

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MARIANE YURI SHIOHARA

SERVIÇO PÚBLICO E CONTROLE SOCIAL
Cultura participativa e desenvolvimento

CURITIBA/PR
MARÇO/2011

MARIANE YURI SHIOHARA

SERVIÇO PÚBLICO E CONTROLE SOCIAL

Cultura participativa e desenvolvimento

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA/PR

MARÇO/2011

MARIANE YURI SHIOHARA

SERVIÇO PÚBLICO E CONTROLE SOCIAL
Cultura participativa e desenvolvimento

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada:

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Orientador

LUIZ ALBERTO BLANCHET

Membro PPGD

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Membro Externo

Curitiba, 1º de março de 2011

AGRADECIMENTOS

A minha família que sempre está ao meu lado, me incentivando e apoiando em todos os momentos da vida.

Aos meus amigos, em especial, Leandro Ferreira Bernardo, companheiro e incentivador dos meus estudos desde a Universidade.

Aos meus amigos do trabalho, que compreenderam os momentos de ausência nessa empreitada Nova Esperança-Curitiba, por dois anos.

Ao Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, que desde antes da apresentação do Projeto para o ingresso no Mestrado sempre esteve disposto a compartilhar seus conhecimentos e simpatia.

Ao Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, que gentilmente me aceitou como sua orientanda no meio do curso, a quem devo a conclusão deste trabalho.

E finalmente, ao Nildo, eterno companheiro no amor, no trabalho e nos estudos.

RESUMO

O serviço público sempre foi um dos principais temas de direito administrativo. Contemporaneamente, faz parte também da pauta de discussões do direito constitucional, do direito econômico e do direito tributário, dada a sua abrangência de conteúdo. Na Constituição Federal de 1988 foi inserido no contexto da ordem econômica e financeira, e no presente trabalho, será focado sob a vertente do controle social, ou seja, as formas como a população pode e deve participar, controlar, exigir e fiscalizar os serviços públicos, para que estes sejam prestados de maneira adequada. A legislação vigente coloca à disposição da população mecanismos legais que garantem essa participação mais efetiva e direta, o que, por consequência, leva ao aperfeiçoamento e constante desenvolvimento do Estado, oportunizando a participação da sociedade em sua gestão, seja na fase de planejamento, implementação ou execução, confere efetividade ao Estado Democrático de Direito e ao Princípio Republicano.

Palavras-chave: serviços públicos, controle social, desenvolvimento.

ABSTRACT

The public service was always one of most important subjects in administrative law. Contemporaneously, it takes part in the agenda's discussion of constitutional law, economic law and tax law, considering its wide-ranging contents. In 1988 Federal Constitution, was insert in economic and financial chapter, and in this task, will be studied under social control, in other words, the forms how population can participate, control, require and supervise the public services, in order to be properly provided. The current legislation available to the population legal mechanisms that ensure a direct and effective participation, wich consequently, leads to constant improvement and development of State, according to the progress that allows the participation of the community in management, either in planning phase, implementation or execution, gives effectiveness to the Democratic State of Law and Republican Principle.

Palavras-chave: public service, social control, development.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MODALIDADES DE ATUAÇÃO E INTERVENÇÃO DO ESTADO.....	13
2.1 Ordem econômica: conceito e evolução histórica.....	13
2.2 Da Ordem Econômica nas Constituições brasileiras.....	16
2.3 Atuação e intervenção do Estado na ordem econômica na Constituição Federal de 1988.....	18
2.4 Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica.....	21
2.4.1 Exploração de atividade econômica em sentido estrito: atuação concorrencial.....	23
2.4.2 Atividade normativa e reguladora, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento.....	29
2.4.3 Monopólio.....	33
2.5 Modalidade de atuação do Estado na ordem econômica:.....	37
2.5.1 Serviços públicos.....	38
2.5.1.1 Bases para a formação da noção inicial do serviço público.....	38
2.5.1.2 Doutrinas para o serviço público no Brasil e a qualificação constitucional de atividade como serviço público no Brasil.....	39
2.5.1.3 Regime jurídico aplicável aos serviços públicos.....	42
2.5.1.4 Prestação de serviços públicos pelos particulares.....	46
2.5.2 O planejamento e a cultura participativa.....	52
3. CULTURA PARTICIPATIVA: ATUAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE SOCIAL.....	54
3.1. Evolução da participação popular nas atividades administrativas.....	54
3.2 Estado Democrático de Direito e o princípio republicano como fundamentos da participação popular na administração pública.....	57
3.3. Em especial, o controle social da administração pública.....	61
3.4. Evolução legislativa do controle social da administração pública.....	63
3.4.1 A Lei 8.666/93: impugnação do instrumento convocatório de licitação e audiência pública.....	64
3.4.1.1 Da impugnação do instrumento convocatório.....	65

3.4.1.2 Da audiência pública.....	65
3.4.2 A Lei Complementar 101/00: relatórios, audiências públicas, denúncias ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público e disponibilização de dados contábeis na rede mundial de computadores.....	68
3.4.2.1 Relatórios.....	68
3.4.2.2 Audiências públicas: análise de metas fiscais e orçamento participativo.....	70
3.4.2.3 Denúncias ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público.....	73
3.4.2.4 Disponibilização de dados contábeis na rede mundial de computadores.....	74
3.4.3 A Lei 10.257/01: gestão urbana participativa.....	76
3.4.4 A Lei 8.142/90: Conselho de Saúde e Conferência de Saúde.....	77
3.4.5 Lei 11.445/07: controle social do serviço público de saneamento.....	80
4. CONTROLE SOCIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DESENVOLVIMENTO.....	83
4.1 Importância do controle social de serviços públicos e matrizes legais.....	83
4.2 Momentos de efetivação do controle social: planejamento, regulação e prestação dos serviços públicos.....	86
4.2.1 Controle social da função de planejamento na concessão de serviços públicos no âmbito administrativo.....	87
4.2.2 Controle social da função de regulação e fiscalização na concessão de serviços públicos no âmbito administrativo.....	89
4.2.3 Controle da função prestacional na concessão de serviços públicos no âmbito administrativo.....	92
4.2.3.1 Reclamações, informações, esclarecimentos e sugestões.....	93
4.2.3.2 Direto de petição e certidão.....	94
4.3 O conceito clássico de desenvolvimento e a redundância contemporânea do “desenvolvimento sustentável”.....	95
4.4 Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988.....	99
4.4.1 Desenvolvimento Político.....	100
4.4.2 Desenvolvimento Social.....	101
4.4.3 Desenvolvimento Econômico.....	102
4.4.4 Meio ambiente e desenvolvimento.....	104

4.4.5	Enfim, a construção do conceito de desenvolvimento.....	105
4.5	Controle social dos serviços públicos como mecanismo indutor do desenvolvimento.....	106
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, não há como dissociar a análise do serviço público no Brasil do estudo da Ordem Econômica desenhada pela Constituição Federal de 1988. Em verdade, a definição constitucional do papel do Estado na atividade econômica em sentido lato é imprescindível para se aferir os parâmetros jurídicos da vida econômica do Estado brasileiro.

