteridos. Veja-se a explanação de Egon Bockmann Moreira:

Aclare-se que com isso não se está a sustentar que o empresário se tornou um órgão público nem que a sua propriedade foi convertida num bem coletivo colocado à disposição do Estado unicamente para a obtenção de resultados socialmente úteis. Mesmo porque “a idéia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à *propriedade privada*”. O que se advoga é uma concepção teleológica da liberdade empresarial, quando em ponderação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A função se sobrepõe à estrutura, conferindo uma nova dimensão ao escopo da atividade empresarial. O controle dessa relação é dever do Estado, desde que proporcional e legimitado pelo Direito<sup>119</sup>.  
[...]

Ou seja, há de ser reconhecido o fato que autorize a intervenção (falha do mercado, desvio de conduta dos agentes, problemas de infra-estrutura etc.) e, com lastro nesse fato, ponderar o fundamento e a dimensão da atividade interventiva, bem como o seu formato (se de gestão ou regulatória). Mais do que isso, as intervenções hão de ser econômica e juridicamente eficientes: sob o primeiro ângulo, os benefícios devem sobrepujar os custos; sob o segundo, há de existir uma plena obediência à *rule of law*. Isso em todos os níveis interventivos: quer no altiplano das políticas econômicas, quer em termos legislativos e regulatórios, quer no momento de implementação concreta da ação econômica estatal<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Segundo Egon Bockmann Moreira: “Não se pode chegar a ponto de pretender uma subversão da essência econômica da Constituição, lendo a possibilidade da intervenção estatal na economia ao lado da dignidade da pessoa humana e justiça social como um critério legitimador de maior e desenfreada participação do Estado no cenário econômico. Não se pode pretender elevar ao máximo determinados princípios, a ponto de inviabilizar o exercício de liberdades garantidas de modo expreso no texto constitucional (liberdade de empresa, de iniciativa, de concorrência etc.). O sistema permanece o mesmo, qualificado por sua ‘humanização’ (2004, p. 76 et. seq.).

<sup>119</sup> Ibid., p. 75.

<sup>120</sup> Ibid., p. 82.

As considerações de Paulo Roberto Ferreira Motta são bastante elucidativas:

Do mesmo modo, que fique assentado que regular não é, e nem pode ser, sufocar a iniciativa privada, com políticas de intervenção destituídas de razoabilidade e proporcionalidade. A intervenção no mercado deve visar a correção do mesmo, e não a extinção da atividade econômica empresarial. Do contrário, seria crer que o Estado pode tudo, quando na verdade ele é apenas um, e nem sempre o mais importante, ator do processo econômico. Contudo, mesmo não sendo o protagonista, a sua ausência (ou retirada como gostam de sustentar os neoliberais) impede a eficácia e eficiência de qualquer projeto de desenvolvimento sustentado<sup>121</sup>.

A regulação é justificada, portanto, caso hajam objetivos de interesse público que o mercado, em sua livre manifestação, não lograria alcançar.

Floriano de Azevedo Marques Neto classifica esses limites em limites horizontais e limites verticais<sup>122</sup>. Os horizontais são limites à abrangência da regulação estatal. Regem-se pelo princípio da subsidiariedade – não só em relação aos atos administrativos, mas também em relação à atividade legislativa –, cujo pressuposto filosófico é a suposição de que as instituições sociais prescindem do Estado para resolver a maior parte dos problemas do convívio social.

Afirma o autor:

A atuação estatal sobre o domínio econômico há de se residual. Isso não a faz desnecessária ou dispensável. Ela é imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial etc.). Apenas existindo uma e outra situação é que se fará cogitável a ação estatal sobre o domínio econômico. As mesmas peias genéricas que se põem para a atuação estatal direta na economia, existem para restringir a atuação regulatória no domínio econômico<sup>123</sup>.

Os limites verticais regem-se pelo princípio da proporcionalidade – a restrição à liberdade, ditada pela afirmação legal da autoridade, não pode ser maior do que o necessário ao atingimento da finalidade justificadora da restrição. São, portanto, restrições à intensidade e à profundidade da regulação.

---

<sup>121</sup> MOTTA, 2003c, p. 139.

<sup>122</sup> MARQUES NETO, 2003, p. 77.

<sup>123</sup> Ibid., p. 82.

O critério mais convincente a justificar a intervenção estatal no domínio econômico é a necessidade de implementação do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Egon Bockmann Moreira: “A sensatez da intervenção pública na Economia é oriunda do atendimento aos interesses postos à guarda do próprio Estado, entre os quais assume o primeiro lugar a dignidade da pessoa humana”<sup>124</sup>.

É justamente por constituir-se o princípio da dignidade da pessoa humana em justificativa para a intervenção estatal que esta passa a estar mais presente em matéria de serviços públicos. Neste segmento, o Estado tem o dever de atuar de maneira incisiva, tendo em vista que vem a se constituir em instrumento para a concretização do princípio constitucional antes mencionado.

### **2.2.6 As agências reguladoras**

No Brasil, nos moldes do modelo norte-americano, as funções de regulação e fiscalização passaram a ser exercidas pelas agências reguladoras, as quais foram dotadas de grande poder, em detrimento dos próprios Ministérios. Compete, assim, a elas normatizar e fiscalizar os serviços públicos, cuja prestação foi delegada à iniciativa privada.

Justifica-se o modelo das agências, em virtude da necessidade de se tomarem decisões no tempo exigido pelo mercado, velocidade esta inatingível na hipótese de se percorrer, em sua integralidade, o processo legislativo. Não se desconsidera, por outro lado, a habilitação técnica das agências – já que integradas por profissionais com reconhecida qualificação na área em que atuam – o que se mostra imprescindível frente à complexidade do setor regulado, inclusive no que se refere às inovações tecnológicas, demasiadamente voláteis.

Espera-se das agências que, valendo-se do elevado potencial de trabalho de que foram dotadas, implementem políticas públicas eficazes nos setores em que atuam, de forma a assegurar a adequação dos serviços públicos nos setores regulados.

---

<sup>124</sup> MOREIRA, 2004, p. 89 et. seq.

Confere-se às agências reguladoras, dentre outras, a função de coibir a tendência natural de se estabelecer o monopólio no mercado e, ainda, a de procurar a conciliação entre os interesses público e privado. As agências reguladoras de serviços públicos são órgãos destinados à preservação do equilíbrio nas relações jurídicas existentes entre os prestadores de serviços públicos e seus usuários, exercendo, portanto, atividade de regulação do mercado. Segundo Paulo Roberto Ferreira Motta: “Este conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses políticos do Estado, mediante o atuar das agências reguladoras [...]”<sup>125</sup>.

No Brasil, as agências reguladoras foram instituídas a partir de 1990, diante de um cenário econômico de supressão às restrições ao capital estrangeiro e de flexibilização dos monopólios estatais, tais como o do gás e das telecomunicações (Emenda Constitucional n. 09). As atividades, antes desenvolvidas pelo Estado, deixaram de ser estatais, mas, como foi visto, continuaram a ser públicas.

Às agências reguladoras compete o exercício das seguintes atribuições<sup>126</sup>: i) instituir regras e procedimentos; ii) controlar as tarifas; iii) promover a universalização dos serviços; iv) assegurar a competitividade ou impedir abusos; v) fiscalizar o cumprimento dos contratos, zelando pela qualidade dos serviços, à luz do princípio da eficiência, que norteia as atividades da administração pública; e, vi) arbitrar conflitos, porventura existentes, estabelecidos entre o poder concedente, as concessionárias e os usuários. Neste ponto, cumpre ressaltar que o direito brasileiro não exclui a apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXV, CF), como ocorre em outros países em que as agências reguladoras exercem um poder “quase judicial”.

As agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquias especiais e, por consequência, exercem funções típicas do Estado (poder de polícia e fomento da iniciativa privada). São criadas por lei de iniciativa do Poder Executivo.

---

<sup>125</sup> MOTTA, 2000, p. 42.

<sup>126</sup> Segundo Alketa Peci e Bianor Cavalcanti: “As agências devem considerar que estão lidando com atores desiguais. As concessionárias e o próprio Governo apresentam muito mais força e poder de articulação que os usuários desorganizados e desarticulados dos serviços públicos. Conseqüentemente, para que o equilíbrio tão desejado seja alcançado, não pode e não deve dar-se a todos os atores um tratamento igual. Se o usuário não procura as agências, nas audiências e consultas públicas, não liga para a central de atendimento grátis etc., cabe à agência ir até o usuário” (p. 26).

O caráter especial dessas autarquias deve-se, dentre outros, à ampla autonomia econômico-financeira e à estabilidade de seus dirigentes.

No que se refere aos procedimentos de controle, adotados pelas agências reguladoras no Brasil, há que se ressaltar que devem observância ao princípio do contraditório. Valem-se das audiências públicas e dos mecanismos de participação popular.

As agências reguladoras exercem, com algumas nuances, funções normativas, administrativas e jurisdicionais. No exercício de suas atribuições, devem observar não somente os pleitos dos empresários do setor regulado e os princípios da administração privada, mas, sobretudo, os direitos fundamentais dos cidadãos, efetivados, dentre outras formas, pela oferta de serviços públicos adequados.

Observa-se, no entanto, situação diversa. 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 – alerta que as agências reguladoras têm marcado sua atuação pela reatividade, limitando-se à aplicação de multas diante de eventuais ilegalidades praticadas pelas concessionárias<sup>127</sup>. Consta do relatório:

Alguns aspectos nos permitem concluir que as agências são reativas e não pró-ativas, como por exemplo: a) o descompasso entre sua atuação e as políticas setoriais de infra-estrutura desenvolvidas pelos diversos municípios; b) a absoluta falta de integração entre as metas desenvolvidas pelos setores e a Agenda 21; c) a ausência de normas claras e produzidas em processo democrático sobre política tarifária; d) ausência de mecanismos efetivos e que envolvam a participação do consumidor no acompanhamento da qualidade do serviço, entre outros<sup>128</sup>.

Com acerto, Vitor Rhein Schirato indica a necessidade de atuação das agências reguladoras para garantir o desenvolvimento nacional. Entende ser fundamental que tal atuação assegure a universalização dos serviços públicos<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> IDEC, 2002, p. 23.

<sup>128</sup> Ibid., p. 23 et. seq.

<sup>129</sup> SCHIRATO, 2005, p. 89.

## 3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS

### 3.1 Noções sobre serviço público

A Revolução Francesa é um marco histórico fundamental para o estudo dos serviços públicos. Na verdade, anteriormente a este episódio – de conteúdo bastante profundo para a sociedade ocidental –, o Estado possuía feições totalmente diversas das atuais. Na Idade Média, a noção de poder estava associada a fatores de ordem teocrática, sendo o rei o representante da divindade na terra.

Até então, atividades análogas aos serviços públicos eram desenvolvidas, mas suas características distinguiam-se da verdadeira natureza dos serviços públicos, porque não eram necessariamente coordenadas pelo Estado.

O Estado Moderno, com a perspectiva do modelo atual, surge apenas após a Revolução Francesa e com ele a primeira noção de serviço público. Esta aceção 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<sup>130</sup>, 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.

---

<sup>130</sup> Paralelamente, nos países anglo-saxões, desenvolveu-se o conceito de serviço público de forma diversa. Tratava-se da noção das *public utilities*. Através 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.

Os estudos clássicos sobre serviços públicos, portanto, partiam da necessidade existente de se estabelecerem critérios de delimitação das esferas de atuação da justiça administrativa e da judiciária. O primeiro critério diferenciador, fundado na idéia de soberania, importa destacar, consistiu na distinção conceitual 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<sup>131</sup>.

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 séc. XX, no contexto da ebulição do pensamento intervencionista keynesiano. Esses autores fundam a denominada Escola do Serviço Público, comentada por Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

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<sup>132</sup>.

Duguit, ao trabalhar o conceito de serviço público, parte de sua concepção de Estado, afastada da idéia de poder ou de comando. 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

---

<sup>131</sup> 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 um serviço público.

<sup>132</sup> GROTTI, 2003, p. 31.

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”<sup>133</sup>.

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 a um 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<sup>134</sup>.

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<sup>135</sup>.

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 idéia de serviço público se acha ligada à de procedimento de direito público ou de regime jurídico especial<sup>136</sup>, fundado na supremacia do interesse público sobre o privado, fator que justificaria a possibilidade

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 33.

<sup>134</sup> Ibid., p. 34.

<sup>135</sup> Ibid., p. 33.

<sup>136</sup> 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<sup>137</sup>.

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”<sup>138</sup>.

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 neste 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 desta opção política e sem que isso implique na 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

---

<sup>137</sup> GROTTI, 2003, p. 35 et. seq.

<sup>138</sup> Ibid., p. 37.

continuidade e qualidade do serviço; à legalidade das atividades que o compõem, etc.<sup>139</sup>.

Está-se longe de um 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<sup>140</sup>. 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”<sup>141</sup>.

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: “chega-se à conclusão de que nenhum deles, por si só, oferece condições para fazer emergir uma satisfatória noção de serviço público, dentro do contexto jurídico vigente”<sup>142</sup>.

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<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> ALVES, 1998, p. 21.

<sup>140</sup> Segundo Eros Roberto Grau: “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” (2001.p. 141).

<sup>141</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 16.

<sup>142</sup> GROTTI, 2003, p. 52 et. seq.

<sup>143</sup> ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 550.

Carlos Ari Sunfeld defende idéia parecida:

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<sup>144</sup>.

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.

Vivian Cristina Lima bem relata esta mudança de paradigma que, embora radical, não desnatura a essência do serviço público. Segundo a autora, a idéia original de serviço público o vinculava “à titularidade estatal, concessões fechadas, regime de monopólio ou de exclusividade, prévia e administrativa fixação de preços, regulação da atividade ao mínimo detalhe e tempo definido”<sup>145</sup>.

A situação atual é diversa. O serviço público é desenvolvido em um sistema aberto, “com liberdade de iniciativa econômica, através de entradas devidamente autorizadas, com estabelecimento de obrigações, liberdade na fixação dos preços e modalidades de prestação, livre concorrência, ausência de reserva de titularidade estatal e interesse público não estatal”<sup>146</sup>. Nem por isso deixou de existir.

Continua sendo instrumento indispensável à satisfação das necessidades coletivas –

num País onde milhares vivem abaixo da linha da pobreza e o grande tema de agenda é a erradicação da fome, os serviços públicos ainda se apresentam como a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de dignidade, o que destaca a imperatividade na caracterização do usuário como cidadão e não apenas consumidor<sup>147</sup>.

Passar-se-á à análise do instituto em seus três aspectos fundamentais.

<sup>144</sup> SUNDFELD, 1999, p. 161.

<sup>145</sup> LIMA, V. C., 2004, p. 90.

<sup>146</sup> Ibid., p. 90 et. seq.

<sup>147</sup> Ibid., p. 141.

### 3.1.1 Aspecto material do conceito de serviço público

O primeiro aspecto do serviço público – o critério material para sua definição – parte de sua vinculação com a satisfação de necessidades essenciais da coletividade. Este aspecto foi introduzido por Duguit, pesquisador que a partir das premissas do realismo jurídico, como acima foi visto, procurou identificar a noção de serviço público por meio da indispensabilidade de sua prestação, observada na realidade fática.

O enfoque desse aspecto é de que serviço público seria a atividade que tenha por objeto a satisfação de necessidades gerais, ainda que a respectiva prestação se dê por particulares.

Há que se considerar que a avaliação sobre a indispensabilidade ou não de determinada atividade deve ser feita pelo legislador, modificando-se, por evidente, de acordo com o momento histórico<sup>148</sup>. Assim, através de um juízo político, estampado legalmente, diz-se quais atividades são consideradas, sempre à luz da essencialidade, serviços públicos, podendo a mesma atividade, em certo momento, ser considerada serviço público e em momento posterior, deixar de sê-lo. E, em um terceiro momento, por motivos circunstanciais, voltar a ser assim considerada.

A compreensão do serviço público, em seu sentido material, define-o como instrumento destinado ao atendimento de necessidades essenciais, imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais. Consubstanciam-se em atividades que têm por finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento nacional sustentado, ambos valores consagrados constitucionalmente como norteadores da atividade estatal<sup>149</sup>.