A ordem econômica, dotada de princípios fundantes que harmonizam a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, deve contemplar os aspectos de caráter econômico, social e ambiental, de modo que haja sintonia tendente a não causar descompassos na atividade econômica exercida pelo Estado ou por particulares.

Neste sentido, mostra-se de fundamental importância determinar quais são as atividades que o Estado exercerá de forma exclusiva ou de forma concorrente com o setor privado; ainda, quais as atividades reservadas ao Estado que podem ser delegadas aos particulares; quais são os limites da atividade de regulação e planejamento do Estado no tocante à atividade econômica e qual a força vinculatória dessas regras e planos frente aos particulares; e, por fim, qual o grau de liberdade desses agentes privados frente à intervenção do Estado na atividade econômica.

Todo esse arranjo constitucional abrangido pelo Título “Da Ordem Econômica e Financeira” é importante para se definir os rumos econômicos do Estado brasileiro. Quando denominamos simplesmente “Estado brasileiro”, reportamo-nos a um Estado republicano, democrático e de direito. Logo, os rumos econômicos desse Estado devem observar o princípio republicano, aos princípios da democracia e o respeito às leis.

Visando justamente analisar uma parcela da ordem econômica - serviços públicos -, a presente dissertação volta-se especificamente a investigar a relação entre os serviços públicos e as formas com que a população beneficiária desses serviços pode deles participar, atuando em seu planejamento, exigindo sua prestação adequada por meio de fiscalização e da participação na sua regulação, no contexto do Estado Democrático de Direito.

É necessária a abordagem da face dos deveres da cidadania em relação aos serviços públicos: ao lado do Estado prestador ou delegatário de serviços públicos, que nesta hipótese, tem o dever de fiscalização, deve estar cidadão, exercendo sua função participativa e de controle social para garantia da prestação de serviço público adequado, que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. E mais, o controle social deverá exigir que a prestação de serviços públicos seja realizada em prol do desenvolvimento do Estado.

É preciso fomentar a cultura participativa da população, para que seu papel dentro do Estado Democrático de Direito não se encerre com o voto. Muito embora haja instâncias legais e de poder para representar a população, a cultura participativa deve ser incentivada e promovida para que as pessoas, ao menos, tenham conhecimento de todas suas potencialidades e possibilidades de participação e exercício de fiscalização dos serviços públicos, seja de maneira individual por meio de reclamações, seja por meio de comissões constituídas, conforme estatui o art. 30, parágrafo único da Lei 8.987/1.995.

Mas, para além de tentar desvendar os caminhos a serem perseguidos para a consecução de uma cultura participativa na administração pública e as ferramentas jurídicas de participação disponíveis, faz-se necessário, ainda, uma análise prospectiva tendente a visualizar os impactos positivos e contribuições decorrentes da participação e efetivo controle social dos serviços públicos para o desenvolvimento político, econômico, social e ambiental do Estado brasileiro.

O segundo capítulo será dedicado à análise da Ordem Econômica da Constituição de 1988, quanto às formas com que o Estado atua e intervém na ordem econômica. A atuação diz respeito às atividades que devem ser realizadas pelo próprio Estado e intervenção remonta à atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Dentro dessa classificação serão abordados os principais aspectos referentes à atuação concorrencial do Estado no mercado, a sua atividade normativa, reguladora e das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conferindo, por fim, especial atenção à temática dos serviços públicos de maneira breve e pontual.

O terceiro capítulo busca discorrer sobre a necessidade de se fomentar a cultura participativa visando à maior participação popular na administração pública e o controle social, correlacionando seus fundamentos como decorrência do Estado Democrático de Direito e do princípio republicano. A partir dessas ponderações, passa-se à análise de algumas hipóteses legais de participação e controle social da população na administração pública, com destaque à transparência administrativa e o respeito ao princípio da publicidade como condição primordial para que a população tenha conhecimento e acesso à participação em audiências públicas, representatividade em conselhos municipais, estaduais ou federais de assuntos como educação, saúde, meio ambiente, possibilidade de análise de relatórios fiscais, participação no planejamento dos orçamentos públicos etc.

O Capítulo que encerra o presente trabalho busca abordar as possibilidades de exercício de controle social sobre os serviços públicos no momento do planejamento da sua prestação, de sua regulação e no âmbito prestacional. Segue-se, adiante, com breves noções sobre

o conceito de desenvolvimento, que só se perfectibiliza se presentes aspectos de natureza política, econômica, social e ambiental, contextualizando-o com trechos da Constituição de 1988, tecendo, ainda, comentários acerca da utilização muitas vezes equivocada da expressão “desenvolvimento sustentável”, como se pudesse haver um desenvolvimento “insustentável”.

Por fim, é preciso correlacionar como o controle social dos serviços públicos pode contribuir para o desenvolvimento social, político, econômico e ambiental do Estado, ou seja, como a participação da população na administração pública, pode se configurar um eficaz mecanismo indutor do desenvolvimento, na medida em que acompanha ativamente as atividades estatais, evitando eventuais desvios, irregularidades e ilegalidades.

2. DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MODALIDADES DE INTERVENÇÃO E ATUAÇÃO DO ESTADO POR MEIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 Ordem econômica: conceito e evolução histórica

A expressão “ordem econômica” comporta sentidos diversos. Vital Moreira explica que, num primeiro sentido, a expressão diz respeito ao modo de ser empírico de determinada economia concreta, relacionada a aspectos de fato e não normativos ou de valor. O segundo sentido expressa um conjunto de normas ou regras de conduta de qualquer natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que obedecem à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos. O último sentido conferido à ordem econômica é o de ordem *jurídica* da economia, consubstanciado no conjunto de regras jurídicas que regulam a vida econômica¹.

A análise da ordem econômica no presente estudo adotará o sentido normativo, da ordem jurídica da economia, ou, nos ensinamentos de Eros Grau, da ordem econômica do *dever ser* e não simplesmente como conjunto de relações econômicas (modo do *ser* da economia)².

Não que isto desqualifique ou minore a importância dos aspectos fáticos das relações econômicas. Entretanto, os aspectos fáticos das relações econômicas devem ser posicionados sob o vértice da ordem jurídica da economia, a fim de se conciliar o modo de *ser* da ordem econômica ditado pelo comportamento do mercado, ou seja, pelos agentes privados, com seu modo de *dever ser* delineado pelo Estado.

Aliás, o retrospecto histórico demonstra que o cerne da ordem econômica sempre foi à busca do ponto de equilíbrio entre liberdade dos agentes privados e o grau de intervenção dos poderes públicos em contraponto com os reflexos sociais decorrentes com o maior ou menor grau de liberdade privada ou intervenção pública nos mercados.