Para o Prof. Ruy Cirne Lima:

---

<sup>148</sup> A Constituição da República de 1988 enumera alguns serviços públicos: a) serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X); b) serviços de telecomunicações (art. 21, XI); c) serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, alíneas 'a' a 'f'); d) seguridade social (art. 194); e) saúde (art. 196); f) assistência social (art. 203) e; g) educação (art. 205).

<sup>149</sup> SCHIRATO, 2005, p. 78 et. seq.

Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa<sup>150</sup>.

[...]

A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se sub-sume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma<sup>151</sup>.

O conceito de serviço público elaborado por Eros Roberto Grau é construído em função da essencialidade da prestação estatal, em determinado momento histórico:

à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)<sup>152</sup>.

Antônio Carlos Cintra do Amaral argumenta que a discussão doutrinária sobre o conceito de serviço público é absolutamente irrelevante, já que a definição de serviço público é dada exclusivamente pelo legislador. É ele quem dirá, em determinado momento histórico, se certa atividade será ou não tratada como serviço público:

Páginas e páginas têm sido escritas na tentativa de identificar a “essência” ou a “natureza” do serviço público. Mera perda de tempo. O conceito de “serviço público” é um conceito jurídico-positivo. Serviço público é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é. No Brasil serviço público é o que o Direito Brasileiro define como tal.

A Constituição Federal atribui determinadas atividades ao Poder Público. Entre essas atividades estão os “serviços públicos”. Outras atividades, ditas “atividades econômicas”, são por ela atribuídas à iniciativa privada. São as atividades comerciais, industriais, agropecuárias e de prestação de serviços em geral. Um terceiro grupo de atividades, como as relativas à saúde e à educação, é atribuído simultaneamente ao Poder Público e à iniciativa privada. [...]<sup>153</sup>

Em sentido diverso e, de acordo com essa pesquisa, com maior acerto, Marçal Justen Filho argumenta que o tratamento constitucional, por si só, não

<sup>150</sup> CIRNE LIMA, 1982, p. 82.

<sup>151</sup> Ibid., p. 85.

<sup>152</sup> GRAU, 2001, p. 159.

<sup>153</sup> AMARAL, 2002, p. 17.

define determinada atividade como serviço público. É necessário algo mais – sua indispensabilidade para a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana:

Defende-se a tese de que a Constituição determinou que certas atividades se configuram como serviço público se estiverem presentes certos pressupostos. Logo, sempre que ausentes ditos requisitos, não haverá serviço público. Ou seja, se não houver oferta de utilidades destinadas à satisfação de necessidades direta e imediatamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana ou a finalidades políticas essenciais, será vedado submeter as atividades referidas ao regime de serviço público. Existirá apenas atividade econômica em sentido restrito, ainda que subordinada ao regime de autorização. Em contrapartida, estando presentes os pressupostos referidos, será obrigatória a configuração de um serviço público<sup>154</sup>.

Para o autor, a Constituição não distingue serviço público da atividade econômica em sentido estrito. Existirá

serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira<sup>155</sup>.

### **3.1.2 Aspecto subjetivo do conceito de serviço público**

O aspecto subjetivo do conceito de serviço público, ao menos na fase inicial de sua construção, considera serviço público o complexo de órgãos, agentes e meios do qual o Poder Público se vale para o exercício de suas atividades.

Esta visão absolutamente ampla – porque associa a noção de serviço público ao próprio aparato administrativo estatal – elastece por demais o conceito, fazendo-o abranger toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Poder Público. Além disso, o critério é por demais insuficiente, pois não trata da questão de maior relevância sobre o tema, qual seja, o desempenho de atividades reservadas aos particulares pelo Estado e, o contrário, a prestação de serviços públicos pelos particulares.

---

<sup>154</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 46.

<sup>155</sup> Ibid., p. 44.

O que mais se aproveita do elemento subjetivo do conceito de serviço público diz respeito ao dever do Estado em assegurar sua prestação<sup>156</sup>. O serviço público deve ser prestado diretamente pelo Estado ou sua execução por ele deve ser fiscalizada, caso desempenhada por particular. A razão é a ausência de transferência da titularidade do serviço, que continua a ser 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”<sup>157</sup>. 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<sup>158</sup>.

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<sup>159</sup>.

Em razão de sua essencialidade, a prestação dos serviços públicos compete ao Estado<sup>160</sup>. Na lição de Dinorá Musetti Grotti, seu

---

<sup>156</sup> Marçal Justen Filho pondera que “o serviço é de titularidade do Estado *por ser público*. Portanto, atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico jurídico (ainda que não necessariamente sob o prisma jurídico positivo), o serviço é público *antes* de ser estatal” (2003, p. 21).

<sup>157</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 601.

<sup>158</sup> SCHIRATO, 2005, p. 82.

<sup>159</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 56.

<sup>160</sup> 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 a sua atuação irão determinar o próprio conceito de serviço público.

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<sup>161</sup>.

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”<sup>162</sup>.

Mais adiante, 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”<sup>163</sup>.

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”<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> GROTTI, 2003, p. 33.

<sup>162</sup> Ibid., p. 352.

<sup>163</sup> Ibid., p. 81 et. seq.

<sup>164</sup> SOUTO, p. 127.

### 3.1.3 Aspecto formal do conceito de serviço público

Gaston Jèze, ao conceituar serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um processo de direito público, desenvolveu um conceito formal sobre o tema. Segundo este aspecto, serviço público seria a atividade prestada sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

O aspecto formal do conceito de serviço público consiste na submissão ao regime de direito público<sup>165</sup> – seja ele prestado diretamente pelo Estado ou por particulares –, constituído por princípios próprios, dentre os quais, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado<sup>166</sup>, além de outras restrições, tais como a imposição da continuidade na prestação.

Celso Antônio Bandeira de Mello define serviço público como a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade, fruível pela coletividade,

prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo<sup>167</sup>.

A Constituição da República atribui ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento dessas atividades, as quais devem ser exercidas sob a égide de normas de direito público. Ainda que o Estado não seja o executor efetivo dessas atividades, não resta afastado seu dever de controle, zelando para que o exercício delas tenha caráter geral, atingindo a todos os cidadãos; e contínuo, em virtude da essencialidade de sua destinação.

---

<sup>165</sup> Este regime, de caráter público, compreende, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] a estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc” (2001, p. 601).

<sup>166</sup> Sobre a abordagem crítica a respeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado ver: ÁVILA, 1999, p. 99 et. seq.; JUSTEN FILHO, 2005, p. 35 et. seq.

<sup>167</sup> MELLO, 2001, p. 597.

O desenvolvimento dos serviços públicos, nos moldes da livre-iniciativa, em razão do interesse público a eles inerentes, assim como em virtude da essencialidade deles, deve ser regido por normas de direito público, sob a égide, fiscalização e controle do Estado, sem prejuízo da repressão ao abuso do poder econômico.

Sobre o tema, discorre José Reinaldo de Lima Lopes:

Em conclusão, tanto os serviços desestatizados quanto os serviços sociais assumidos por particulares sujeitam-se a regras de direito público em alguns aspectos relevantes. O primeiro deles e mais essencial será sem dúvida a prestação universal e não discriminatória. Em segundo lugar, ao prestar serviços de perfil público, os fornecedores encontram-se no espaço público – embora se chame mercado – e devem conceder aos consumidores oportunidades institucionalmente reconhecidas de participar nas decisões que os afetam. Finalmente, a compatibilização de interesses opostos e simultaneamente legítimos entre fornecedores e consumidores e entre consumidores de distintas classes abre espaço para a interferência da regulamentação impositiva ou negociada, que ela mesma deve estar sujeita aos princípios do direito do consumidor<sup>168</sup>.

Deve o Estado assegurar aos cidadãos acesso aos serviços públicos adequados, prestados por quem quer que seja, consoante previsão constitucional inserta no art. 175, II. Nesse sentido, impõe-se seja observado o efetivo respeito aos princípios norteadores da prestação de serviços desta natureza, o que a seguir será examinado.

### **3.2 Normas que definem a adequação dos serviços públicos**

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 nestas diretrizes constitucionais, criou-se o conceito de serviço adequado<sup>169</sup> – reunindo a normatização de cada um dos princípios aplicáveis – definido legalmente como serviço adequado aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade,

---

<sup>168</sup> LOPES, p. 123 et. seq.

<sup>169</sup> O art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição da República, assegura a oferta e manutenção de serviços adequados.

eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”<sup>170</sup>.

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 conseqüências 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<sup>171</sup>.

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

---

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> 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 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.

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. Estabelece que os direitos ali assegurados são cláusulas essenciais do contrato de concessão (art. 23, VI, da 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)<sup>172</sup>.

Serão agora analisados os princípios gerais sobre os 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)<sup>173</sup>. Esta questão será abordada em tópico específico, no capítulo subsequente.

---

<sup>172</sup> Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 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.

<sup>173</sup> Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “PROCESSO CIVIL – RECURSO EM MANIFESTO CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SEGUIMENTO NEGADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 557 DO CPC – INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO – ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – Não há motivo para se prover agravo regimental cujo objetivo é reformar decisão que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento que estava em manifesto confronto com jurisprudência dominante do superior tribunal de justiça. A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vem considerando ilegal o ato administrativo que interrompe o fornecimento de serviço público essencial. (Precedente: ROMS n.º 8.915/MA). O fato de o precedente citado ter sido originário de um caso em que o serviço público interrompido era o de energia elétrica não impede a sua aplicação à espécie, já que, nos tempos atuais, o serviço telefônico é também, assim como o serviço de energia elétrica e o de fornecimento de água, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção (TAMG – AgRg 0307246-0/01 – 4ª C.Cív. – Relª Juíza Maria Elza – J. 10.05.2000 – o destaque não consta do original)”.

Pelo princípio da universalidade<sup>174</sup>, é assegurado o acesso de todos aos serviços tidos como essenciais. Para Leila Cuéllar, a “noção de universalidade está vinculada à garantia dada a todos de ter acesso a serviços que permitam usufruir um mínimo da vida social. Trata-se do estabelecimento de um *standard* mínimo evolutivo, comum a todos os cidadãos”<sup>175</sup>.

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 política<sup>176</sup>.

Floriano de Azevedo Marques Neto ressalta a importância da regulação econômica, no que tange à universalidade dos serviços. A regulação deve se valer dos

investimentos na universalização dos serviços, na explicitação dos custos e eventuais subsídios internos aos diversos serviços, na eventual hipótese de se evoluir para uma perspectiva de competição nos serviços e, principalmente, na definição da política tarifária a ser desenvolvida<sup>177</sup>.

Prosseguindo, menciona-se o princípio da eficiência, atualmente elevado à categoria de princípio constitucional, impondo 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

---

<sup>174</sup> O art. 79 da Lei n. 9472/97, 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 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.

<sup>175</sup> CUÉLLAR, 2004, p. 340.

<sup>176</sup> FARACO; PEREIRA NETO; COUTINHO, 2003, p. 10.

<sup>177</sup> MARQUES NETO, p. 85.

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 em 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<sup>178</sup>.

É oportuno destacar que é facultada a adoção de receitas alternativas às concessionárias, poupando o usuário de tarifas mais elevadas,

hipótese esta em que tais fontes serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Entre elas inclui-se a possibilidade da atribuição de subsídios, desde que estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes<sup>179</sup>.

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<sup>180</sup>.

Outro vetor é 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<sup>181</sup>.

Além do controle estatal dos serviços públicos, exerce o cidadão papel de suma importância, pois desempenha função tipicamente fiscalizatória sobre

---

<sup>178</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 67.

<sup>179</sup> SOUTO, p. 133.

<sup>180</sup> MARQUES NETO, p. 85.

<sup>181</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 307.

os serviços prestados, configurando o que a doutrina denomina de controle social dos serviços públicos<sup>182</sup>.

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

Faz-se necessária uma redefinição do papel de cada um dos sujeitos sociais, afastando-se a postura apática, caracterizada pela passividade diante das necessárias mudanças sociais. Vivenciam-se, contudo, opostamente, a naturalização do conflito social e a indiferença frente ao sofrimento humano, situação esta levantada por Marilena Chauí:

Por que os seres humanos não se reconhecem como Sujeitos Sociais, políticos e históricos, como agentes e criadores da realidade na qual vivem? Por que, além de não se perceberem como sujeitos e agentes, os humanos se submetem às condições sociais, políticas, culturais, como se elas tivessem vida própria, poder próprio, vontade própria e os governassem, em lugar de serem controladas e governadas por eles? Por que os homens se deixam dominar pela sua obra ou criação histórica?<sup>183</sup>.

Os cidadãos passam a se conscientizar de

que seria estéril o debate e a tomada de decisões políticas no âmbito local, seja ele um país, uma província ou uma cidade. O centro das decisões estaria longe e os cidadãos sentiriam cada vez mais que sua vida está interdita no plano político-partidário<sup>184</sup>.

O processo atual é de notória perda do senso crítico dos sujeitos sociais, a sugerir um re-equacionamento da teoria democrática, assentada na

---

<sup>182</sup> 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 n. 10.683, de 28 de maio de 2003".

<sup>183</sup> CHAUI, 1997. p. 170.

<sup>184</sup> LIMA, A. L. C., 2002, p. 237.

proposição de critérios efetivos de participação política, sobretudo através dos movimentos sociais. Um resgate do espaço público, da cidadania.

Veja-se a abordagem de Paulo Bonavides:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses<sup>185</sup>.

[...]

Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas<sup>186</sup>.

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.

Faz-se preciso que haja um novo dimensionamento do espaço público, nos moldes que lhe foram traçados quando de sua origem clássica. O espaço público tem o potencial de se constituir um pólo de conscientização participativa e de exercício da cidadania.

Adriana da Costa Ricardo Schier lembra que foi no Estado Social que esse direito tornou-se mais instrumentalizado. Isto porque, neste modelo de Estado cresce a preocupação com o controle das atividades administrativas, em face da sua maior intervenção na sociedade, seja pela prestação de serviços públicos, seja pela atividade regulatória da economia<sup>187</sup>.

No campo do direito administrativo, o controle social é praticado pelo direito de reclamação, previsto no art. 37, §3º, I, da Constituição da República, o qual viabiliza a intervenção do cidadão nas decisões administrativas. Destaca Adriana Schier que, por meio desse direito, os cidadãos são legitimados a exercer o controle da atividade administrativa acerca da prestação dos serviços públicos<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> BONAVIDES, 2001, p. 51.

<sup>186</sup> Ibid., p. 161.

<sup>187</sup> SCHIER, 2001, p. 45.

<sup>188</sup> Ibid., p. 67.

O direito de reclamação é decorrência, na esfera do direito administrativo, do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, alínea “a”, CR). Mantém íntima vinculação com o sistema de participação popular e, como tal, consubstancia-se num mecanismo de controle social dos serviços públicos.

O controle social deve ser exercido, ainda, em razão do direito à informação, definido como o direito de todos a 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).

Este controle, diga-se, é de fundamental importância para a administração gerencial que tem na eficiência e, portanto, no controle de seus resultados, um meio de legitimação. É o que sustenta Adriana da Costa Ricardo Schier:

Contudo, no contexto da Reforma do Estado, o direito de reclamação e, em sentido mais amplo, o direito de participação, reflete também a mudança de racionalidade dentro da Administração Pública: substitui-se a ‘legitimação pelo procedimento’ pela ‘legitimação pelo resultado eficiente’, decidido e fiscalizado pelos clientes-usuários<sup>189</sup>.

Deve o direito de reclamação ser compreendido como um instrumento disponibilizado ao cidadão para, na esfera administrativa, provocar a instauração de um processo administrativo destinado a apurar as irregularidades na prestação dos serviços públicos, encontrar soluções e, ainda, eventualmente, responsabilizar os culpados pela ilicitude.

É de se observar que o preceito constitucional em análise depende de regulamentação por norma infraconstitucional, tendo em vista a expressa menção, no dispositivo, de que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, regulando, especialmente, as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral<sup>190</sup>.

Por fim, salienta-se que a participação popular na Administração Pública é tida com um dos mecanismos mais eficientes a conter as forças do

---

<sup>189</sup> Ibid., p. 03.

<sup>190</sup> No plano federal, contudo, o direito de reclamação pode ser exercido em virtude da edição da Lei n. 9.784/99 que regula o processo administrativo. Deste diploma legal, destaca-se o art. 48 que dispõe sobre o dever da Administração, explicitamente, emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

mercado tendentes a reduzir a eficácia dos direitos fundamentais. Sobre o valor democrático da participação popular, Dinorá Musetti Grotti conclui que

Qualquer que seja a forma de prestação da atividade, direta ou indireta, é a participação direta do cidadão e, em especial do usuário, direto ou em potencial, do serviço público, fator fundamental para a conservação da democracia e para assegurar a fidelidade aos outros princípios regentes do e no serviço público<sup>191</sup>.