O pensamento liberal vigente no século XIX foi o de um mercado auto-regulador, que se ajusta a si mesmo, sem a necessidade de interferência do Estado na atividade econômica.

¹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica no capitalismo**. 3 ed., Coimbra: Centelha, 1975. p. 68-71.

² O Autor adverte que, inobstante o *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988 trazer em si o significado de ordem econômica como parcela da ordem jurídica (sentido normativo), tal como foi redigido, o artigo conota a “Ordem Econômica” o modo de ser empírico de determinada economia, devendo, para tanto, ser lido como: “as relações econômicas – ou atividade econômica - *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividades econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67).

As Constituições liberais, neste sentido, não necessitavam de normas de ordem econômica, pois retratavam o modo de ser empírico de determinada economia concreta.

Nesse período, os países que alavancaram a Revolução Industrial viveram uma intensa fase de crescimento tecnológico e industrial, que, para além de alterar profundamente as estruturas produtivas, provocaram grandes transformações sociais que afetariam as estruturas do Estado liberal.

Essa tensão entre o mercado auto-regulado e as forças sociais desamparadas em decorrência da ausência de intervenção estatal na economia dentro da sociedade capitalista moderna foi descrito por Polanyi como “duplo movimento”: por um lado, a busca desmedida do progresso econômico por meio de um mercado auto-regulável cujos atores principais eram as classes comerciais e de proprietários e, por outro lado, a busca, pela sociedade, de proteção das pessoas, da terra e da cultura³.

Entretanto, o mito do mercado auto-regulado foi mitigado entre as guerras mundiais, dando margem à “grande transformação” produzida no imaginário liberal, consubstanciado na constatação de que a intervenção do Estado passa a ser indispensável para manter a economia de mercado⁴.

Assim, a idéia liberal de que o Estado mínimo (não somente no tocante a sua interferência na economia) garantiria um máximo de liberdade, restou superada. Neste sentido, Paulo Bonavides assevera que “sem Estado social e sem Constituição, não há como criar a ordem econômica e social de uma democracia pluralista, mormente na sociedade de massa do século XX”⁵.

A impossibilidade de resolução dos problemas sociais decorrentes do processo de industrialização pelos próprios agentes privados culminou na insustentabilidade do modelo liberal de Estado, dando margem ao surgimento do Estado social.

Os contornos da intervenção do Estado de bem estar social na economia voltou-se à estruturação de bases que, mais tarde, possibilitariam o crescimento econômico e a geração de empregos com salários razoáveis, desencadeando as seguintes ações estatais:

- 1) assumiu as atividades que não interessavam ao setor privado, mas que eram globalmente importantes; 2) regulou, mediante mecanismos políticos, as relações econômicas entre o capital e o trabalho e compensou os efeitos dis-

³ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 139-140.

⁴ CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.5, n.20, p.137, out. 2007.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 225.

tributivos do mercado; 3) desempenhou papel econômico, fornecendo serviços e insumos a baixo custo, financiando a atividade privada, realizando obras públicas e capacitando a mão-de-obra; 4) incorporou múltiplos programas sociais (assistência familiar, habitacional, auxílio financeiro, saúde)⁶.

No Brasil, as primeiras manifestações do Estado de bem estar social surgiram a partir da década de 1930, que historicamente significou um momento de ruptura tanto no plano político como no econômico e social, destacando-se a inscrição no ordenamento jurídico pátrio de normas que possibilitavam a intervenção estatal na economia⁷.

No plano político, a década de 1930 marca o encerramento do primeiro ciclo republicano do Brasil conhecido como “República Velha”, e a política “café-com-leite”, caracterizada pela centralização do poder entre os partidos políticos de São Paulo e Minas Gerais, defensores da economia cafeeira, ou seja, do setor agrário-exportador dominante até então.

O plano econômico é marcado pela crise mundial de 1929 e a Grande Depressão, cuja repercussão no Brasil operou-se principalmente na balança comercial, tendo-se em vista que as divisas geradas pela exportação de produtos primários, principalmente o café, eram insuficientes para fazer frente a importação de produtos manufaturados, razão pela qual uma parcela significativa das importações passou a ser suprida pela produção nacional de manufaturados, impulsionando o desenvolvimento da indústria nacional, iniciando-se o processo de introdução da economia urbano-industrial em substituição à economia agrário-exportadora. A intervenção do Estado no direcionamento da economia, a partir de então, começa tomar força⁸.

No plano social, a promulgação de legislações de cunho trabalhista e social principalmente a partir do Governo Vargas propiciou a consolidação de um Estado de bem estar social. Destaca-se as legislações que instituem as aposentadorias, pensões, o salário mínimo, a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), que criou o Ministério do Trabalho e a Justiça do Trabalho como forma de intervenção do Estado nos contenciosos trabalhistas, bem como as políticas sociais de saúde e educação, modelando-se a nova “ordem social”⁹.

⁶ PADROS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Arão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Orgs). **O século XX: o tempo das crises**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 250.

⁷ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 33-72.

⁸ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 33-72.

⁹ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 79-96.

Desde então, o Estado de bem estar social brasileiro se consolidou cada vez mais. Do ponto de vista de sua ordem econômica, criou-se efetivamente uma ordem *jurídica* econômica por meio da sistematização de dispositivos constitucionais tendentes a harmonizar a liberdade das pessoas privadas e a intervenção do Estado para garantia de uma ordem estatal econômica com justiça social.

2.2 Da Ordem Econômica nas Constituições brasileiras

Acompanhando as transformações iniciadas a partir da década de 1930, a Constituição Brasileira de 1934 estabeleceu amplas disposições que possibilitavam a intervenção estatal em seu Título IV – “DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL”, trazendo disposições tanto de natureza interventiva do Estado na ordem econômica, como a possibilidade de monopolizar certas indústrias ou atividades econômicas¹⁰, garantias de direitos sociais, como o salário mínimo¹¹, o reconhecimento de sindicatos e associações profissionais¹². As Constituições de 1946, de 1967 e a Emenda Constitucional 01/1969 também trataram de maneira conjunta a ordem econômica e social.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1937 tratou de maneira individualizada a “Ordem Econômica”, possibilitando a intervenção do Estado no domínio econômico somente para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”¹³.

No tocante à separação nas Constituições Federais, de uma ordem “econômica” e outra ordem “social”, Eros Grau conclui por sua inutilidade e ambigüidade:

¹⁰ Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

¹¹ Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

...

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

¹² Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

¹³ Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

De uma parte, a menção a *uma* ordem social (seja *econômica e social* ou tão somente *social*) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, também caráter social? O fato é que toda ordem jurídica é social – ordem normativa, da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não “positivadas”.

De outra parte, a alusão a *uma ordem econômica e social* ou a *uma ordem econômica* e a *uma ordem social* reproduz o equívoco semântico que supõe a produção social e a repartição...¹⁴.