A participação popular é consagrada de forma expressa, conforme se verifica no art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, no campo das licitações<sup>192</sup>. Destaca-se, também, os dispositivos relativos à participação do usuário, por meio da criação de Associações de Defesa do Consumidor (art. 5º, V, CDC) e a previsão de uma Política Nacional das Relações de Consumo.

O envolvimento da sociedade nos contratos de concessão de serviços públicos é tratado por Marçal Justen Filho como a natureza trilateral da relação jurídica de concessão, sendo que seu integral êxito estaria condicionado ao

reconhecimento de que a comunidade e, em especial, os usuários do serviço não são terceiros à relação jurídica. Adota-se a concepção de que a concessão se configura como uma relação jurídica trilateral, em que um dos pólos é ocupado por instituições representativas da comunidade<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> GROTTI, 2003, p. 336.

<sup>192</sup> Art. 4º: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”. O art. 7º, § 8º, complementa o dispositivo acima: “Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada”. O art. 39, *caput*, dispõe sobre a obrigatoriedade das audiências públicas para obras de porte mais significativo: “Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea c, desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. O art. 41, §1º, da mesma Lei, prescreve a possibilidade do edital de licitação ser impugnado por qualquer cidadão: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada. §1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º, do art. 113”.

<sup>193</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 61.

Outro aspecto relacionado aos serviços públicos delegados diz respeito à responsabilidade civil objetiva das concessionárias<sup>194</sup>, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição da República. Consoante preceitua o art. 25, *caput*, da Lei n. 8.987/95: “Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade”.

A responsabilidade das concessionárias não exime a responsabilidade solidária do poder concedente, haja vista sua incumbência de caráter fiscalizatório, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> INDENIZAÇÃO – SERVIÇO TELEFÔNICO – SUSPENSÃO INDEVIDA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – 1. A prestadora de serviços que suspende o fornecimento de serviço telefônico porque a casa lotérica deixou de lhe repassar o crédito de conta recebida, responde com culpa *in eligendo* pelos danos causados. O usuário não pode ser prejudicado pela demora da prestadora do serviço em inteirar-se do pagamento por ele feito junto à casa lotérica autorizada a recebê-lo. 2. É objetiva a responsabilidade da concessionária de serviço público, cabendo-lhe indenizar os danos materiais produzidos exclusivamente pela ilegal suspensão do serviço de telefonia. Negar provimento ao recurso. Maioria. (TJDF – ACJ 20000110363018 – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Antoninho Lopes – DJU 14.02.2002 – p. 184).

<sup>195</sup> DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL – ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE – DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL) – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO – OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – I – O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou ‘convênio’ para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II – Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei nº 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. (STJ – RESP – 28222 – SP – 2ª T. – Relª p/o Ac. Minª Nancy Andrighi – DJU 15.10.2001 – p. 00253).

### 3.2.1 Formas de prestação

A prestação dos serviços públicos, nos moldes do art. 175 da Constituição da República, pode se dar diretamente pelo Poder Público ou mediante delegação, esta sempre precedida de licitação. Na hipótese de prestação direta pelo Poder Público, normalmente a execução se dá por órgão da administração indireta, podendo ou não ocorrer participação de entes privados. Não há, contudo, transferência da atividade.

A Administração Pública constitui ente com personalidade jurídica própria – autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista –, o que se justifica por ter sido identificado, no caso concreto, o interesse público na atividade a ser desenvolvida. 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 da República; mas a opção pela ampliação da Administração Pública Indireta, por um motivo especial de interesse público, o que define a aplicação do regime jurídico de direito público.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo:

A atividade administrativa é desenvolvida de maneira direta ou indireta, isto quer dizer, ou temos somente um centro investido de poderes, que apenas os desconcentra, ou seja, transfere funções dentro da mesma estrutura, ou temos pessoas distintas do centro, que desenvolverão também atividade administrativa.

Portanto, a Administração atuará diretamente por meio de seus órgãos e agentes, apenas desconcentrando o plexo de competências que são, por lei, atribuídas, ou determinadas competências, também, por lei, podem ser a elas negadas e cometidas a outros centros dotados de personalidade própria, quando, então, atuará indiretamente.

Nesse último caso, esses entes estatais, a quem também incumbirá a satisfação do interesse público, agirão em nome próprio, sob a tutela do Estado. O regime jurídico, a que se irão submeter, dependerá, efetivamente, da lei que os criar ou autorizar sua criação.

De toda maneira, se tais entes agem apartados do centro e com personalidade própria, portanto, como 'centros' de imputação, podemos dizer que também praticam função administrativa, em seu sentido mais amplo<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> FIGUEIREDO, p. 87 et. seq.

No caso de o Estado se afastar da prestação direta dos serviços, outorgará a uma pessoa jurídica de direito privado a obrigação de prestar o serviço, sujeitando-se, no entanto, ao regime jurídico de direito público, o que implica a adequação aos padrões de qualidade estabelecidos pelo poder concedente, além da sujeição a sua constante fiscalização. Pode se dar por meio de concessão ou permissão.

A prestação direta do serviço pelo Estado ou a outorga ao particular constitui-se em opção política dos governantes. Há que se observar que a própria outorga consubstancia-se em um instrumento de intervenção estatal no domínio econômico, devendo, portanto, o particular, no exercício da atividade pública, desenvolver suas funções em harmonia com as políticas públicas estabelecidas para o setor em que atua.

A concessão<sup>197</sup> é a outorga da prestação do serviço a terceiro, por meio de relação contratual com prazo de vigência determinado, por conta e risco do concessionário, com previsão de padrões de qualidade preestabelecidos pelo poder concedente, sendo assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, ainda, a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração Pública, mediante indenização.

A concessão de serviço público é definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como instituto pelo qual se opera uma transferência na prestação do serviço público, do Estado ao particular, que o desempenha por sua conta e risco,

nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço<sup>198</sup>.

Marçal Justen Filho define concessão, ressaltando os aspectos da pluralidade contratual, o controle estatal e social sob o serviço e a possibilidade de haver custeio estatal. Diz o autor que a concessão se trata de um

---

<sup>197</sup> Nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, 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 demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

<sup>198</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 622.

contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos<sup>199</sup>.

A concessão será precedida de licitação. A outorga é instrumentalizada pelo contrato de concessão, o qual contém previsão expressa sobre o prazo de vigência, a área da concessão, a qualidade do serviço, o regime de disponibilidade dos ativos e os critérios de reajuste e revisão da remuneração. Esta se dá pela cobrança de tarifa<sup>200</sup>.

Há a garantia ao concessionário da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que implica a constante adequação da tarifa, de forma a cobrir os custos operacionais e, ainda, remunerar os investimentos realizados para a prestação do serviço.

A garantia do retorno dos investimentos é característica fundamental da concessão. A perspectiva concreta de recuperação do capital investido é condição fundamental para a efetivação de investimentos maciços no setor de infraestrutura, como recomenda o segmento do saneamento básico – objeto específico da presente pesquisa.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro opera-se pela revisão e pelo reajuste das tarifas. O reajuste é a correção nominal pelo poder concedente. A revisão é a correção do valor das tarifas em razão de alteração dos custos do concessionário.

A revisão pode ser ordinária ou extraordinária. A ordinária é a aquela realizada nos prazos contratualmente previstos, enquanto a extraordinária é a que ocorre a qualquer tempo, mediante comprovação da existência de fato que tenha originado o desequilíbrio, seja ele alheio ao controle das partes ou decorrente de ato do poder concedente.

---

<sup>199</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 96.

<sup>200</sup> Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado. Contudo, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a estes institutos é inerente a cobrança de tarifa. Se a Constituição Federal permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. Impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornará inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro” (2002, p. 335).

A concessão pode ser extinta, nos termos do art. 35 da Lei n. 8.987/95, pelo advento do termo contratual, pela caducidade, encampação, anulação, rescisão, falência ou extinção da empresa concessionária, sendo assegurado ao concessionário o direito à prévia e justa indenização na hipótese de extinção unilateral da concessão pelo poder concedente.

A permissão, por outro lado, diferencia-se da concessão pelo caráter precário do contrato, sem prazo certo de vigência e com possibilidade de rescisão unilateral pelo Poder Público. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, permissão é “o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”<sup>201</sup>.

### 3.2.2 O usuário de serviço público

O usuário de serviço público é todo aquele que, potencialmente, possa vir a utilizar o serviço público, ainda que não o esteja fazendo. Não é o mesmo que consumidor. Os usuários de serviços públicos mantêm com a Administração Pública vínculo estatutário, decorrente das leis e regulamentos. Vale dizer, seus direitos prescindem de contratos, pois baseiam-se em normas de direito público, de raízes constitucionais.

Considerar-se o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica *econômica*. Mas sob a ótica *jurídica* o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra, a de consumo<sup>202</sup>.

A própria Constituição prevê diplomas legais distintos para disciplinar a situação jurídica de cada um deles: o Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII) e a Lei de Proteção e Participação do Usuário de Serviços Públicos (art. 37, §3º).

Antônio Carlos Cintra do Amaral bem justifica a distinção:

---

<sup>201</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 672.

<sup>202</sup> AMARAL, 2002, p. 114.

A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo *exercício* é atribuído à concessionária, continua na *titularidade* e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como “protetor” da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor<sup>203</sup>.

A diferença conceitual assume relevância em função das transformações ocorridas no âmbito da Administração Pública, conforme foi aqui examinado. É fato que as modificações que se operaram nas relações de direito público, ocupando os particulares o espaço até então reservado ao Estado, provocaram a desfiguração do usuário de serviços públicos, assumindo este uma dimensão muito mais econômica que humana, sendo tratado, nestas relações, mais como mero consumidor, o que, por vezes, implica no cerceamento de direitos fundamentais.

Vivian Cristina Lima destaca que a posição de consumidor é desvantajosa em relação à posição do usuário. Enquanto o fornecimento de produtos e serviços segue a orientação das relações econômicas, a prestação de serviços públicos encontra seus pressupostos em deveres estatais constitucionalmente estabelecidos, voltados à satisfação dos direitos fundamentais<sup>204</sup>.

Ilustra a pesquisadora:

Enquanto o consumidor tem a possibilidade de adquirir um produto defeituoso, podendo para tanto exigir um abatimento do preço, o usuário tem direito ao serviço adequado e o Poder Público não pode permitir a sua inadequação sob o pretexto de uma redução na tarifa. Ou seja, de um lado e de outro, a incompatibilidade é flagrante: o usuário é também consumidor, mas sua tutela e seus direitos ultrapassam em muito essa concepção, restrita e excludora.

[...]

O usuário de serviço público deve ser encarado pelo que de fato é: um ser humano, razão de ser da existência do Estado, sujeito de direitos fundamentais. A definição econômica é a que menos interessa na sua caracterização. Urge um repensar do conceito, onde cidadania e dignidade da pessoa humana sejam os valores fundamentais.

Enfim, mister se faz refletir qual é o modelo de sociedade que se deseja e trabalhar suas conseqüências. A concepção ora defendida é clara: inclusão social a partir de um conceito amplo de cidadania e de usuário de serviço público é o que se pretende, no intuito de possibilitar a todos – e não

---

<sup>203</sup> AMARAL, 2002, p. 115.

<sup>204</sup> LIMA, V. C., 2004, p. 118.

somente a alguns – a possibilidade de viver dignamente, e não apenas sobreviver de forma indigna e ultrajante.

[...]

Nesse diapasão, num País onde milhares vivem abaixo da linha da pobreza e o grande tema de agenda é a erradicação da fome, os serviços públicos ainda se apresentam como a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de dignidade, o que destaca a imperatividade na caracterização do usuário como cidadão e não apenas consumidor<sup>205</sup>.

Antônio Carlos Cintra do Amaral aborda a situação jurídica mais vantajosa em que se encontra o usuário de serviço público, quando comparado ao consumidor das relações privadas. Salienta que a concessão pressupõe que o serviço prestado seja adequado. Esta condição é indisponível ao poder concedente, vindo a impedir que este “concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são *privados*”<sup>206</sup>.

Para Paulo Roberto Ferreira Motta, usuário de serviço público também é consumidor, mas com este não se confunde. O usuário detém o direito público subjetivo de participar da administração do serviço, faculdade esta não conferida ao consumidor das atividades privadas. Além disso:

O usuário é sempre ativo, assim o querendo. O usuário busca, na sua participação ativa, a indenização política, democrática, republicana, cidadã. O usuário é titular, assim, da cidadania plena, da brasilidade. Mesmo quando não consome serviço público é titular do Direito Público subjetivo de participar. Mais uma vez, portanto, não é possível considerar possível a prestação de um serviço público sob regime privado. É a negação da essência do ser-usuário, a violação mais terrível, pelo desprezo, dos direitos fundamentais<sup>207</sup>.

A perspectiva do usuário de serviços públicos, no cenário que se descortina, aproxima-se mais do conceito de consumidor do que do de cidadão, situação que deve ser revertida, por meio da competente regulação estatal, de forma a compatibilizar a nova realidade político-econômica com os direitos fundamentais.

A concepção do usuário como consumidor, além de colocá-lo em situação de absoluta vulnerabilidade, provoca significativa exclusão social, destinando às pessoas que não têm acesso aos serviços públicos, condição marginal perante a sociedade e o Estado.

---

<sup>205</sup> Ibid., p. 124 passim.

<sup>206</sup> AMARAL, 2002, p. 117.

<sup>207</sup> MOTTA, 2003, p. 243 et. seq.

Nota-se que a situação jurídica desses usuários encontra-se notoriamente fragilizada no Brasil, o que se ilustra pela ausência da Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público, nos termos do art. 37, §2º, da Constituição da República e do art. 27 da Emenda Constitucional n. 19/98. Ressalta-se que, diante da ausência de diploma legislativo específico, o usuário foi equiparado ao consumidor, mesmo sendo figuras ontologicamente distintas, por disposição expressa do art. 7º da Lei de Concessões. A remissão ao Código de Defesa do Consumidor, inserta no aludido dispositivo, no entanto, não iguala as duas figuras, conforme foi demonstrado.

É digno de destaque o fato de que mesmo os países tidos por desenvolvidos, como ocorre com os integrantes da denominada União Européia, que experimentam reformas liberais na estrutura estatal – privilegiando a lógica econômica da concorrência –, sofreram forte exclusão social, o que provocou um

crescente *euroceticismo* dos povos, que resultou, ao final de 1995, em movimentos sociais em vários países europeus, visando reaproximar a Europa dos cidadãos, com a elaboração de um projeto comum que ultrapassasse a redução da União Européia a um grande mercado único<sup>208</sup>.

### 3.2.3 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) veio atender ao comando contido no art. 5º, XXXII, da Constituição da República, o qual preceitua que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”<sup>209</sup>. Trata-se de diploma normativo precursor de transformações substanciais na ordem jurídica brasileira, tendo em vista a inserção, no ordenamento, de vários mecanismos destinados ao resgate do equilíbrio nas relações de consumo, diante da notória vulnerabilidade em que se encontra o consumidor no Brasil.

O Código de Defesa do Consumidor destina-se a reger as denominadas relações de consumo, compreendidas como as estabelecidas entre o fornecedor de produtos ou prestador de serviços e o consumidor. Traz em seu art. 3º, *caput*, a definição legal de fornecedor, sendo este “toda pessoa física ou jurídica,

---

<sup>208</sup> GROTTI, 2003, p. 74.

<sup>209</sup> Na mesma esteira, o art. 170, V, do Texto Constitucional.

pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”. O art. 2º, do mesmo diploma legal, traz a definição jurídica de consumidor, em que este é compreendido como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Importa para o presente estudo a interpretação adequada do art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o referido dispositivo, ao conceituar serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, definiu que, para os fins da legislação em comento, a caracterização do serviço estaria condicionada à existência de remuneração<sup>210</sup>.

Transportando a definição legislativa acima examinada para o campo dos serviços públicos, surge o questionamento consistente na submissão destes à normatização do Código de Defesa do Consumidor, considerando que a remuneração dos serviços públicos dá-se de forma peculiar. Algumas vezes pelo pagamento de impostos e taxas, outras vezes, na hipótese de delegação, por meio de tarifas.

A posição maximalista parte da premissa de que os serviços públicos não são propriamente gratuitos, já que propiciados pela receita do Estado, cuja geração não é espontânea. Na verdade, é gerada, dentre outros fatores, pela cobrança de tributos a que todos estão sujeitos. Sendo assim, seria exigível do Poder Público, como fornecedor que é, as mesmas imposições de qualidade, segurança e disponibilidade, exigíveis da iniciativa privada.

Há que ser considerado que o art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir a figura do fornecedor, faz alusão às pessoas jurídicas de direito público, viabilizando a subsunção pretendida. A mesma conclusão é trazida no Capítulo II do referido diploma legal, que institui a Política Nacional de Relações de Consumo. Assim está disposto:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos,

---

<sup>210</sup> “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios<sup>211</sup>:

[...]

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

[...]

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Mais adiante, o art. 6º, inc. X, dispõe que a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos constitui-se em direitos básicos do consumidor. O art. 22, *caput*, trata da obrigação dos órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, em fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

A aplicabilidade da legislação consumerista aos serviços públicos constitui-se em um instrumento fundamental para a plena eficácia desses serviços. Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior:

[...] do ponto de vista principiológico isto significaria algo ainda mais importante. Isto importaria dizer que nós poderíamos aplicar a maneira de pensar que nós encontramos no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a maneira de pensar as medidas de razoabilidade de preço, as medidas de razoabilidade de qualidade, as medidas de razoabilidade de adequação, as medidas de razoabilidade de eficiência – enfim, todas essas medidas de qualidade dos serviços privados nós também deveríamos encontrar nos serviços públicos, através do mesmo método que o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o moderno Direito Privado Brasileiro<sup>212</sup>.

Adotando a interpretação extensiva, de acordo com a qual os serviços públicos estariam subsumidos à normatização do Código de Defesa do Consumidor, Marcos Juruena Villela Souto argumenta:

Ora, os serviços públicos são custeados por impostos (CF, art. 151, §5º e Lei nº 4.320/64) em geral, taxas, tarifas e, ainda, por meios alternativos, acessórios ou complementares e com eles não se confunde o exercício do poder de polícia ou a atividade regulatória do Estado, nas quais o Estado age com uso de supremacia sobre o particular; nem se confunde a prestação dos serviços públicos com a exploração direta da atividade econômica, na qual o Estado se insere num segmento reservado à iniciativa

<sup>211</sup> A redação do “caput” foi dada pela Lei n. 9.008, de 21.03.95.

<sup>212</sup> MACEDO JUNIOR, 2000, p. 250.

privada e, portanto, submetendo-se às mesmas regras e princípios que orientam a atividade econômica (CF, art. 170, inc. V, e art. 173, §1º). Não há, pois, serviço público gratuito. Ao equiparar o usuário ao consumidor, o Código não exigiu remuneração específica do serviço<sup>213</sup>.

Para José Geraldo Brito Filomeno, as normas protetivas da legislação do consumidor aplicam-se com maior razão aos serviços públicos, tendo em vista a essencialidade da qual são revestidos<sup>214</sup>:

E aqui também vale, assim como para a iniciativa privada, e aliás com muito mais razão porque se trata de serviço público, a assertiva de que qualidade não é apenas a adequação do produto ou serviço às normas que regem sua fabricação ou prestação, mas também e principalmente a satisfação de seus destinatários, que têm sem sombra de dúvida o direito subjetivo público de exigir o seu efetivo cumprimento com qualidade, presteza, segurança, adequação, pontualidade etc<sup>215</sup>.

Em sentido contrário, José Reinaldo de Lima Lopes, citado por Marcos Juruena Villela Souto, orienta-se no sentido da não equiparação do usuário ao consumidor, na hipótese do serviço público não ser remunerado diretamente. Assim, nos serviços definidos como *uti universi*, não haveria a caracterização de relação de consumo propriamente dita:

Como fornecedor, o Estado é um entre outros no mercado. Não age como autoridade, ainda que certas regras de direito privado sejam derogadas. Nestes termos, está prestando um serviço cuja fruição, remuneração e prestação podem ser feitas *uti singuli*. Está, pois, em relações de consumo; não se está tratando aqui de relações de cidadania, como tipicamente é o caso dos serviços prestados *uti universi*. Alguns serviços públicos, chamados próprios, não são de relação de consumo: segurança, justiça, mas também, a meu ver, saúde, educação e vários outros que compõem a chamada cidadania social<sup>216</sup>.

Cláudia Lima Marques, partindo do pressuposto de que a remuneração direta vem a ser o fator determinante da incidência do CDC, exclui os

<sup>213</sup> SOUTO, p. 131.

<sup>214</sup> Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO – EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido”. (STJ – RESP 263229 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 09.04.2001 – p. 00332).

<sup>215</sup> FILOMENO, 1991, p. 49.

<sup>216</sup> SOUTO, op. cit., p. 130.

serviços *uti universi* de seu campo de aplicação: “em uma interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previsto pelo CDC”<sup>217</sup>.

Esta posição parece a mais acertada. Os serviços públicos *uti universi* não estariam submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, enquanto nos serviços em que haja remuneração direta, por taxa ou tarifa, haveria a incidência da referida legislação, ao menos até que fosse editada a lei de proteção aos usuários dos serviços públicos<sup>218</sup>.

### **3.2.4 A responsabilidade social das empresas prestadoras de serviços públicos**

As empresas ocupam espaço de destaque na estrutura social da modernidade. Observa-se o alargamento das atividades por elas desenvolvidas, sobretudo, no mundo ocidental. Muitas das atividades que antes eram reservadas ao Estado, foram delegadas aos particulares. Assim as empresas assumem a responsabilidade – ainda que não de forma exclusiva – pelo desenvolvimento social.

Segundo Marçal Justen Filho: “A empresa substitui o Estado na busca da satisfação das necessidades públicas. O cidadão passa a confrontar-se com a empresa privada desenvolvendo os serviços públicos”<sup>219</sup>. O sucesso da atividade empresarial, continua o autor, propiciará o desenvolvimento, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais<sup>220</sup>.

Contrariando esta tendência, as empresas, ainda nos dias de hoje, não romperam integralmente com sua concepção liberal e individualista. Não assumiram definitivamente sua dimensão de agente responsável pela superação das desigualdades sociais. O foco continua a ser o lucro e não os valores da pessoa humana.

---

<sup>217</sup> MARQUES, 1995, p. 151.

<sup>218</sup> Também neste sentido a posição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 347).

<sup>219</sup> JUSTEN FILHO, 1998, p. 122.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 129.

O ordenamento jurídico, no entanto, aponta para a necessidade de uma mudança de rumo. As empresas constituem-se em uma decorrência do direito de propriedade e, por isso, submetem-se à função social que representam. Ressalta Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa que a empresa é uma manifestação do direito de propriedade e, como tal, também está vinculada a sua função social<sup>221</sup>.

Marçal Justen Filho contextualiza este novo papel conferido às empresas na sociedade moderna no âmbito das reformas do Estado:

Esse é o novo contexto em que se insere o instituto da empresa. As modificações políticas vivenciadas no final do século XX e as mudanças constitucionais ocorridas na Constituição brasileira de 1988 exigem considerações mais profundas sobre o novo modelo estatal consagrado. O tema da empresa adquire maior relevo do que no passado, em face da ampliação dos limites de sua atuação e da transferência para o setor privado de encargos até então assumidos pelo Estado. Em síntese, a reforma constitucional alterou o panorama e propõe novos temas à consideração jurídica<sup>222</sup>.

É oportuno resgatar que a propriedade no período pré-modernidade tinha um caráter absoluto, ilimitado, individualista. Esta concepção – muitas vezes contrária aos interesses sociais – mostrou-se incompatível diante das necessidades sociais e das limitações da natureza. A propriedade adquire, então, um novo regime jurídico de caráter público, em que a função social manifesta-se como condição imprescindível.

Para Fábio Konder Comparato:

A concepção privatista da propriedade [...] tem levado, freqüentemente, autores e tribunais à desconsideração da verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é um direito-meio e não um direito-fim. A Constituição não garante a propriedade em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais da pessoa humana. Desde a fundação do constitucionalismo moderno, com a afirmação de que há direitos anteriores e superiores às leis positivas, a propriedade foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual, contra a intrusão dos Poderes Públicos. As transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade, além dessa função, também a de servir como instrumento de realização da igualdade social básica e da solidariedade coletiva para com os fracos e desamparados<sup>223</sup>.

O atendimento à função social da empresa implica posicioná-la em face da função social da propriedade, da livre-iniciativa e da proporcionalidade,

<sup>221</sup> BESSA, 2006, p. 95 et. seq.

<sup>222</sup> JUSTEN FILHO, 1998, p. 123.

<sup>223</sup> COMPARATO, 1999, p. 384.

buscando-se o equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais. A empresa não pode ser um fim em si mesmo. Está inserida numa estrutura social e, no cenário que se apresenta, ocupa papel fundamental para a sustentabilidade dessa estrutura.

O reconhecimento constitucional da propriedade privada não confere ao proprietário a possibilidade irrestrita de buscar fins egoísticos. Os limites encontram-se na relação existente entre o bem privado e a satisfação de interesses coletivos<sup>224</sup>. Veja-se a explanação de Sttela Maris Nerone Lacerda:

Embora não se possa negar que a empresa privada é impulsionada pela perseguição do lucro, também é certo que o lucro privado deixou de ser o elemento essencial, o mais importante instrumento de impulsão da política econômica capitalista liberal. Dentro dessa concepção, a atuação do Estado torna-se elementar, eis que ele pode acionar processos de subvenção e incentivo que se exercem no interesse de muitos. A atividade empresarial é responsável pela oferta e garantia de postos de trabalho, é geradora de oportunidades de empregos, tornando-se responsável, ainda que indiretamente, pela própria segurança nacional<sup>225</sup>.

Convém destacar que parcela da doutrina sustenta que na hipótese de o particular executar atividades econômicas, qualificadas como serviços públicos, a liberdade de empresa deixa de existir em sua concepção tradicional. Para Ramón Entrena Cuesta:

en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales, y sobre todo, a los poderes exorbitantes de la administración concedente, de forma que aunque frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentra en posición de ejercicio de la libertad de empresa<sup>226</sup>.

Para Marçal Justen Filho, a Constituição da República deve ser o fundamento e a limitação para o exercício das atividades econômicas privadas. Refere-se o autor a uma série de preceitos de ordem pública, reguladores da atividade econômica, integrantes do conceito de Constituição Econômica. Afirma o autor que este conjunto de normas de ordem pública – denominado Direito Público da Economia – relaciona-se diretamente com as concepções essenciais acerca das

---

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 70.

<sup>225</sup> LACERDA, 2002, p. 83.

<sup>226</sup> CUESTA, 1981, p. 163.

funções do Estado, da liberdade dos particulares no exercício da atividade econômica e das relações daí derivadas<sup>227</sup>.

O autor enfoca que a atividade econômica deve estar direcionada à dignidade da pessoa humana, princípio geral vigente em nosso ordenamento:

Os direitos e garantias relacionados com a ordem econômica são derivação daqueles impostos como princípios gerais. Assim, o valor fundamental assumido pela Constituição é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Todos direitos de natureza econômica e relacionados com a atividade empresarial têm pertinência com esse postulado e não podem ser a ele contrapostos. As faculdades de desenvolver atividades econômicas e de buscar o lucro são instrumentos de realização da dignidade de todas as pessoas humanas envolvidas, sejam os empresários, sejam os demais integrantes da comunidade (direta ou indiretamente relacionados com a empresa)<sup>228</sup>.

[...]

A empresa não é um fim em si mesmo. Nem é meio de realização de interesses puramente privados. A ordem econômica é instrumento de realização de certos valores fundamentais, cuja realização é insuscetível de transigência. A Nação brasileira, ao compor seu pacto constitucional, elegeu certos objetivos a serem atingidos. Elegeram-se como valores fundamentais a soberania nacional e a dignidade da pessoa humana. Talvez se possa afirmar que o valor mais elevado é a dignidade da pessoa humana, para cuja realização se reputa indispensável a afirmação da soberania nacional<sup>229</sup>.

É nesse sentido que os negócios jurídicos encerram responsabilidades e ficam condicionados ao atendimento de determinados fins proveitosos à sociedade. As restrições à liberdade contratual deixam de ser exceções a um direito absoluto, mas expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Emerge, assim, da sociedade e do mercado a responsabilidade social das empresas, sobretudo, quando prestam serviços de natureza essencial, inerentes à dignidade humana – os denominados serviços públicos.

Elucidativa é a abordagem de Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt:

Deve compreender-se, entretanto, que a partir do momento em que o operador econômico presta materialmente um serviço qualificado como público pela ordem jurídica, a sua esfera de liberdade recebe um condicionamento intenso por parte do Estado. Essa medida se faz presente, pelos interesses que estão em questão, mercedores de especial proteção numa determinada época e lugar pelo Estado. Não significa o desaparecimento do direito subjetivo à liberdade de empresa, mas um comprometimento maior por parte do particular para se atingir determinados

<sup>227</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 117.

<sup>228</sup> Ibid., p. 117.

<sup>229</sup> Ibid., p. 128.

resultados em prol da coletividade, cuja competência incumbe originalmente à Administração Pública<sup>230</sup>.

O tema assume maior importância frente ao processo de desestatização, responsável pela transferência da prestação de serviços públicos do Estado aos particulares, sem que isso possa, de qualquer forma, alterar a natureza dos serviços. José Reinaldo de Lima Lopes discorre sobre o tema:

Em conclusão, tanto os serviços desestatizados quanto os serviços sociais assumidos por particulares sujeitam-se a regras de direito público em alguns aspectos relevantes. O primeiro deles e mais essencial será sem dúvida a prestação universal e não discriminatória. Em segundo lugar, ao prestar serviços de perfil público, os fornecedores encontram-se no espaço público – embora se chame mercado – e devem conceder aos consumidores oportunidades institucionalmente reconhecidas de participar nas decisões que os afetam. Finalmente, a compatibilização de interesses opostos e simultaneamente legítimos entre fornecedores e consumidores e entre consumidores de distintas classes abre espaço para a interferência da regulamentação impositiva ou negociada, que ela mesma deve estar sujeita aos princípios do direito do consumidor<sup>231</sup>.

A delegação da prestação dos serviços públicos não descaracteriza o regime desses serviços e, portanto, remanesce o dever do Estado de propiciar os mecanismos necessários – via regulação – 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.

Marçal Justen Filho pondera que a concessão não importa a desnaturação do serviço público. Não altera sua titularidade nem o regime jurídico de direito público de sua disciplina. O serviço público concedido apenas passa a ser desempenhado por um particular, por conta e risco próprios<sup>232</sup>. Remanesce, conseqüentemente, o dever do Estado em regular a prestação desses serviços de forma a desenvolver a responsabilidade social das empresas prestadoras dos serviços públicos, principalmente no que diz respeito à obediência ao princípio da universalidade desses serviços.

---

<sup>230</sup> BITTENCOURT, 2003, p. 67.

<sup>231</sup> LOPES, p. 123 et. seq.

<sup>232</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

## 4 O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

### 4.1 Aspectos gerais

Nos capítulos anteriores foram analisados os temas da atuação do Estado no domínio econômico e da necessidade de que haja a regulação estatal com o propósito, dentre outras finalidades, de assegurar a oferta adequada de serviços públicos – indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais.

Neste capítulo, será dado enfoque ao serviço de saneamento básico. O serviço compreende o tratamento da água em suas sucessivas fases: a captação, o tratamento, a adução, a distribuição e a disposição final dos esgotos, bem como requer a instalação de infra-estrutura compatível com o transporte da água a ser fornecida e de coleta do esgoto para tratamento em locais próprios.

O Decreto n. 82.587, de 06.11.1978, define a amplitude do serviço de saneamento básico:

Art. 2º.

[...]

§2º. Os serviços públicos de saneamento básico compreendem:

- a) os sistemas de abastecimento de água definidos como conjunto de obras, instalações e equipamento, que têm por finalidade captar, aduzir, tratar e distribuir água;
- b) os sistemas de esgotos, definidos como o conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade coletar, transportar e dar destino final às águas residuárias ou servidas.