A técnica legislativa da Constituição Federal de 1.988 optou por separar a “Ordem Econômica” e a “Ordem Social” em Títulos diversos. Entretanto, a existência de um Título específico para disciplinar a ordem econômica não significa que não haja em outros Títulos dispositivos atinentes a essa matéria. Nem tampouco a separação constitucional das duas “ordens” mencionadas induza à possibilidade de separação para o estudo e interpretação das questões econômicas e sociais.

Pelo contrário, a Constituição deve ser interpretada em seu conjunto, de modo que, o que se extrai da harmonização entre a ordem econômica e a social é a constatação da opção por uma ordem econômica baseada no sistema capitalista, temperada, contudo, com os princípios sociais que configuram o modelo de bem estar de Estado.

Não é pelo acaso que muitos enunciados constitucionais de ordem social são também contemplados pela ordem econômica¹⁵, não havendo qualquer antinomia entre princípios sociais e finalidades econômicas, o que indica que o Estado deve sempre buscar a promoção do bem estar¹⁶.

É preciso, adiante, delimitar quais são as hipóteses de atuação e intervenção do Estado na ordem econômica e qual o grau de liberdade dos agentes privados nessa seara.

¹⁴GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68-69.

¹⁵A título exemplificativo: a) a dignidade da pessoa humana, além de ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal.); é também a finalidade almejada pela ordem econômica (art. 170, *caput*, da Constituição Federal); b) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de constituírem como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Constituição Federal), é também a finalidade almejada pela ordem econômica (art. 170, *caput*, da Constituição Federal)

¹⁶GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 311-313.

2.3 Atuação e intervenção do Estado na ordem econômica na Constituição Federal de 1988

Para obtenção de uma visão geral do tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 à ordem econômica brasileira, opta-se, para fins didáticos, em utilizar inicialmente a classificação de Eros Grau¹⁷ quanto à diferenciação da atuação e da intervenção do Estado na ordem econômica, para então alocar dentro dessa classificação, conceitos e noções fundamentais da ordem econômica tais como regulação, atuação concorrencial do Estado, exercício do poder de polícia, incentivos, serviços públicos, atividade econômica, planejamento, dentre outros.

O termo intervenção passa a ter sentido após a substituição da ordem econômica liberal pela ordem econômica intervencionista. Na ordem econômica do Estado liberal, o papel do Estado era diminuto, cingindo-se ao exercício de funções normativas, jurisdicionais e administrativas, bem como, num momento posterior, à prestação de serviços que não interessavam ao setor privado. O Estado mantinha-se “neutro” em relação à ordem econômica¹⁸.

Com as profundas distorções causadas pelo Estado liberal no âmbito econômico e social decorrentes principalmente da concentração do poder econômico nas grandes empresas e a formação de uma nova classe social - o proletariado – insatisfeita com as condições de trabalho, remuneração, ou seja, com a total ausência de políticas estatais que garantissem o mínimo de direitos e garantias sociais, consolida-se principalmente após a Segunda Guerra Mundial uma nova configuração de Estado: o Estado de bem-estar social.

As mudanças decorrentes da configuração desse novo tipo de Estado – o Estado de bem estar social – constituíram uma resposta ao Estado liberal que foi incapaz de se auto-regular dentro do sistema capitalista de produção. O Estado, então, passa a assumir papel ativo na ordem econômica no sentido de delimitar a atuação de cada um dos atores: os agentes privados e o Estado, de modo a garantir uma ordem econômica que assegure o equilíbrio de forças privadas em consonância com os ditames sociais pregados por esse novo desenho estatal.

Começa, então, a fazer sentido falar-se em intervenção do Estado na ordem econômica a partir das transformações do Estado Liberal para o Estado de bem-estar social, onde é cha-

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 90-153.

¹⁸ Essa neutralidade não se dava em termos absolutos. Como anota Giovani Clark, “diverso do senso comum, no liberalismo os Estados agiam na vida econômica, seja limitando a importação de certos produtos em nome da proteção da indústria nacional, seja fragilizando as corporações de oficial em prol do mercado de trabalho (...). assim sendo, não passa de uma ilusão a completa omissão do Estado (mão invisível) na vida econômica e social. (CLARK, Giovani. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 66-67,abr/jun 2009).

mado, além de garantir os serviços públicos básicos, a intervir na economia, seja atuando diretamente na atividade econômica como se empresa privada fosse, seja por meio da busca do equilíbrio entre os sistemas político e jurídico, de um lado, e dos sistemas econômico e social, seja ainda, garantindo a existência de uma ordem econômica despida dos predicados de unilateralidade típica presente na idéia de poder estatal tradicional¹⁹.

As últimas décadas do século XX e o início do século XXI marcam novamente a tendência de retirada dos Estados no tocante à atuação no domínio econômico diante da suposta ineficiência estatal, substituindo-se o Estado pelo setor privado. A esse respeito, anotou Fernando Herren Aguillar:

O fenômeno da crise do Estado de Bem-estar Social ocupou lugar preponderante na produção teórica, sociológica, econômica e jurídica dos países centrais nos últimos anos. Fomentou o ressurgimento vigoroso do neoliberalismo, das teorias auto-poiéticas, do discurso privatista, do individualismo metodológico coincidindo historicamente, não por acaso, com o declínio veloz das economias planificadas no painel político do planeta²⁰.

Sob a bandeira do neoliberalismo, houve uma profusão de leis que alavancaram a alteração da forma da atuação estatal (em sentido lato) na ordem econômica, tal como a Lei 8.987/1.995 (Dispõe sobre concessão e permissão de serviços públicos), a Lei 9.472/1.997 (Cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL) e a Lei 11.079/2.004 (Normas Gerais de Parceria Público-Privada), etc.

Neste mesmo sentido, destaca-se que, desde a vigência da Constituição Federal de 1988, os dispositivos constitucionais referentes direta ou indiretamente à ordem econômica já sofreram alterações com vistas a diminuir o grau de intervenção do Estado na ordem econômica.

A Emenda Constitucional 06, de 15.08.1995 acabou com a distinção entre *empresa brasileira* (aquela constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país – artigo 171, I da Constituição Federal de 1988) e *empresa brasileira de capital nacional* (aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades – artigo 171, II da Constituição Federal de 1.988).

¹⁹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 28. P. 28-29, out/dez 2009.

²⁰AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 24.

Essa mesma Emenda 06, de 15.08.1.995 impôs o fim da restrição de exploração de pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais hidráulicos, mediante autorização e concessão pela União, a brasileiros ou a empresa brasileira de capital nacional.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 07, de 15.08.1995, retirou a exigência de predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros no transporte de carga no país.

Por fim, a Emenda Constitucional 09, de 10.11.1995 relativizou o monopólio da empresa estatal (Petrobrás) sobre o petróleo, na medida em que permitiu que a União transferisse ao “concessionário”²¹ a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e gás natural, não sendo, contudo, titular da livre disponibilidade do produto, que se sujeita as regras de comercialização da União, expedidas por meio da Agência Nacional do Petróleo.