O mesmo conceito é trazido na Lei n. 11.445, de 05.01.2007, em seu art. 3º, I, que considera saneamento básico o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo,

tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;  
d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

O serviço de saneamento básico, fator de equilíbrio aos ecossistemas, abrange o fornecimento de elemento vital, imprescindível à perpetuação da vida e crucial ao desenvolvimento das atividades humanas. É prestado para alcançar interesses tutelados pelo Estado – a saúde pública<sup>233</sup> e a sobrevivência digna. É essencial<sup>234</sup>, portanto, à dignidade da pessoa humana e, como tal, é considerado serviço público.

O saneamento básico integra um conjunto de cuidados indispensáveis à promoção da saúde<sup>235</sup>, aspecto este da vida humana que, no Estado Contemporâneo, tornou-se um dos principais objetos das políticas públicas. A importância do saneamento básico 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 2000, houve quase novecentas mil internações na rede pública, devido às chamadas doenças de veiculação hídrica (ex: cólera, leptospirose e febre tifóide)<sup>236</sup>.

O saneamento básico, assim como em relação à saúde, possui estreita aproximação com as questões ambientais. A captação de recursos hídricos, tratamento, distribuição e posterior disposição dos resíduos sólidos provocam significativas alterações ambientais. 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.

---

<sup>233</sup> 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).

<sup>234</sup> O art. 10 da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve) prescreve que o tratamento e abastecimento de água é serviço essencial.

<sup>235</sup> 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.

<sup>236</sup> Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE, veiculada no Jornal Folha de São Paulo de 29 de março de 2002.

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<sup>237</sup>.

O compromisso ambiental, apesar de seu caráter fundamental, implica na significativa elevação dos custos de qualquer projeto na área de saneamento, os quais devem ser programados pelos agentes prestadores do serviço. A programação financeira, em largas proporções, demanda a existência de regras precisas de forma a possibilitar a melhor estruturação do setor.

A regulação deve assim se pautar por regras claras e estáveis, propiciando a adequação dos serviços aos padrões mais modernos de tecnologia existentes, sobretudo, no que diz respeito à minimização dos impactos ambientais. Um exemplo são os elevados custos da substituição dos tratamentos químicos da água por métodos físicos e biológicos. Este aperfeiçoamento traz benefícios ao meio ambiente, ao mesmo tempo em que dificulta a universalização dos serviços, em razão da elevação dos custos operacionais.

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 uma política pública uniforme e coerente com as metas dos três segmentos envolvidos.

Considerando esses aspectos, a Lei n. 11.445, de 05.01.2007, 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”, 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”.

Analisar-se-á, ainda que em linhas gerais, qual tem sido o tratamento despendido, no Brasil, em relação ao serviço de saneamento básico. A

---

<sup>237</sup> Esta 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.

partir de 1970, houve importantes avanços no setor. Neste período, por meio do Conselho Nacional de Saneamento, foi instituído o Plano Nacional de Saneamento Básico<sup>238</sup> – Planasa –, responsável pela ampliação dos serviços. O Plano incentivava a criação de companhias estaduais de saneamento, o que foi realizado na maior parte dos Estados brasileiros, pela constituição de sociedades de economia mista, destinadas a desempenhar os serviços de saneamento em todo o território do Estado respectivo.

Houve, nesse período, tendência à centralização, no âmbito federal, do planejamento, financiamento e execução do serviço de saneamento básico. O Decreto-lei n. 949, de 13.10.1969, autorizou o Banco Nacional de Habitação – BNH – a financiar as políticas de saneamento, valendo-se para tanto dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A prestação do serviço de saneamento básico no Brasil é ainda bastante falha<sup>239</sup>. 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. Veja-se os dados:

Tabela 1: Cobertura de redes de abastecimento de água e coleta de esgotos no Brasil - Percentual de domicílios urbanos atendidos

	1970	1980	1990	2000
<b>Água</b>	60,5	79,2	86,3	89,8
<b>Esgoto</b>	22,2	37	47,9	56

FONTE: IBGE – Censos Demográficos

Em 1998, o governo federal estimou a necessidade de investimentos para a universalização dos serviços até 2010 em R\$ 44,2 bilhões, assim distribuídos: R\$ 6,7 bilhões para abastecimento de água; R\$ 20,2 bilhões para coleta de esgotos; R\$ 9,9 bilhões para tratamento de esgotos e R\$ 7,4 bilhões para reposição de ativos.

<sup>238</sup> O Planasa foi regulamentado pela Lei n. 6.528, de 11.05.1978.

<sup>239</sup> O déficit de saneamento decorre, dentre outros fatores, do acelerado processo de urbanização ocorrido nas principais cidades brasileiras.

Esses investimentos corresponderiam a aproximadamente 0,36% do PIB em termos anuais. A taxa de investimento, que foi de 0,34% do PIB durante a década de 1970, caiu para 0,28% na década de 1980 e para 0,13% na de 1990.

As estatísticas referentes ao acesso da população brasileira ao abastecimento de água e à rede de esgoto, durante o período de 1989 a 2000, demonstram a não observância do princípio da universalidade neste setor, pois:

- a) Apenas um terço dos domicílios brasileiros tem coleta de esgoto;
- b) No Nordeste, o serviço é acessível a menos de 15% das casas;
- c) Um terço dos domicílios não conta com serviço de abastecimento de água;
- d) No Nordeste, mais da metade das casas não tem água encanada;
- e) O volume de água sem tratamento passou de 3,9% para 7,2%;
- f) Em mais da metade dos distritos não há controle de qualidade da água<sup>240</sup>.

O Jornal Folha de São Paulo noticiou que o Relatório de Desenvolvimento Humano 2006, apresentado pela Organização das Nações Unidas (ONU), sob o título “Além da escassez: poder, pobreza e a crise mundial de água”, apontou que, em pleno século XXI, um em cada cinco habitantes de países em desenvolvimento não tem acesso à água potável. Quase metade da população desses países não dispõe de saneamento básico. O reflexo é que um milhão e oitocentas mil crianças morrem de diarreia por ano<sup>241</sup>.

A ausência de recursos públicos e a ineficiência do setor público são as justificativas apresentadas para a privatização do setor. Alaôr Caffé Alves explica que,

---

<sup>240</sup> Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE, veiculada no Jornal Folha de São Paulo de 29 de março de 2002.

<sup>241</sup> ALÉM, 2006, p. A-13.

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<sup>242</sup>.

No entanto, o relatório apresentado pelo IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor traz a informação 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”<sup>243</sup>. Referido relatório refuta os argumentos da privatização, demonstrando que os recursos públicos são suficientes:

A justificativa de que o processo de privatização em curso tem como uma de suas razões a falta de recursos para assegurar os investimentos para ampliar o atendimento e caminhar para a sua universalização não se aplica, já que seria possível mobilizar hoje recursos da ordem de R\$ 4,7 bilhões por ano para viabilizar a meta de universalização até 2010, que foi estabelecida no plano de governo da primeira administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso e foi abandonada na sua segunda administração<sup>244</sup>.

O relatório prossegue na argumentação, contrária à privatização do setor, valendo-se do argumento de 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”<sup>245</sup>.

A descrição de António José Avelãs Nunes, sobre a privatização dos serviços de saneamento básico, é absolutamente desalentadora, conforme se observa da seguinte transcrição:

Outro domínio em que a lógica do império globalizador, apoiado no liberalismo, na privatização e nas sacrossantas regras do mercado, está a pôr em causa o direito à vida é o que se refere à água. Em 1998 o *Wall Street Journal* vaticinava que, depois do telefone, da energia e do gás, a

---

<sup>242</sup> ALVES, 1998, p. 26.

<sup>243</sup> IDEC, 2002, p. 176.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 183.

água será o próximo serviço onde florescerá a concorrência internacional. Muitos defendem já que a água vai ser o grande negócio do século XXI. São ainda maioritários os serviços de 'produção' e de abastecimento de água e de saneamento geridos por entidades públicas (muitas vezes municipais). Mas o apetite das grandes multinacionais do sector, controlado por três ou quatro colossos (Vivendi – Compagnie Générale des Eaux, Lyonnaise des Eaux, SAUR, etc.), vem-se revelando insaciável. Interesses privados têm já um peso considerável na 'indústria' da água em países como a Inglaterra e País de Gales, a França, a Espanha, e começa a tomar posições em muitos outros, como Portugal. Todos os estudos conhecidos, elaborados pelas mais 'insuspeitas' instituições académicas, 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)<sup>246</sup>.

O modelo a ser implantado, todavia, não é o ponto fundamental sobre o tema. A questão do serviço de saneamento básico não deve se ater ao modelo de Estado adotado, mas deve ser pautada na indispensabilidade do bem jurídico à manutenção da vida com dignidade.

Grande parte do debate de políticas sobre o abastecimento de água tem estado dominada pela estéril controvérsia entre a privatização e a propriedade estatal. Trata-se de uma falsa dicotomia: há uma ampla gama de enfoques financeiros e normativos racionais que permitem combinar ambas as perspectivas para garantir o abastecimento de água potável<sup>247</sup>.

Importa efetivamente que, até o momento, pouco existe em termos de marcos legais no setor de saneamento. Destacam-se, neste sentido: i) a Lei de Parcelamento do Solo<sup>248</sup>, 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<sup>249</sup>, 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<sup>250</sup>, 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, "deixando sem

<sup>246</sup> NUNES, 2003, p. 87 et. seq.

<sup>247</sup> DERSVIS; MANUEL, 2006.

<sup>248</sup> Lei n. 6.766/79.

<sup>249</sup> Lei n. 8.080/90.

<sup>250</sup> Lei n. 10.257/01.

solução questões sobre os modos de proceder à execução, ao planejamento, à regulação e à fiscalização e, ainda, quais espécies de financiamento e de políticas públicas de incentivo à universalização do serviço que podem ser adotados<sup>251</sup>.

Por outro lado, 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.

Há enormes dificuldades na criação de órgãos reguladores no setor de saneamento, consideradas a falta de experiência na regulação do segmento e a pulverização dos titulares – mais de cinco mil municípios brasileiros. Na ausência de órgãos fortes de regulação e fiscalização do serviço, as respectivas concessões poderão ser distorcidas, vindo a prejudicar a expansão dos serviços.

O setor de saneamento básico brasileiro defronta-se com grandes desafios, como o de uma gestão eficiente que possibilite sua auto-suficiência e a viabilização da realização dos investimentos necessários para ampliação e modernização gerencial e operacional do setor, visando universalizar o atendimento à população, tanto em água quanto em esgotamento sanitário.

A adoção de adequado marco regulatório sobre o assunto poderá reduzir a insegurança jurídica atualmente existente, o que contribuiria para aumentar a eficiência na gestão e os investimentos necessários para a universalização do acesso ao saneamento básico. Mais que qualquer outro serviço, a regulação setorial do saneamento básico deve se voltar à universalização do serviço. Ideal este condicionado a investimentos de natureza pública e privada e ao gerenciamento correto dos recursos hídricos. Sobreleva, portanto, o papel da criteriosa regulação neste segmento.

#### **4.1.1 Competência em matéria de saneamento**

O princípio federativo, adotado na Constituição da República, funda-se na descentralização política, efetivada por meio da repartição constitucional de

---

<sup>251</sup> LUFT, 2005, p. 219.

competências entre os três níveis de poder: a União, os Estados-membros e os Municípios. Cada um dos entes federados exerce, com autonomia, a parcela de poder que lhe é conferida pela Constituição.

A disciplina dos serviços de saneamento básico é repartida entre os entes federativos, o que torna mais dificultoso o estabelecimento dos marcos regulatórios do setor<sup>252</sup>. Não há possibilidade, frente ao ordenamento jurídico vigente, de se instituir um órgão regulador comum, com o poder de regular integralmente o setor de saneamento básico.

Passar-se-á agora a examinar a competência de cada ente federativo, em matéria de saneamento básico, enfocando a atribuição de cada um na fixação dos marcos regulatórios para o setor.

A começar, os incisos XIX e XX do art. 21 da Constituição da República tratam das normas gerais em matéria de saneamento básico, definindo a competência da União para traçar as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Diz o texto competir à União “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”. Compete ainda “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

Com base neste dispositivo, 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. Oportuno mencionar que a recém-sancionada Lei Federal n. 11.445, de 05.01.2007, estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

Compete também à União legislar privativamente sobre águas, conforme dispõe o art. 22, IV, da Constituição, sendo possível que os Estados o façam, mediante autorização da União, veiculada por lei complementar<sup>253</sup>.

Por outro lado, é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, promover melhorias das

---

<sup>252</sup> Contrariamente ao que ocorre no Brasil, no Reino Unido a competência regulatória é centralizada no denominado *Office of Water Services* – *OFWAT*.

<sup>253</sup> 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.

condições de saneamento básico, registrar, acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos em seus territórios<sup>254</sup>.

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<sup>255</sup>.

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:

Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Afora a hipótese de constituição de região metropolitana, resta aos Estados, em matéria de saneamento, a competência remanescente: “Art. 25. §1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta 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)<sup>256</sup>. 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.

No caso das águas pertencentes à União, a utilização pelos Municípios depende de autorização do direito de uso de recursos hídricos, outorgada pela Agência Nacional de Águas (art. 4º da Lei n. 9.984/00). No caso das águas estaduais, a disciplina depende da legislação estadual, sendo usual a celebração de convênio administrativo entre o Estado e o Município.

Observa-se, por outro lado, que as Constituições de diversos Estados determinam a competência deles para editar normas gerais sobre

---

<sup>254</sup> Art. 23, II, IX, XI, CR.

<sup>255</sup> Art. 24, VI e XII, CR.

<sup>256</sup> 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.

saneamento básico, competência 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<sup>257</sup>.

Os Municípios têm maior responsabilidade pelos serviços que se desenvolvem em seu território, dirigidos aos cidadãos que nele habitam: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local”. 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 os serviços, é ele igualmente competente para implementar os marcos regulatórios, ainda que haja regras gerais de competência federal e estadual.

O art. 23, 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<sup>258</sup> e proteger o meio ambiente<sup>259</sup>. A competência comum induz à cooperação entre os entes para a melhor prestação do serviço.

O art. 196 da Constituição da República trata especificamente da saúde – “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” –, enquanto o art. 198 estrutura o modelo das prestações, estabelecendo que as ações nesta área integram o sistema único de abrangência federal, estadual e municipal. No art. 200, observa-se a interligação entre as áreas de saneamento, saúde e meio ambiente, conforme acima foi examinado, quando

---

<sup>257</sup> SCHIRATO, 2004, p. 135.

<sup>258</sup> Art. 23, II, CR.

<sup>259</sup> Art. 23, VI, CR.

são definidas as atribuições do sistema único: “IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente”.

A competência em matéria de saneamento básico é sintetizada por Cid Tomanik Pompeu:

Em saneamento básico, a competência está assim equacionada: a *União*: elabora e executa planos nacionais e regionais de ordenação do território de desenvolvimento econômico e social e *institui diretrizes* para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; o *Município*: legisla sobre assuntos de interesse local; suplementa a legislação federal e a estadual, no que couber; organiza e presta diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local; e promove, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; o *Estado*: exerce todas as competências que não lhe forem vedadas pela Constituição, entre as quais estão as não concorrentes ou comuns, cometidas à União e aos Municípios pela mesma Constituição; o *Distrito Federal*: exerce as competências legislativas reservadas aos Municípios<sup>260</sup>.

A diversidade de competências é extremamente nociva para a adequação do serviço de saneamento, tendo em vista que a magnitude dos investimentos necessários é incompatível com a instabilidade das regras.

Por outro lado, 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.

Segundo Eros Roberto Grau:

A afirmação de que um serviço público – um interesse, um problema – é de (peculiar) *interesse local* não supõe a afirmação de que seja ele considerado como único e exclusivo do Município. É fora de dúvida que tudo quanto seja de interesse local – municipal, pois – reflete-se, em última instância, como de interesse estadual e federal. Em contrapartida, não há interesse estadual ou federal que não respeite, também, ao interesse dos Municípios. O que distingue o peculiar interesse local daqueles é a circunstância de ser ele de caráter *predominantemente local*<sup>261</sup>.

Para Leila Cuéllar, o serviço de saneamento básico é de interesse comum, sendo objeto de legislação federal e estadual e submetido à ação

<sup>260</sup> POMPEU, 2006, p. 303.

<sup>261</sup> GRAU, 2001, p. 149.

administrativa comum à União, Estados e Municípios, consoante determinação expressa do inciso IX do artigo 23 da Constituição, que estatui que cabe à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios promover a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico<sup>262</sup>.

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 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<sup>263</sup>.

Esta cooperação pode ser efetivada, dentre outros meios, 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<sup>264</sup>.

#### **4.1.2 A concessão do serviço de saneamento básico**

A concessão – modalidade de delegação da execução dos serviços públicos, cujos traços gerais foram examinados no capítulo anterior – é largamente utilizada no campo dos serviços 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.

---

<sup>262</sup> CUÉLLAR, 2004, p. 336 et. seq.

<sup>263</sup> SUNDFELD, 2001a.

<sup>264</sup> Art. 241, CR.

O art. 2º da Lei n. 9.074/95 estabelece ser desnecessária lei autorizativa para a outorga de concessão do serviço de saneamento básico<sup>265</sup>. 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<sup>266</sup>.

O afastamento da lei, no entanto, é passível de questionamento, considerando o princípio da legalidade, basilar à Administração Pública<sup>267</sup>. Compartilha-se do entendimento de Marçal Justen Filho quanto à inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei n. 9.074/95, por afronta ao princípio antes mencionado, devendo haver lei autorizando a outorga da concessão, prevendo, inclusive, as condições da delegação e o respectivo prazo<sup>268</sup>.

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, conforme anteriormente relatado, há várias décadas, no Brasil, 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 exercer competência municipal.

Este 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.

---

<sup>265</sup> “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”.

<sup>266</sup> SCHIRATO, 2004, p. 119.

<sup>267</sup> Art. 37, CR.

<sup>268</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 177.

A realidade ora descrita reveste-se de notória distorção, pois na forma de prestação difundida por todo país, o Município adota tímida participação frente ao 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 auto-regulação, 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<sup>269</sup>, 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. Esta licitação não vem ocorrendo na grande maioria dos casos.

O segundo argumento 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 esta vedada no ordenamento jurídico.

A argumentação sobre a inviabilidade da prestação do serviço de saneamento pelas empresas estaduais é refutada por Carlos Ari Sundfeld. Afirma o Professor que a nova redação do art. 241, CR<sup>270</sup>, dada pela EC n. 19/98, pôs fim à idéia de que seria vedado ao Município celebrar ajuste para transferir ao Estado a execução de seus serviços<sup>271</sup>.

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 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

---

<sup>269</sup> Art. 175, CR.

<sup>270</sup> 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.

<sup>271</sup> SUNDFELD, 2001a.

‘diretamente’) nem se confunde com o Poder Público (pois nem exerce poder, nem é pública)”<sup>272</sup>.

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”<sup>273</sup>.

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 empresário 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<sup>274</sup>.

A tese foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Outro ponto de sustentação para exigência de licitação em qualquer caso de concessão de serviço público – e aqui não se tem qualquer caso de concessão de obras e serviços públicos, mas sim tarefas no complexo plano de saneamento básico – consiste em que a Lei 8.987, de 13.2.1995, posterior à Lei de Licitações, reza, no artigo 17, parágrafo único, que se considera desclassificada a proposta da entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente, nas hipóteses ali previstas. Desse modo, também por mais esse motivo, se deveria concluir, aqui, pela indispensabilidade da licitação na concessão de serviços públicos.

Não obstante, não é procedente tal conclusão. É que o artigo 14, da mesma Lei 8.987/95, dispõe que “Toda concessão de serviço público, precedida ou

---

<sup>272</sup> Ibid.

<sup>273</sup> Ibid.

<sup>274</sup> Ibid.

não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria”.

A remissão, naturalmente, continuou sendo feita ao disposto na Lei de Licitações, n. 8.666, especialmente a seu artigo 24. E em princípio, certamente, no caso especial e complexo de serviços de fornecimento de água e saneamento de esgotos coletados, no atual estágio econômico e científico das empresas em geral, ao disposto no artigo 25: “É inexigível a licitação quando houver a inviabilidade de competição”.

Isso posto, e tendo em conta, especialmente, a regra sobre incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, e as regras sobre ressalva dos casos especificados na legislação para a obrigatoriedade de licitação, bem como, por fim, as normas estaduais sobre saneamento, fica cassada a liminar concedida em primeiro grau na ação popular, para esse fim sendo dado provimento ao agravo de instrumento<sup>275</sup>.

Alaôr Caffé Alves sustenta outra posição. Para ele, as autarquias sim 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 na 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<sup>276</sup>. Conseqüentemente:

[...] 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<sup>277</sup>.

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<sup>278</sup>.

A concessão propriamente dita configura-se quando o Estado transfere o desempenho do serviço público para particular, a quem incumbirá a

<sup>275</sup> 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.

<sup>276</sup> ALVES, 1998, p. 24.

<sup>277</sup> Ibid., p. 24.

<sup>278</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

organização dos fatores de produção, segundo critérios de racionalidade econômica, elegidos pelo concessionário<sup>279</sup>.

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 serviço não é retirada da órbita administrativa do sujeito que é titular para sua prestação<sup>280</sup>.

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<sup>281</sup>.

Marçal Justen Filho sustenta a desnecessidade de licitação nas denominadas concessões impróprias (concessão-delegação 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

---

<sup>279</sup> Ibid., p. 125.

<sup>280</sup> Ibid., p. 125.

<sup>281</sup> Ibid., p. 125.

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<sup>282</sup>.

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.

#### **4.1.3 As parcerias com o setor privado**

A ausência de recursos financeiros, isoladamente considerada, não justifica a outorga da concessão do serviço de saneamento básico. Há meios alternativos, os quais permitem a constituição de parcerias entre os setores público e privado, sobretudo, nas localidades onde não haja interesse para a exploração da atividade pelos particulares, em função da baixa rentabilidade.

Destaca-se como instrumento à consecução da universalidade dos serviços de saneamento básico, a Lei n. 11.079, de 30.12.2004, que estabelece o marco legislativo das parcerias público-privadas. Trata-se de uma forma de associação entre a Administração Pública e os particulares para a execução de empreendimentos e atividades de interesse público, mediante o compartilhamento dos riscos entre o particular contratado e a Administração Pública.

Alexandre Santos de Aragão define as parcerias público-privadas como contratos de delegação destinados à construção de infra-estrutura e gestão de atividades administrativas, “mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população”<sup>283</sup>.

As parcerias público-privado desenvolvem-se sob a forma de concessão patrocinada – compreendida como a concessão convencional de serviços públicos, na qual parcela da remuneração do concessionário advém de

---

<sup>282</sup> Ibid., 2003, p. 192.

<sup>283</sup> ARAGÃO, 2006, p. 127.

subsídios públicos – ou sob a forma de concessão administrativa – hipótese em se prestam os serviços diretamente à Administração Pública.

Nas parcerias público-privado, o particular é remunerado mediante a repartição das receitas auferidas pelo Poder Público na prestação do serviço. Difere assim das terceirizações, em que os pagamentos são devidos na medida em que os termos contratuais são atingidos. O risco, nas terceirizações, é da Administração Pública, enquanto que nas parcerias público-privado, o risco é repartido.

As parcerias público-privado diferem também das concessões e das permissões. Nestas, o particular remunera-se por meio de tarifas pagas diretamente pelos usuários, assumindo o particular o risco da inadimplência. Nas parcerias público-privado, sendo o particular remunerado diretamente pelo Poder Público, o risco é com este compartilhado.

Vitor Rhein Schirato destaca que as parcerias público-privadas despontam como uma alternativa para o aumento dos investimentos no setor de saneamento básico, tendo em vista que o modelo permite a estruturação de formas rentáveis de consecução de empreendimentos públicos<sup>284</sup>.

## 4.2 A regulação estatal do serviço de saneamento

A 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. Segundo Juarez Freitas:

A própria noção de controle, excessivamente limitada a juízos de mera conformação às regras, haverá de experimentar dignificação e realce em termos de efetividade, máxime na tarefa de outorgar concretização aos princípios superiores estatuidos na Constituição. Em outras palavras, o critério decisivo para estimar uma adequada atuação controladora reside, justamente, no zelo pela íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo quando se mostrar justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> SCHIRATO, 2004, p. 140.

<sup>285</sup> FREITAS, 1999, p. 19.

Paulo Roberto Ferreira Motta salienta com absoluta propriedade que

a regulação que transforma homens em mercadorias é contrária à Constituição e ao Direito. A que transforma indigentes em seres dotados de autonomia consciente de vontade, doentes em sadios, ignorantes em educados, miseráveis em usuários, indolentes em trabalhadores é a regulação que deve ser perseguida<sup>286</sup>.

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<sup>287</sup>, 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 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<sup>288</sup>.

As características específicas do serviço de saneamento exigem marcos regulatórios absolutamente claros e precisos para o setor<sup>289</sup>. 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

---

<sup>286</sup> MOTTA, 2004, p. 79.

<sup>287</sup> 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.

<sup>288</sup> 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”.

<sup>289</sup> 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* (84 et. seq.).

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”<sup>290</sup>.

Atenta a esta 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<sup>291</sup>, no caso específico do 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 infra-estrutura, 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.

Rosângela Marina Luft explica a razão do serviço de saneamento básico constituir-se um monopólio natural:

As características de sua disposição arquitetônica básica – extensas tubulações de água e esgoto, barragens, reservatórios de distribuição – tornam inviável a concorrência entre empresas prestadoras deste serviço, pois, além de o espaço físico geralmente não suportar mais do que um sistema de abastecimento, a redução dos custos de sua manutenção somente se processa com o aumento do número de usuários. Tais

---

<sup>290</sup> Ibid., p. 94.

<sup>291</sup> 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”.

especificidades enquadram-no entre os denominados “monopólios naturais”<sup>292</sup>.

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<sup>293</sup>. Afirma o autor:

Isto ocorre, pois a sistemática adotada no Brasil para a outorga de concessões e permissões de serviços públicos é baseada exclusivamente na remuneração do concessionário privado a partir das receitas auferidas do serviço concedido, sem que haja a liberação de qualquer recurso pelo Poder Público. Como consequência, apenas os serviços prestados em localidades com grande poderio econômico acabam sendo interessantes para viabilizar a adequada remuneração dos concessionários privados, o que acaba por restringir a inclusão das localidades mais pobres na modernidade dos serviços prestados.

Esta realidade é absolutamente criticável sob todos os aspectos relacionados aos serviços públicos, visto que atinge frontalmente todos os princípios norteadores dos serviços públicos (notadamente o Princípio da Universalidade), despe de qualquer utilidade prática a existência do conceito de serviço público, visto que tolhe da atividade o caráter instrumental para o cumprimento dos valores constitucionais impostos à Administração Pública e, pior, presta um fortíssimo desserviço à melhora na distribuição da renda no Brasil, o que, certamente, inviabiliza o desenvolvimento nacional<sup>294</sup>.

A prestação de serviços de forma desequilibrada, entretanto, privilegiando determinados segmentos sociais, em detrimento de outros, viola, dentre outros princípios constitucionais da ordem econômica, o que indica a superação das desigualdades regionais (art. 170, VII, CR). O saneamento básico é um exemplo bastante característico deste desenvolvimento não uniforme. Apenas os grandes centros urbanos – detentores de uma maior concentração de pessoas com elevado poder aquisitivo – são atraentes para os prestadores privados dos serviços.

---

<sup>292</sup> LUFT, 2005, p. 214.

<sup>293</sup> SCHIRATO, 2005, p. 93 et. seq.

<sup>294</sup> Ibid., p. 93 et. seq.

Contrariamente, as localidades menos favorecidas, onde possivelmente o serviço seja deficitário, não despertam o interesse do capital privado.

Conclui Vitor Rhein Schirato que, no Brasil, as concessões de serviços públicos estão “baseadas em um modelo de transferência dos riscos ao concessionário privado”, o que retrata “a opção pelo abandono das regiões mais carentes e o privilégio das regiões mais desenvolvidas, em gravíssima afronta à ordem econômica constitucional”<sup>295</sup>.

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 pré-estabelecidos 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, o respeito à saúde e ao meio ambiente, a oferta de serviços de drenagem das águas pluviais, a eficiência e a sustentabilidade econômica, o controle social, a segurança, qualidade e 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 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:

Art. 22. São objetivos da regulação:

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;

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.

---

<sup>295</sup> Ibid., p. 93 et. seq.

Destaca-se, ainda, da recentíssima Lei, 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 estes direitos:

Art. 27. É assegurado aos usuários de serviços públicos de saneamento básico, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais:

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;

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 isto e optando-se pela outorga de concessão, o respectivo edital de licitação assume importância fundamental, devendo nele 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.

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.

Sobre os padrões de qualidade do serviço, a serem observados pelo concessionário, Luiz Alberto Blanchet discorre nos seguintes termos:

[...] o contrato deverá prever indicadores (os quais resultam em avaliação quantitativa, numérica) a serem utilizados na aferição da qualidade do serviço prestado, o que permite concluir que o poder concedente poderá

estabelecer limites (numéricos) cuja inobservância indicará a má qualidade do serviço. A fixação de indicadores pode ocorrer, por exemplo, relativamente a serviços como os de energia elétrica (no que tange à voltagem) e de abastecimento de água (no que concerne ao índice de pureza da água)<sup>296</sup>.

A Lei n. 11.445, de 05.01.2007, 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:

Os setores de distribuição obedecem à lógica da bacia hidrográfica e não a da divisão político-administrativa do município; a população, por sua vez, também não se divide por motivos políticos ou jurídicos e sim por razões de fato, motivadas por fatores econômicos e sociais; impõe-se, assim, a maximização dos aspectos físicos (relevo) e sociais (conurbação) para se obter a modicidade da tarifa para todos (evitando-se a multiplicidade de obras, ainda que viáveis tecnicamente). Os mananciais hídricos não são infinitos e a produção é limitada; a má-gestão em um município vai afetar os demais, pois não haverá produção suficiente para atender a toda a demanda, não há como pactuar padrões de consumo estanques nem como gerenciar variações normais ou anormais; controlando as duas pontas, o gerenciador maximiza os lucros, reduzindo as perdas; do contrário, deverá arcar com os elevados custos de ampliação de um sistema que é finito<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> BLANCHET, 1997, p. 112.

<sup>297</sup> SOUTO, 2001, p. 351.

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”<sup>298</sup>, o que pode ser obtido incentivando-se a constituição de consórcios ou associações entre os Municípios.

Os consórcios públicos são disciplinados pela Lei n. 11.107/05, a qual dispõe que esses negócios jurídicos destinam-se à efetivação de interesses comuns dos entes federados. Por meio deles, são criados novos entes com personalidade jurídica própria, fazendo com que os consorciados conjuguem esforços para que se promova a gestão associada do serviço público.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, a nova lei que trata dos consórcios representa uma evolução na prestação dos serviços públicos ao instituir uma

fórmula original de prestação descentralizada por entidade plurifederativa da Administração Indireta – o consórcio –, que, por sua vez, pode delegar os serviços a ele conferidos à iniciativa privada através dos instrumentos já consagrados de delegação de serviços públicos (concessões, etc.)<sup>299</sup>.

#### **4.2.1 A regulação no âmbito municipal**

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 eivada de inconstitucionalidade, na medida em constituir-se-ia nítida ofensa ao pacto 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

---

<sup>298</sup> Art. 2º, XII, da Lei n. 11.445, de 05.01.2007.

<sup>299</sup> ARAGÃO, 2006, p. 127.

setor<sup>300</sup>? Disporiam os Municípios dos recursos financeiros necessários? As instabilidades políticas, sobretudo nos Municípios de pequeno porte, não viriam a dificultar os investimentos neste 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 destas 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, de forma ponderada, 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, onde os riscos regulatórios podem assumir elevadas proporções:

Há aqueles que podem enfrentar, com vantagem, a decisão de explorar seus serviços de abastecimento de água, delegando-os a grandes empresas privadas, ou, com já vem ocorrendo, a consórcios de que participem empresas estrangeiras de grande porte, detentoras da mais sofisticada tecnologia, que até consigam financiamentos de órgãos internacionais. Para estes, vale recorrerem à aplicação das disposições da Lei n. 8.987/95, que, aliás, foram editadas para isso.

Mas há os que não o podem, mesmo. Ou porque não têm recursos financeiros suficientes, sequer, para pagar sua própria folha de pessoal; ou porque a rentabilidade dos seus serviços de abastecimento de água, se houver alguma rentabilidade, não é suficiente para atrair investidores privados.