Aliás, não é o acaso o responsável pelas privatizações ocorridas principalmente a partir da década de 1980. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta fatores de ordem financeira, jurídica e política para a retomada de uma maior liberdade e atuação dos agentes privados na ordem econômica:

Financeira, pelo intuito de diminuir os gastos públicos com empresas estatais deficitárias, de cujos riscos financeiros o Estado participa; **jurídica**, pela necessidade de retornar a formas de gestão privadas dos serviços públicos, sem os controles excessivos e formalismos próprios da Administração centralizada, que tanto emperram a atividade das empresas estatais; e **política**, pela presença da inspiração neoliberal, que aconselha a substituição do Estado pela iniciativa privada, por ser ela mais apta a gerir atividades comerciais e industriais²².

Sem adentrar na análise dos méritos ou deméritos das alterações promovidas pelo Estado na ordem econômica após a Constituição de 1988, se tais mudanças foram boas ou ruins e a que interesses serviram, cabe, neste momento, analisar o atual panorama da ordem econômica constitucional a par de todas essas alterações constitucionais já realizadas e a interpreta-

²¹ Eros Grau pondera que o termo “concessionário” utilizado para designar as empresas estatais ou privadas contratadas para a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da CF (pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem) são diversas das “concessionárias” a que se refere o art. 176 da CF, visto que, naquele caso do art. 177 da CF, não há ato administrativo de concessão veiculado mediante decreto do Poder Executivo, como acontece em relação às jazidas e recursos minerais a que se refere o art. 176 da CF. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301-305).

²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19-20.

ção conferida pelos Tribunais Superiores em assuntos pontuais referentes à ordem econômica brasileira.

Como anteriormente proposto, a análise da ordem econômica terá como ponto de partida a diferenciação proposta por Eros Grau em relação à intervenção e atuação do Estado na ordem econômica:

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, a ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*²³.

Não é demais esclarecer que *atividade econômica em sentido amplo* é gênero, cujas espécies são o *serviço público* (ligado ao interesse social da atividade econômica em sentido amplo e de titularidade exclusiva do Estado, que pode transferir o exercício da atividade a terceiros por meio de concessão ou permissão) e a *atividade econômica em sentido estrito* (cuja titularidade é do setor privado, podendo o Estado explorá-la de maneira direta, quando a atividade se mostrar necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo ou nos casos elencados pela própria Constituição)²⁴.

Na sequência, passa-se ao exame do tema a fim de identificar quando e por quais formas o Estado atua na ordem econômica e quando intervém em sentido estrito, pormenorizando, em cada uma dessas situações, o papel do setor privado e do Estado, este último, agindo diretamente na ordem econômica ou por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, verificando-se os diversos regimes jurídicos a que se sujeitam na ordem econômica.

2.4 Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica

Segundo Diógenes Gasparini, a intervenção do Estado no domínio econômico pode ser conceituada como “todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa

²³GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 92.

²⁴GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais”²⁵.

Percebe-se, pela definição transcrita, que, mesmo que a intervenção estatal na ordem econômica seja consubstanciada em um conjunto de medidas e ações do Estado que extrapole os limites de sua atuação (titularidade do setor privado), não está dispensada do cumprimento dos princípios da ordem econômica.

A doutrina²⁶ é farta quanto às classificações de modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica, importando, agora, expor os entendimentos de Eros Grau e Celso Antonio Bandeira de Mello quanto ao assunto, para então, demonstrar-se um panorama pormenorizado das espécies de intervenção trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Eros Grau²⁷ distingue três modalidades de intervenção: a) por absorção ou participação; b) por direção; c) por indução.

A intervenção por absorção ou participação ocorre quando o Estado intervém diretamente *no* domínio econômico no campo da atividade econômica em sentido estrito. No caso de intervenção por absorção atua em regime de monopólio e no caso de intervenção por participação atua em regime de competição com as empresas privadas do mesmo setor.

Quanto aos casos de intervenção por direção e por indução, o Estado intervém *sobre* a atividade econômica em sentido estrito, por meio de regulação.

Por indução, a atuação estatal se concretiza mediante a adoção de técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas, em consonância com as leis do mercado.

Já por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes particulares, de caráter eminentemente cogente, inclusive para as empresas estatais que desempenhem atividade econômica em sentido estrito.

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁸ identifica as seguintes categorias de intervenção: a) poder de polícia; b) incentivos à iniciativa privada; c) atuação empresarial.

²⁵ GASPARINI Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-149., Diógenes. **Direito Administrativo**. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001. p. 614.

²⁶ Para Diogo Moreira Neto, têm-se as seguintes categorias de intervenção do Estado: a) regulação; b) atuação concorrencial; c) monopolista; e d) sancionatória. Para Luis Roberto Barroso, são as seguintes categorias: a) poder de polícia; b) incentivos à iniciativa privada; c) atuação empresarial (*Apud* TAVARES, André Ramos. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 180).

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-149.

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 783

A interferência do Estado na ordem econômica, segundo a classificação de Bandeira de Mello, engloba, dentro do poder de polícia, a expedição de leis e atos normativos na condição de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, exercendo funções de “fiscalização” e “planejamento”, nos termos estatuídos pelo art. 174 da Constituição Federal de 1988.

No tocante aos incentivos à iniciativa privada também previstos no art. 174 da Constituição Federal de 1988, o Estado poderá conceder incentivos fiscais e financeiros.

Por sua vez, a atuação empresarial do Estado na atividade econômica ocorrerá em casos excepcionais especialmente tratados pela Constituição Federal de 1988 (art. 173), mediante pessoas jurídicas criadas para atingir tais objetivos.

A par das duas classificações acima mencionadas, opta-se por assim dividir as modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica: a) exploração de atividade econômica em sentido estrito (art. 173); b) normativa e de regulação (fiscalização, incentivo e planejamento - art. 172 e 174); c) monopólio.

2.4.1 Exploração de atividade econômica em sentido estrito: atuação concorrencial

Toda modalidade de intervenção do Estado na área econômica em sentido amplo apenas se apresenta legítima para garantir a plena aplicabilidade dos princípios constitucionais e dentro dos limites e possibilidades ali estabelecidos.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 foi taxativa ao estatuir no art. 174 que, ressalvados os casos previstos na própria Constituição, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

O presente tópico tratará exclusivamente da atuação concorrencial do Estado com empresas privadas do mesmo setor – intervenção por participação - e não dos casos de monopólio a que se refere o art. 177 da Constituição Federal – intervenção por absorção -, que será abordado oportunamente, dadas as peculiaridades deste tipo de intervenção.