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<sup>301</sup>.

<sup>300</sup> Talvez fosse o caso de se pensar na contratação de serviços de assessoria técnica.

<sup>301</sup> BORGES, 1997, p. 45 et. seq.

A competência municipal, menciona Vitor Rhein Schirato, sujeita o setor de saneamento aos riscos políticos de âmbito municipal, considerados significativamente maiores, em função da maior volatilidade das normas municipais<sup>302</sup>. 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 esta mais freqüente no âmbito municipal, em que a maturidade política mostra-se mais precária que no âmbito federal.

De fato, os municípios, hoje, não dispõem de órgão ou entidade especificamente constituído 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 numa 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 frente às solicitações de reajuste e revisão de tarifas, por exemplo.

Este 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

---

<sup>302</sup> SCHIRATO, 2004, p. 136.

de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”.

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. “O fornecimento e a distribuição de bens indispensáveis é resultado de muitas variáveis, desde incentivos de mercado e inovações tecnológicas até inversões públicas e marcos reguladores. Porém, às vezes, o ingrediente que falta é vontade política”<sup>303</sup>.

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<sup>304</sup>.

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 – nesta etapa os interesses da comunidade são deixados em um segundo plano. Num 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”<sup>305</sup>.

A proposta do autor é apresentada nos seguintes termos:

A rejeição à *demagogia regulatória*, no âmbito das concessões de serviço público, resultará da prevalência dos princípios jurídicos fundamentais e da adoção de políticas de longo prazo. Isso significa o dever de planejamento, realizando projeções sobre os efeitos das decisões presentes e assumindo seriamente o compromisso com as decisões adotadas. Para que tal seja possível, é imperioso optar pelas soluções que sejam técnica e politicamente mais adequadas, o que legitimará as escolhas realizadas,

---

<sup>303</sup> DERVIS; MANUEL, 2006.

<sup>304</sup> SCHIRATO, 2004, p. 136.

<sup>305</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 67.

dará respaldo à conduta do governante e conduzirá à adesão da Sociedade<sup>306</sup>.

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.

#### **4.2.2 A universalização do saneamento básico**

Os mecanismos regulatórios têm uma finalidade comum: a universalização dos serviços. Isto significa que os serviços

devem atender a todos que deles necessitem, indistintamente, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigidos tanto daqueles que tenham a competência para instituí-los quanto daqueles que os executem<sup>307</sup>.

É nesse sentido que o art. 2º da Lei n. 11.445, de 05.01.2007, 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”.

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<sup>308</sup>. Fora disso,

---

<sup>306</sup> Ibid., p. 68.

<sup>307</sup> GROTTI, 2006, p. 45 et. seq.

<sup>308</sup> MOTTA, 2003c, p. 139.

assevera, “o que existe é acumulação de capitais que produzem apenas, e tão-somente, mais miséria”<sup>309</sup>.

O acesso universal aos serviços públicos está relacionado à idéia de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, zelando por sua efetivação, o Estado, no exercício da atividade regulatória, deve desempenhar seu papel guiando-se pelos direitos fundamentais, pelos princípios constitucionais da ordem econômica e pelas normas infraconstitucionais que disciplinam os serviços públicos.

A universalidade do serviço de saneamento básico é o grande norte no exercício da atividade regulatória. É também por isso que o modelo a ser implantado deve assegurar a observância, pelos prestadores dos serviços, das políticas públicas setoriais traçadas pelo poder concedente.

Assim, é fundamental que os titulares estabeleçam as condições em que os serviços deverão ser prestados, como as metas de atendimento e expansão que levem à universalização, as regras a que estarão sujeitos os prestadores, incluindo as tarifárias, a entidade encarregada da regulação e fiscalização, assim como os meios que utilizarão para garantir o atendimento aos mais pobres, como os subsídios<sup>310</sup>.

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 no atendimento às populações de baixa de renda, normalmente habitantes de localidades distantes dos centros de maior poder aquisitivo. Assim, a prestação dos serviços, nestes segmentos específicos, apresenta-se deficitária, sendo nestas hipóteses absolutamente imprescindível a intervenção direta do Estado<sup>311</sup>.

Alaôr Caffé Alves aponta que a universalização do serviço de saneamento básico obriga o Estado a regular adequadamente

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.<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Id., 2003b, p. 123.

<sup>310</sup> BRASIL, 2001, p. 09.

<sup>311</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 172.

<sup>312</sup> ALVES, 1998, p. 25.

Sobre a política tarifária, o art. 10 do Decreto n. 82.587/78 estabelece que os benefícios dos serviços de saneamento básico<sup>313</sup> sejam “assegurados a todas as camadas sociais, devendo as tarifas adequar-se ao poder aquisitivo da população atendida, de forma a compatibilizar os aspectos econômicos com os objetivos sociais”.

Carlos Ari Sundfeld aponta que a situação brasileira está a recomendar a atenção estatal para aquelas 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 prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor<sup>314</sup>.

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<sup>315</sup>, seja por vantagens na própria concessão, capazes de atrair o capital privado.

A Lei n. 11.445, de 05.01.2007, 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”<sup>316</sup>, 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<sup>317</sup>.

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

<sup>313</sup> O art. 1º, III, Lei n. 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos) estabelece que a água para o abastecimento humano tem prioridade sobre qualquer outro tipo de uso. Neste sentido, a Agência Nacional de Águas (ANA) - Lei n. 9.984/2000 possui papel importante na alocação dos recursos hídricos, contribuindo para a universalização do saneamento.

<sup>314</sup> SUNDFELD, 2000, p. 34.

<sup>315</sup> 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” (2003, p. 335).

<sup>316</sup> Art. 29, par. 2º.

<sup>317</sup> Art. 31 da Lei n. 11.445, de 05.01.2007.

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 - 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<sup>318</sup>.

O fomento do setor privado, destinado à universalização das atividades públicas, não tem sido utilizado no Brasil, como observa Vitor Rhein Schirato, sendo esta hipótese inclusive vedada em determinados casos. A justificativa para tal situação, prossegue 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<sup>319</sup>.

Sobre a formulação de políticas públicas, destinadas à obtenção da universalidade dos serviços, Floriano de Azevedo Marques Neto menciona que toda

política de universalização tem, pois, um viés distributivista voltado a realizar a justiça social e a redução das desigualdades. Segue daí que, sempre, para se consagrar o princípio da universalização, o poder público terá que eleger os grupos que estão a necessitar de políticas específicas para serem incluídos no acesso e fruição do serviço<sup>320</sup>.

A implementação de proficientes políticas públicas de saneamento básico é o grande desafio que se coloca neste segmento dos serviços públicos.

---

<sup>318</sup> SCHIRATO, 2005, p. 93 et. seq.

<sup>319</sup> Ibid., p. 93 et. seq.

<sup>320</sup> MARQUES NETO, p. 78.

### 4.2.3 A tarifa

A definição do valor da tarifa devida, em função dos serviços prestados, vem a ser um dos temas relacionados ao serviço de saneamento básico 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 isto, a redução das tarifas não é o único norte a ser seguido – 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 infra-estrutura.

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<sup>321</sup>.

É justamente este 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<sup>322</sup>.

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 da gratuidade dos serviços, dada a inviabilidade material do Estado em assegurar a prestação, sem que haja a correspondente disponibilidade de recursos

---

<sup>321</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 291.

<sup>322</sup> “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.).

financeiros. Por outro lado, o serviço deve ser acessível, sob pena de ser violado o núcleo de direitos essenciais dos cidadãos.

Neste ponto, se a prestação do serviço é feita diretamente pelo Estado ou se esta é outorgada, mediante concessão, ao particular, cada uma destas opções implica no tratamento diferenciado em relação à cobrança da tarifa. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado, 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<sup>323</sup>.

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 em todos os cidadãos. No segundo, é concentrada nos usuários efetivos.

Diante dessa realidade, 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.

A correta cobrança das tarifas é de fundamental importância para a manutenção e expansão do sistema de saneamento básico. Entretanto, desconsiderando esta 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.

---

<sup>323</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 71.

Depara-se com a ausência de 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.

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”<sup>324</sup>.

Marçal Justen Filho pondera 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”<sup>325</sup>.

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. Esse fator é denominado, no campo da economia, como “assimetria de informações”, o que decorre da permanente dúvida sobre a dimensão dos custos, ainda que existam diversos instrumentos de fiscalização estatal<sup>326</sup>.

Há que se ressaltar que a remuneração do concessionário não deve ocorrer necessariamente apenas pelas tarifas. A remuneração pode se dar também através de receitas alternativas, conforme estabelece o art. 11 da Lei n. 8.987/95:

no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, a possibilidade de previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a fornecer a modicidade das tarifas.

---

<sup>324</sup> IDEC, 2002, p. 23.

<sup>325</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 69.

<sup>326</sup> Ibid., p. 181.

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<sup>327</sup>.

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<sup>328</sup>.

A Lei n. 11.445, de 05.01.2007, traça as linhas gerais para a fixação das tarifas do serviço de saneamento básico:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

[...]

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do *caput* deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;

II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;

III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;

IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;

V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;

VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;

---

<sup>327</sup> Ibid., p. 91.

<sup>328</sup> Ibid., p. 91.

VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;

VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

A fixação da tarifa vem a ser o ponto determinante para a viabilidade do sistema de saneamento e para a obtenção das metas de universalização da prestação.

#### **4.2.4 Interrupção do serviço por falta de pagamento<sup>329</sup>**

Outra questão de suma importância, relacionada ao pagamento da tarifa do serviço de saneamento básico, diz respeito à possibilidade de haver interrupção do serviço, na hipótese de não ser efetuado o pagamento pelo usuário.

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) dispõe acerca da impossibilidade de interrupção da prestação dos serviços públicos, ainda que haja o inadimplemento do usuário:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. 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.

Em sentido diverso, ensejando um conflito de normas, o art. 6º, §3º, II, da Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), faculta, ao concessionário e ao permissionário de serviço público, a suspensão da prestação do serviço, na hipótese do não pagamento da tarifa, pelo usuário, considerando o interesse da coletividade:

Art. 6º. 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.

[...]

§3º. Não se descaracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

<sup>329</sup> Além da interrupção do serviço em função do inadimplemento do usuário, há previsão legal de interrupção por motivos de ordem técnica ou de segurança (art. 6º, § 2º, I, Lei n. 8.987/95).

[...]

II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A solução é absolutamente controvertida. Leila Cuéllar aponta para a existência de uma colisão entre princípios fundamentais:

O cerne da questão está, aparentemente, num cotejo de princípios fundamentais. Por um lado, há objetivos de saúde pública, higiene pública, sobrevivência com dignidade. De outro lado, há o princípio da prevalência do interesse público e a continuidade da prestação do serviço público para a coletividade<sup>330</sup>.

A questão se revela demasiadamente complexa, pois o interesse público não restaria assegurado plenamente com a impossibilidade, em qualquer hipótese, de interrupção da prestação. A falta de remuneração, em largas proporções, levaria à inviabilidade do sistema, comprometendo, aí sim de forma calamitosa, os interesses relacionados à saúde pública.

Sob essa ótica, a essencialidade do serviço de abastecimento de água e as questões de saúde pública seriam argumentos que, na verdade, recomendariam o adimplemento do usuário, sob pena de corte do fornecimento do serviço, como expressão do exercício regular de um direito do prestador dos serviços.

É o que afirma Leila Cuéllar:

O serviço de fornecimento de água e tratamento de esgotos é condição vital imposta ao Estado, enquanto garantidor e executor dos interesses sociais. A não possibilidade de suspensão do serviço para usuário inadimplente poderia acarretar previsível inadimplência em massa, colocando em risco a viabilidade da prestação do serviço em questão<sup>331</sup>.

A autora ressalta que não preconiza “uma atitude indiscriminada por parte do Estado quanto ao usuário, mesmo considerando que este, por sua vez, não deve ficar na posição passiva e exigir desmesuradamente do Poder Público”<sup>332</sup>. Propõe, assim, a possibilidade de interrupção, desde que observados os seguintes critérios:

---

<sup>330</sup> CUÉLLAR, 2004, p. 355.

<sup>331</sup> Ibid., p. 356.

<sup>332</sup> Ibid., p. 364.

1. As prestadoras de serviço público de abastecimento de água devem utilizar a suspensão apenas em casos extremos;
2. Deve haver equilíbrio na fixação das tarifas, o que pode ser viabilizado pela adoção de mecanismos tendentes a suprir a impossibilidade dos menos favorecidos custearem os serviços, a exemplo da previsão da chamada “tarifa social”, tarifas e prazos especiais para desempregados;
3. Assunção, pela Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos débitos das pessoas carentes, através da instituição de um fundo de universalização<sup>333</sup>.

Traçados esses critérios, conclui:

Tendo em vista a natureza essencial do serviço de abastecimento de água (talvez até pudéssemos ousar dizer que se trata do serviço mais essencial de todos, numa escala comparativa entre os serviços públicos, considerando que está vinculado a questões de higiene e saúde pública), entendemos que a interrupção do serviço por inadimplemento somente é possível nas hipóteses em que forem respeitados os direitos dos usuários, através da concessão de prazos para defesa e/ou pagamento, observância da situação econômica e social do usuário inadimplente, negociação de condições favoráveis, através da fixação de prazos, descontos e medidas que favoreçam os desempregados e os mais pobres<sup>334</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, em 10.06.2003, ao julgar caso de interrupção do serviço de energia elétrica, decidiu pela possibilidade, destacando, entretanto, que o interessado, no caso concreto, era usuário com poder aquisitivo suficiente para o pagamento do débito:

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA “C” – ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – ATRASO NO PAGAMENTO – SUSPENSÃO DO SERVIÇO – POSSIBILIDADE – ARTS. 6º, §3º, DA LEI N. 8.987/95 E 17 DA LEI N. 9.427/96.

Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público.

Na hipótese vertente, verifica-se que se trata de usuário do serviço público concedido que, nos termos do r. voto condutor do acórdão objurgado, “deliberadamente vem se mantendo na inadimplência”, razão bastante para a suspensão do fornecimento do bem.

Ao editar a Resolução n. 456, de 29 de novembro de 2000, a própria ANEEL, responsável pela regulamentação do setor energético no país, contemplou a possibilidade de suspensão do fornecimento do serviço em inúmeras hipóteses, dentre as quais o atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica prestados mediante autorização do consumidor, ou pela prestação do serviço público de energia elétrica (art. 91, incisos I e II).

Recebe o usuário, se admitida a impossibilidade de suspensão do serviço, reprovável estímulo à inadimplência. Não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de

<sup>333</sup> Ibid., p. 364 et. seq.

<sup>334</sup> Ibid., p. 367 et. seq.

honrar seus compromissos financeiros em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame<sup>335</sup>.

Marçal Justen Filho, com quem, neste tópico específico, concorda-se integralmente, defende a impossibilidade de suspensão do fornecimento dos serviços de água tratada e coleta de esgotos, não se aplicando ao caso o art. 6º da Lei n. 8.987/95, visto se tratar de interesse relacionado à saúde pública:

A hipótese do inc. II não autoriza, porém, a suspensão de serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana. Essa é a situação específica do fornecimento de água tratada e de coleta de esgotos. A instalação de rede de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos não se faz como meio de satisfação do interesse individual dos usuários. Trata-se de instrumento de controle à saúde pública. Por meio desses serviços, eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente por meio da contaminação da água. A suspensão dos serviços de água e esgoto representaria risco à saúde pública, na medida em que alguns dos integrantes da comunidade poderiam adquirir doenças, evitável por meio do tratamento de água e esgoto<sup>336</sup>.

O entendimento de Dinorá Adelaide Musetti Grotti é na mesma linha:

A despeito das divergências existentes, entendemos que não pode haver a suspensão dos serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana (é o caso da situação específica do fornecimento de água tratada e a de coleta de esgotos)<sup>337</sup>.

Os julgados vêm firmando entendimento no sentido da impossibilidade de interrupção do serviço público, em razão do inadimplemento do usuário, oportunizando ao prestador dos serviços a cobrança judicial para a satisfação do seu crédito. Os fundamentos dessas decisões consistem na necessidade de se manter a prestação do serviço essencial, ainda em face do inadimplemento do usuário, como forma de proteção da saúde pública e de ser assegurada a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, entende-se que a suspensão dos serviços constituir-se-ia em meio vexatório de cobrança, vedado expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 42).

Veja-se a posição do Superior Tribunal de Justiça<sup>338</sup>:

---

<sup>335</sup> Recurso Especial n. 510.478 – PB, Rel. Min. Franciulli Netto, votação unânime, j. 10.06.2003.

<sup>336</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 310.

<sup>337</sup> GROTTI, 2000, p. 53.

<sup>338</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em caso de interrupção no serviço de energia elétrica, decidiu também pela impossibilidade: ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA – ESTADO INADIMPLENTE – IMPOSSIBILIDADE – MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE – O corte no fornecimento de água em prédios do Estado atinge não somente aquele ente da Federação, mas o próprio cidadão, porquanto a inviabilidade da utilização do prédio e a conseqüente deficiência na prestação dos serviços decorrentes atingem diretamente todos os munícipes. O corte, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. Precedentes. Medida cautelar procedente<sup>339</sup>.

A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento<sup>340</sup>.

Neste mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

TAXA DE ÁGUA E ESGOTO – PAGAMENTO – ART. 22 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – MANDADO DE SEGURANÇA – Administrativo. Abastecimento de água potável. Princípio da continuidade do serviço público essencial. Inadimplência do usuário. Mandado de segurança para restabelecer o fornecimento de água. Código de Proteção ao consumidor. Serviço público essencial, como abastecimento de água potável, prestado por órgão público ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, está sujeito ao princípio da continuidade, não podendo ser interrompido pelo atraso do usuário no pagamento da taxa ou tarifa, (aplicação do Código de Defesa do Consumidor, artigo 22). Cabe ao fornecedor do serviço cobrar o débito pela via adequada. Concessão do mandado de segurança para restabelecer o fornecimento de água, em grau de apelação<sup>341</sup>.

A Lei n. 11.445, de 05.01.2007, no entanto, prevê a hipótese de interrupção da prestação do serviço de abastecimento de água, em caso de inadimplemento dos usuários: “Art. 40 – Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses: [...] V – inadimplemento do usuário do serviço de

---

ESPECIAL – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL – CORTE DE FORNECIMENTO – CONSUMIDOR INADIMPLENTE – IMPOSSIBILIDADE – Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22). – O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. – Precedentes. – Agravo regimental improvido. (STJ – AGRESP – 298017 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 27.08.2001 – p. 00230).

<sup>339</sup> STJ – MC 2543 – AC – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 11.06.2001 – p. 00094.

<sup>340</sup> STJ – 1ª Turma, Recurso Especial n. 201.112-SC, Relator: Min. Francisco Falcão, j. 20.04.1999.

<sup>341</sup> TJRJ – AC 6179/96 – Reg. 040297) – Cód. 96.001.06179 – Barra Mansa – 7ª C. Cív. – Rel. Des. Asclepiades Rodrigues – J. 10.12.1996.

abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado”.

Verifica-se a afronta do dispositivo transcrito aos princípios constitucionais antes mencionados, trazendo sérias dúvidas quanto à constitucionalidade do artigo em comento, questão sobre a qual deverá haver posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

## 5 CONCLUSÃO

O Estado Social, responsável pela prestação direta dos serviços públicos, foi substituído pelo Estado Regulador, edificado sobre os seguintes fundamentos básicos: i) contenção da inflação; ii) privatização em larga escala; iii) redução do papel do Estado no domínio econômico, permitindo que o mercado regule a sociedade; iv) diminuição das restrições ao capital estrangeiro; e v) flexibilização dos monopólios naturais.

As transformações do Estado refletem-se diretamente na estruturação da Administração Pública. Surge, por conseguinte, a Administração Gerencial, fundada em preceitos da ciência da administração privada, imprimindo, no setor público, uma lógica economicista. Esse novo modelo privilegia a minimização dos custos, a transferência da execução dos serviços públicos para o setor privado, o controle dos resultados – em detrimento da fiscalização dos meios utilizados – e, o que mais importa para o assunto aqui tratado, a concepção do cidadão como “cliente-consumidor” dos serviços públicos.

Essa aceção do usuário dos serviços despe-o de sua condição de cidadão, uma vez que, adotando as premissas clássicas do direito privado, o usuário, não sendo financeiramente capaz de arcar com os custos dos serviços, deixa de ter acesso a eles e, em decorrência disso, sofre significativa lesão em seus direitos fundamentais.

Sob outro ângulo, a execução dos serviços públicos pela iniciativa privada não afasta a incidência das normas de direito público e, por isso, há que se buscar uma unidade hermenêutica entre o direito público e o privado, de forma tal que, na esfera individual das relações, também prevaleça o interesse coletivo tutelado por princípios erigidos ao patamar constitucional. Como consequência, a propriedade, e também a empresa – um de seus desdobramentos –, deve atender à sua função social.

O atendimento da função social da empresa implica em equilibrar os interesses privados com as necessidades sociais. A empresa não pode ser um fim em si mesmo. Está inserida numa estrutura social e, no cenário que se apresenta, ocupa papel fundamental para a sustentabilidade dessa estrutura.

Os reflexos sociais da atividade empresarial são acrescidos quando seu objeto for a prestação de serviços públicos – instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais. No cerne desses direitos encontra-se a dignidade da pessoa humana – limite positivo e negativo da atuação do Estado. Logo, essa atuação na ordem econômica, sobretudo, no segmento dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, deve ser pautada pela concretização daquele princípio, assegurando, dessa forma, o mínimo existencial.

É fato que não havendo regulação adequada, o foco de atuação estatal é retirado dos cidadãos – titulares de direitos e efetivos destinatários das prestações estatais – e desviado para o mercado, tornando o Estado mero guardião de seus interesses. Sustenta-se, portanto, a necessidade de, por meio da regulação estatal, com a intensidade razoável para o caso concreto, promover-se a responsabilidade social das empresas, ajustando-se a postura do setor privado às funções públicas que passaram a desempenhar, resguardando os cidadãos das iniciativas individualistas do mercado, tendentes a abalar sua existência digna.

O maior significado da atividade estatal é a promoção da redistribuição das riquezas, sendo ela o fundamento para a universalização dos serviços públicos, a qual, via de regra, apresenta-se não lucrativa, já que implica estender a prestação até localidades longínquas, habitadas por cidadãos com baixo ou nenhum poder aquisitivo.

Com esse fundamento, 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 adequado, sendo definido legalmente como aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”<sup>342</sup>.

Especificamente quanto à prestação do serviço de saneamento básico no Brasil, tomado como parâmetro para a análise elaborada nessa pesquisa, tem-se ser ela deficitária e carecedora de adequados marcos regulatórios, capazes de acompanhar os custos de prestação do serviço, estabelecer padrões de

---

<sup>342</sup> Art. 6º da Lei n. 8.987/95.

qualidade, fiscalizar a empresa concessionária e planejar os investimentos necessários.

Há, todavia, enormes dificuldades na criação de órgãos reguladores no setor de saneamento, consideradas a falta de experiência na regulação do segmento e a pulverização dos titulares – mais de cinco mil municípios brasileiros.

Em que pesem esses obstáculos, a adoção de adequados marcos regulatórios poderá reduzir a insegurança jurídica atualmente existente, o que contribuiria para aumentar a eficiência na gestão e os investimentos necessários para a universalização do acesso ao saneamento básico. Mais que qualquer outro serviço, a regulação setorial do saneamento básico deve se voltar à universalização do serviço, ideal este condicionado a investimentos de natureza pública e privada e ao gerenciamento correto dos recursos hídricos.

De outro lado, há que ser observado que o serviço tido como essencialmente local não determina a competência exclusiva do Município. Normalmente, um serviço de natureza local também estará vinculado a interesses regionais e/ou nacionais, o que recomenda a cooperação – concretizada por meio, por exemplo, de consórcios – entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, voltada ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Dentre os fatores que merecem proficiente regulação, a política tarifária destaca-se em importância e complexidade. Se por um lado há o dever de modicidade, de outro, há a necessidade de investimentos na ampliação e melhoria dos serviços, de tal sorte que a redução das tarifas não é o único norte. 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.

São esses os balizamentos a serem observados no exercício da atividade regulatória do setor de saneamento básico. Todas as transformações operadas no campo do Estado e dos serviços públicos, incrementando o papel da iniciativa privada no setor, recomendam a atuação do Estado, de forma a estabelecer limitações à ferocidade das relações mercantis. Essa tentativa de contenção do mercado é ponderada por Paulo FREIRE, para quem há um alento a justificar o afastamento do ceticismo no campo da ética do livre mercado:

Prefiro ser criticado como idealista e sonhador inveterado por continuar, sem relutar, a apostar no ser humano, a me bater por uma legislação que o defenda contra as arrancadas agressivas e injustas de quem transgride a própria ética. A liberdade do comércio não pode estar acima da liberdade do ser humano. A liberdade de comércio sem limite é licenciosidade do lucro. Vira privilégio de uns poucos que, em condições favoráveis, robustece seu poder contra os direitos de muitos, inclusive o direito de sobreviver<sup>343</sup>.

É preciso que o direito, como manifestação do poder estatal, contenha o ímpeto lucrativo do setor privado – agora atuando no espaço público. O direito deve aproximar-se da realidade do cidadão, efetivo destinatário de todas as reformas, e deixar de circular em uma órbita ficcional, a qual o concebe como um sistema independente – alheio à dinâmica social – e não como instrumento do desenvolvimento e da redistribuição das riquezas. Se isso não for feito, regulando-se as especificidades do setor aqui analisado, o direito somente poderá se prestar, quando muito, aos interesses particulares do mercado.

Carlos Ari Sundfeld transporta este pensamento para o papel do jurista frente às diversidades da realidade social – objeto do direito –, para concluir pela imperiosa necessidade de remodelação, rompendo com a abstração e os discursos românticos que, com tanta frequência, permeiam os debates jurídicos. “A partir de agora, ou nos enfronhamos nas particularidades – não só as normativas, mas inclusive as técnicas e as econômicas – de cada setor da economia, ou nada teremos a dizer sobre o Direito vigente”<sup>344</sup>.

Há uma responsabilidade ética a ser preservada pelos profissionais do direito, sobretudo, daqueles que atuam perante o setor estatal, a qual muito se assemelha ao zelo pelos princípios constitucionais. É para isso que o direito deve se aproximar da realidade social, procurando moldá-la de acordo com os valores estabelecidos no ordenamento jurídico.

Conclui-se assim que a regulação jurídica voltada à universalidade dos serviços públicos, dando, por conseguinte, concreção à dignidade humana, apresenta-se como um desafio reservado ao direito. Se vencer o direito, haverá redistribuição, justiça social e respeito aos direitos fundamentais. Caso contrário, o Estado, coerente com seu passado, continuará servindo a poucos. O que ocorrerá? O amanhã ainda não está escrito. O futuro será determinado pelo agir ético de cada um.

---

<sup>343</sup> FREIRE, 2004, p. 129 et. seq.

<sup>344</sup> SUNDFELD, 2000, p. 34.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALÉM da escassez: poder, pobreza e a crise mundial de água. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. A-13, 10.11.2006.

ALVES, Alaôr Caffé. **Saneamento Básico – Concessões, Permissões e Convênios Públicos**. São Paulo: Edipro, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra de. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

\_\_\_\_\_. Delegações de serviço público. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 430, p. 109-161, nov/dez de 2006.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público econômico** (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica). Granada: Editorial Comares, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços Públicos e direitos fundamentais. O desafio da experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 16, ano 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado e a Ordem Econômica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 143, p. 37-50, jan./mar. 1981.

\_\_\_\_\_. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 22, p. 172-180.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 14, p. 29-48.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas – Práticas Sociais e Regulação Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Deveres-poderes de controle e fiscalização do concedente de serviço público**. Curitiba, 2003. Dissertação de Mestrado - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviço público**. Curitiba: Juruá, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma nova repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. Concessões de Serviço Público de Abastecimento de Água aos Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 17, 1997.

BRASIL. **A regulação dos serviços de saneamento básico no Brasil**: alguns pontos importantes da proposta de lei das diretrizes nacionais e seu impacto na sociedade. Brasília: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano, 2001.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos do MARE**. Brasília: MARE, 1997. n 1.

\_\_\_\_\_. Da administração burocrática à gerencial. **Cadernos do MARE**. Brasília: MARE, 1997.

CASSESE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina em los servicios públicos. In: **Revista AeDP – Actualidad en el Derecho Público**, Buenos Aires, n. 08, p. 19-24, set-dez. 1998.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1997.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). **O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 377-384.

\_\_\_\_\_. Regime Constitucional do Controle de Preços. **Revista de Direito Público**, n. 97/17, jan./mar. 1991.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 331-369.

CUESTA, Ramón Entrena. El principio de libertad de empresa. In: FALLA, Fernando Garrido. **El modelo econômico de la Constitución española**. [S.l.]: Madrid, 1981. 1 v.

DERVIS Kemal; MANUEL, Trevor. A água como um direito humano. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10.11.2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002.

DUGUIT, Leon. **Les Transformations du Droit Public**. Paris: La Mémoire Du Droit, 1999.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da captura do regulador de serviços públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 251-284.

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, n. 2, 2003.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 127-160.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e Mercato**. Torino: Giappichelli, 1992.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 257-271, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. **Revista de Direito Público**, n. 2, v. 1, p. 87-115.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GALBRAITH, John Kenneth. **O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. São Paulo: Pioneira/ Editora da USP, 1987.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Regulação Administrativa de Serviços Públicos de Telecomunicações e Proteção ao Consumidor: uma breve análise. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 6, n. 14, p. 255-286, jul/dez 2001.

GONÇALVES, Marcos Flávio R. A Intervenção no Domínio Econômico e seu Impacto na Organização Governamental Brasileira. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, p. 423-434, junho/2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 430, p. 37-69, nov./dez. de 2006.

\_\_\_\_\_. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

IDEC Defesa do Consumidor. **A Proteção ao Consumidor de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Saraiva: São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KOZICKI, Kátia. A Política na Perspectiva da Filosofia da Diferença. In: OLIVEIRA, Manfredo (Org.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 141-160.

LACERDA, Sttela Maris Nerone. **Função Social da Empresa: Um Princípio Constitucional em Construção**. Curitiba, 2002. Dissertação de Mestrado - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

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.

LIMA, Vivian Cristina. **Administração Pública Contemporânea: O Usuário de Serviço Público e a Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba, 2004. Dissertação de Mestrado - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 39, p. 55-71, set/out de 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 12 set. 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do Consumidor e Privatização. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 26, p. 119-124.

LUFT, Rosangela Marina. Marcos legais e institucionais para a redefinição do serviço público de saneamento básico. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). **Serviço Público**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 213-234.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Regulação e os Direitos do Consumidor. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso do “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 14, p. 75-115.

\_\_\_\_\_. Aspectos regulatórios a serem considerados na formulação de um novo modelo para o setor de saneamento básico no Brasil. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 10, p. 43-59, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Aspectos Regulatórios em um Novo Modelo para o Setor de Saneamento Básico no Brasil. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 79-94, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. 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.

MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 14, n. 55, p. 106-119, jul.-set. 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Atuação do Estado no Domínio Econômico. **Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, dez. 1994.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A Regulação como Instituto Jurídico (Primeira parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 183-209, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. A Regulação como Instituto Jurídico (Segunda parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 69-79, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras de Serviços Públicos**. Curitiba, 2000. 231p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. O cidadão usuário de serviços públicos na Constituição Federal. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações**. Curitiba, 2003. Tese de Doutorado - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

MOURA DA SILVA, Adroaldo. Apresentação à obra. In: KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MÜLLER, Friederich. **Métodos de Trabalho no Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, jul./set. 2004.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PECI Alketa; CAVALCANTI Bianor Scelza. A Outra Face da Regulação. O Cidadão-Usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 03, p. 09-31.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, n. 04, p. 23-48, 1999.

ROSSI, Clóvis. Dissenso de Washington. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Brasil, p. A-12, 26.08.2001.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O direito de reclamação da administração pública burocrática à gerencial**. Curitiba, 2001. Dissertação de Mestrado - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Regulação dos Serviços Públicos como Instrumento para o desenvolvimento. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 6, n. 30, p. 77-97, mar./abr. 2005.

\_\_\_\_\_. 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.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. Proteção do usuário de serviços públicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 31, p. 122-145.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 05.01.2006.

\_\_\_\_\_. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.