O exercício de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, especificamente, quando atua em regime de concorrência em área que, a rigor, é naturalmente explorada pelo setor privado, deve ser qualificada pela *necessidade aos imperativos da segurança nacional* ou porque há *relevante interesse público*, termos esses, de difícil conceituação, a depender,

portanto, da motivação por aspectos fáticos e jurídicos que configuram as hipóteses de atuação econômica do Estado.

Vale registrar a tênue linha que separa a atuação do Estado enquanto “empresário” (atividade concorrencial com o setor privado), de sua atuação enquanto prestador de serviços públicos: a vinculação ao interesse social, neste caso, e a configuração do “relevante interesse coletivo”, naquele.

Eros Grau, diferenciando o interesse coletivo do interesse social, explica que este está ligado à coesão social, aferida no plano do Estado, da universalidade. Já os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos. Logo, o serviço público se caracteriza por sua vinculação ao interesse social e a atividade econômica em sentido estrito ao atendimento de relevante interesse coletivo²⁹.

Delimitados os pressupostos constitucionais autorizadores do exercício de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado passa-se a analisar as formas pelas quais o Estado atua no mercado e quais os regramentos jurídicos aplicáveis nesses casos.

As empresas públicas e sociedades de economia mista integrantes da administração indireta são responsáveis pela atuação econômica do Estado em atividades concorrenciais. Estão submetidas a um conjunto de normas que lhes atribuem um estatuto jurídico que as diferenciam das empresas privadas comuns, inobstante também atuem sob o regime de direito privado.

Nem poderia ser diferente, pois tais empresas, ainda que atuantes sob o regime de direito privado, fazem parte da administração pública indireta, constituindo-se como instrumentos de atuação do Estado, estando sujeitas igualmente aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput* da Constituição Federal).

A instituição das pessoas jurídicas integrantes da administração indireta responsável pela exploração de atividade econômica (empresas públicas e sociedade de economia mista), a teor do disposto no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, deve ser autorizada por lei específica.

Aliás, a obrigatoriedade de instituição por meio de lei específica dos entes que formam a administração indireta já era previsto no Decreto Lei 200/1.967, que assim os define, em seu art. 5º:

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127-129.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

Celso Antonio Bandeira de Mello é categórico ao afirmar que as empresas públicas e sociedades de economia mista são criaturas instrumentais do Estado, que gravitam na órbita pública e por tal motivo estão atreladas à realização de interesses do todo social, com recursos majoritários custeados por fonte pública³⁰.

Ainda que modeladas sob o figurino privado, possuem características próprias, tais como os fins para as quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem, distinguindo-as sutilmente das demais pessoas de direito privado não integrantes da administração indireta do Estado³¹.

Para além das ressalvas do art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1.998, quanto à necessidade de autorização legislativa específica para a criação de empresas pública e sociedades de economia mista, os parágrafos do art. 173 da Constituição ainda estabelecem uma série de peculiaridades que ressalta o caráter específico do regime de direito privado dessas empresas integrantes da administração indireta do Estado:

Art. 173. ...

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://direitodoestado.com.br/reade.asp>. acesso em 01.10.2010. p. 1.

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://direitodoestado.com.br/reade.asp>. acesso em 01.10.2010. p. 3-4.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Como se vê, o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito é *predominantemente* de direito privado. Por um lado, tais empresas são constitucionalmente subordinadas ao regime jurídico de direito privado (CF, art. 173, § 1º, II), não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º).

Por outro lado, tais empresas deverão se submeter a alguns regramentos próprios das pessoas jurídicas de direito público, tais como: 1) fiscalização pelo Estado e pela sociedade (CF, art. 173, § 1º, I); 2) obrigatoriedade de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações (CF, art. 173, § 1º, III); 3) inserção no âmbito do orçamento anual dos respectivos entes federativos (CF, art. 165, § 5º); 4) obrigatoriedade do concurso público para contratação de seus funcionários (CF, art. 37, II); 5) sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 etc.

No tocante à fiscalização externa exercida pelo Estado nas empresas públicas e sociedades de economia mista, verifica-se a prerrogativa do Poder Legislativo em fiscalizar e controlar, por meio do Congresso Nacional ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (CF, art.49, X).

O controle e fiscalização do Poder Legislativo recebem, ainda, o auxílio dos Tribunais de Contas no que tange aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patri-

monial³², julgando as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta e apreciando para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, concessões de aposentadorias, reformas e pensões (CF, art. 71 *caput*, II e III).

A atividade fiscalizatória da administração indireta também é atribuída à própria sociedade, que, por meio de denúncias ao Tribunal de Contas, ao Ministério Público, ao Poder Legislativo, ou ainda, por meio de ações no âmbito do Poder Judiciário - tal como a ação popular -, contribui para que as empresas públicas e sociedades de economia mista atuem em conformidade com os princípios constitucionais a que estão atrelados, e não como se fossem simples empresas privadas eivadas de qualquer controle público decorrente principalmente da instituição por lei e do patrimônio predominantemente público que as constituem.

A obrigatoriedade do dever de licitar ínsito a todos os órgãos da administração indireta por força do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 e do art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/1.993, consubstanciando como instrumento de suma importância para o cumprimento de princípios como o da economicidade, da isonomia e da publicidade dos atos da administração direta e indireta. Ao depois, o art. 173, § 1º, III da Constituição Federal de 1.988 reforça a obrigatoriedade de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica em sentido estrito.

No que concerne à contratação de pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista, devem ser observados os preceitos constitucionais relativos ao concurso público (CF. art. 37, II)³³, sendo os aprovados admitidos sob o regime celetista, atuando na administração indireta como empregados públicos que, inobstante não fazerem jus à estabilidade (art. 41 da Constituição Federal de 1988)³⁴, não podem ser demitidos sem que haja motivação para

³² Inobstante as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica sujeitem-se à fiscalização pelo Tribunal de Contas, os atos realizados para a consecução de objetivos comerciais (atividade concorrencial e em igualdade de condições com o setor privado) não estão sob a supervisão do Tribunal de Contas (Vide STJ, RMS 17.949-DF).

³³ O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 646.534 RJ, decidiu que, “Enquanto estiver em mora o legislador no que concerne ao Estatuto Jurídico específico para Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas que explorem atividade econômica (art. 173, §§ 1º e 3º), devem ser aplicadas, por analogia, as normas regentes das pessoas jurídicas de direito público quanto ao concurso público”, aplicando-se, por analogia a Lei 8.112/1.990.

³⁴ Posicionamento este já sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho: Súmula 390: Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

o ato³⁵ e sem a garantia do devido processo legal, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa.

As empresas públicas e sociedades de economia mista devem obrigatoriamente estar inseridas no âmbito dos orçamentos fiscais da União ou Estados, justamente por serem constituídas e por vezes mantidas com recursos públicos, que devem obrigatoriamente estar previstos na lei orçamentária para que possam ser despendidos ao longo do ano (CF, art. 165, § 5º).

É também necessário que haja prévia dotação orçamentária suficiente para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação empregos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal nas empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de que se atenda às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (CF, art. 169, § 1º).

Por outro lado, justamente porque tais empresas públicas e sociedades de economia mista atuam diretamente no mercado em regime concorrencial com as demais empresas privadas na exploração de atividade econômica, aquelas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º).

Devem, ainda, sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas no tocante aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias³⁶. Tais previsões constitucionais decorrem do fato de que se auferissem tais “benefícios” violariam o princípio da livre concorrência, sobrepondo-se em posição privilegiada em relação ao demais concorrentes no mercado, o que poderia acarretar na eliminação da concorrência, e, por consequência, no exercício de atividade sob o regime de monopólio à exceção das hipóteses previstas na Constituição Federal, em prejuízo à economia e aos consumidores de forma geral.

Se, por um lado, impera o regime jurídico predominantemente privado no que diz respeito à ausência de privilégios que possam conferir alguma vantagem às empresas públicas e sociedade de economia mista que exploram atividade econômica em regime de concorrência, por outro, impera a obrigatoriedade no cumprimento de parte de dispositivos constitucionais concernentes à administração pública, conferindo a característica peculiar de um regime jurídico híbrido, que garante a igualdade de condições concorrenciais necessária ao exercício de uma atividade econômica típica da iniciativa privada, sem se perder de vista que tais entes

³⁵ A Lei 9.784/1.999 também é aplicável à Administração Federal Indireta (art. 1º), razão pela qual os atos administrativos deverão ser motivados (art. 50), inclusive os atos que impliquem em demissão de empregado público de empresas públicas e sociedade de economia mista que exercem atividade econômica.

³⁶ O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 174.747-SP, decidiu pela incidência de ISS nas obras realizadas por empresas públicas e sociedade de economia mista quando exploradora de atividade econômica não exclusiva do ente público e afeta ao particular.

com personalidade jurídica de direito privado foram instituídos pelo Estado, sendo, portanto, administração pública indireta” e não “administração privada indireta”³⁷.

2.4.2 Atividade normativa e reguladora, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento

O Estado, quando atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, se circunscreve, em determinados casos, em área de sua própria atuação (planejamento) e, em outros, age de maneira a intervir na atividade econômica, atingindo o setor privado. Certo é que o Estado normatiza e regula tanto atividades próprias, como no caso dos serviços públicos, mas também influi na atuação dos atores do mercado, que por via direta ou indireta, sofrem os reflexos da atuação normativa e regulatória do Estado neste campo.

Adotando essa última posição, Egon Bockmann Moreira defende que quando o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, o faz na forma de intervenção regulatória na atividade econômica e não simplesmente como forma de atuação do Estado, justificando-se, portanto, a classificação adotada no presente trabalho no sentido de que a atividade normativa e regulatória do Estado pertence ao campo de intervenção na atividade econômica e não de simples atuação estatal:

Por outro lado, a intervenção estatal no domínio econômico pode dar-se através da positivação jurídica de determinados comportamentos permitidos, proibidos ou ordenados. Nesse caso, ao invés de inserir “fisicamente” no mercado objeto de intervenção, o Estado emana normas que disciplinam a conduta dos particulares, estabelecendo limites e parâmetros comportamentais que dantes não existiam, visando a gerar efeitos econômicos naquele mercado, naquele setor ou em toda a economia privada.

Trata-se de específica regulação jurídica da economia, posta num plano geral e abstrato. Os agentes econômicos alterarão a sua conduta devido às prescrições normativas. Caso não o façam, submeter-se-ão (ou não) às conseqüências previstas na própria norma.

Mas também nesse caso há intervenção estatal no domínio econômico – uma intervenção regulatória, que não exige a participação material do Estado numa determinada atividade econômica. O Estado permanece ocupando um plano lógico normativo anterior (legislativo e regulamentar), impondo sanções (positivas ou negativas). O que abrange tanto a atividade regulatória re-

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://direitodoestado.com.br/reade.asp>. acesso em 01.10.2010. p. 1.

pressiva (sanções negativas) como os incentivos e o fomento (Direito promocional)³⁸.

O Estado, então, atua como agente normativo e regulador, fazendo isto através de funções de fiscalização, incentivo e planejamento econômico. Faz-se mister, inicialmente diferenciar a função normativa e reguladora do Estado, para, depois, pormenorizar as explicações sobre as funções de fiscalização, incentivo e planejamento assumidas pelo Estado com o intento de se alcançar um panorama deste tipo de intervenção indireta do Estado, determinante para a manutenção do equilíbrio da atividade econômica, harmonizando os interesses de ordem privada com as necessidades e garantias de ordem pública.

Função normativa não se confunde com função legislativa. Eros Grau atribui critérios distintos à função normativa e legislativa: a noção de função normativa pode ser alinhada desde a consideração de critério material; a de função legislativa apenas se torna equacionável na consideração de critério formal³⁹. Sob esta ótica, os três poderes da República podem exercer função normativa.

Odete Medauar ensina que além do poder regulamentar inerente ao Poder Executivo, através do poder normativo, a administração pública “detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos a população em geral ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos”⁴⁰.

Por sua vez, a função normativa exercida pelo Poder Judiciário revela-se por meio de sua atribuição constitucional de elaboração, pelos Tribunais, de seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (CF, art. 96, I, “a”).

Especificamente em relação à intervenção normativa do Estado na ordem econômica, a regulação traduz-se como uma das facetas do poder normativo da administração no tocante ao agir dos agentes econômicos públicos e privados e dos mercados, envolvendo a implementação de um conjunto de decisões de natureza política, que tem por essência, “a execução da

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmana. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fevereiro de 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01.10.2010. p. 5-6.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 241.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.998. p. 126.

vontade da lei pela autoridade estatal, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada”⁴¹.

Alexandre Faraco propõe a definição de regulação como uma atividade que

visa limitar a liberdade dos agentes econômicos, de forma a afastar determinados efeitos indesejáveis de um sistema que é baseado nessa ação livre. Assim, a atuação reguladora é necessária quando o agir dos agentes econômicos, sustentado em seus próprios interesses, é falho em alcançar resultados socialmente rejeitados⁴².

A título meramente exemplificativo cita-se algumas características que conferem grau de especificidade à regulação em relação à função normativa: 1) faculdade de atribuição da função regulatória a entidades autônomas e independentes; 2) motivação exclusivamente técnica para os atos regulatórios; 3) perspectiva eminentemente econômica da regulação.

Após definir o conteúdo da ação normativa e regulatória do Estado enquanto atividade de intervenção indireta na atividade econômica passa-se, adiante, a análise das respectivas funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A função de fiscalização é consectário do exercício da função normativa e regulatória exercida pelo Estado sobre a atividade econômica, e tem como fim precípua verificar se as normas e regulamentos expedidos pelo Estado ou por seus respectivos órgãos guardam compatibilidade com as condutas praticadas pelos agentes econômicos⁴³. “Assim, *fiscalizar*, no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica”⁴⁴.

Já a função de incentivo decorrente da ação normativa e reguladora do Estado sobre a atividade econômica revela a modalidade de intervenção por indução, onde o Estado, por meio de políticas fiscais, tributárias e financiamentos públicos manipulam os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

⁴¹ SOUTO, Marcos Jurena Villela. Função Regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fevereiro/março/abril de 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01.10.2010. p. 2-3.

⁴² FARACO, Alexandre. **Regulação e direito concorrencial**. São Paulo: Paulista, 2003. p. 141.

⁴³ Bem por isso que Marcos Jurena Villela Souto afirma que a intervenção regulatória não se exaure no momento de positivação das normas, abrangendo também o controle e a fiscalização do cumprimento dessas regras e a aplicação da respectiva sanção frente a sua violação, ou, ao seu cumprimento, no caso das sanções premiaias (SOUTO, Marcos Jurena Villela. Função Regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fevereiro/março/abril de 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01.10.2010. p. 20).

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 307.

Por fim, o planejamento é forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos⁴⁵. Não se traduz, na opinião de Eros Grau, como forma de intervenção *no* ou *sobre* o domínio econômico, sendo, simplesmente um método a qualificá-la [a intervenção], por torná-la sistematizadamente racional⁴⁶.

Especificamente em relação à função de planejamento aludida no *caput* do art. 174 da Constituição Federal de 1988, esta se refere ao planejamento da atividade econômica em sentido lato (com o sentido de relações econômicas), ou seja, o planejamento realizado pelo Estado para atingir os objetivos previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988, respeitando os princípios da ordem econômica (CF, art. 170).

Entretanto, o aludido planejamento é determinante para o setor público e meramente indicativo para o setor privado. Nem poderia ser diferente, pois, a pretexto de planejar, o Estado não pode obrigar a iniciativa privada a atender suas diretrizes e programas, sob pena de afronta ao princípio da livre iniciativa. Por outro lado, em seu planejamento, o Estado pode incluir medidas de incentivo que atraiam a adesão dos entes privados a certas atividades ou formas de atuação na economia que sejam benéficas ao Estado.

Ademais, como a iniciativa privada também é chamada a participar das atividades estatais, por exemplo, quando atua como prestadora de serviços públicos, o planejamento que é meramente indicativo para esse setor, deve ser apresentado de forma atraente para condicionar a atuação da atividade privada sem que isto implique em impor aos particulares o atendimento das intenções pretendidas pelo Estado⁴⁷.

Em complemento ao *caput* do mencionado art. 174, o § 1º desse mesmo artigo faz alusão ao desenvolvimento nacional, cujas diretrizes e bases devem ser estabelecidas por meio de lei, que incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 346-347.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 150.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, maio/junho/julho de 2008. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 01.01.2010.

2.4.3 Monopólio

Monopólios são atividades econômicas subtraídas da livre iniciativa. Pela definição de Eros Grau, o monopólio pressupõe, em princípio, apenas um agente apto a desenvolver atividades econômicas a ele correspondentes, seja em decorrência do lícito exercício de uma vantagem competitiva, (monopólio de fato), seja ainda porque foi instituído por lei (monopólio legal)⁴⁸.

Por sua vez, os monopólios legais dividem-se em duas espécies: a) os que visam impedir o agente econômico ao investimento – propriedade industrial, monopólio privado; b) os que instrumentam a atuação do Estado na economia⁴⁹.

O monopólio legal certamente é a modalidade de intervenção do Estado na ordem econômica mais incisiva e agressiva porque excepciona a livre iniciativa, que se configura como um dos valores fundantes da ordem econômica brasileira, razão pela qual deve ser exercido nos estritos limites permitidos pela Constituição.

O art. 173 da Constituição Federal de 1988 traz as hipóteses de exploração direta de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado: “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, englobando tanto os casos em que participa do mercado em regime de concorrência com os entes privados, como os monopólios legais. Entretanto, não há uma regra estanque para subsumir o art. 173 ao exercício de monopólio ou atividade econômica em sentido estrito, a depender do tipo de interesse que justifique⁵⁰.

O exercício de atividade econômica em sentido estrito na modalidade monopólio também deve ser subsumível às hipóteses do art. 173 da Constituição Federal, ou seja, o monopólio pode ser exercido desde que **necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei**, restando-se perquirir se esta lei pode ser estadual ou somente federal.

A disciplina da segurança nacional é privativa da União (art. 22, XXVIII), razão pela qual não há dúvidas que a lei deva ser federal. Entretanto, no caso do relevante interesse coletivo, poderá tanto ser lei federal como estadual, uma vez que “o Estado agente normativo mencionado pelo art. 174 não é apenas a União; Estados-membros são albergados no vocábulo

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 296.

⁴⁹ Vide STF, ADI 3.366-2-DF.

⁵⁰ Para Eros Grau, na hipótese de imperativo de segurança nacional, o monopólio, em regra, impor-se-á. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 289).

lo ‘Estado’, no contexto deste art. 174”⁵¹, uma vez que também possuem competência legislativa para as matérias de direito Econômico.

O monopólio não colide com a livre iniciativa, mas a excepciona. Isto porque o próprio texto constitucional é claro em seu art. 170, parágrafo único que assim dispõe: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo nos casos previstos em lei**”.

A Constituição Federal de 1988 elencou as hipóteses de monopólio da União nos cinco incisos do art. 177 como sendo: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal⁵².

Não é demais reforçar que os monopólios da União não se constituem serviço público e sim atividade econômica em sentido estrito a que se refere o art. 173 da Constituição Federal de 1988, explorados por empresas com personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas ou sociedades de economia mista), conforme já explicitado no item 2.4.1.

Em que pese aparentemente não haver lógica falar-se em regime de competição na exploração de atividade econômica em sentido estrito por meio de monopólio, o § 1º do art. 177 da Constituição Federal quando alterada sua redação pela Emenda Constitucional 9/1995, passou a permitir que a União contrate “com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. A confusão advém do fato de que a redação anterior vedava expressamente “à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º”.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 287.

⁵² Art. 21. Compete à União:

...

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

Houve, portanto, uma relativização⁵³ do monopólio do petróleo por meio da Emenda Constitucional 9/1995, cujos fatores determinantes para tal mudança devem ser analisados no contexto político e econômico da redemocratização do país sentida principalmente a partir da década de 1990.

O primeiro presidente civil empossado após mais de 20 anos de regime militar foi José Sarney, que governou o país no período compreendido entre 15.03.1985 a 15.03.1990, em virtude do falecimento do presidente eleito Tancredo Neves antes mesmo de assumir a Presidência da República. Este foi o período decisivo para a redemocratização do país, que teve como pedra fundamental a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O regime de ditadura militar sustentado por Constituições impostas de maneira unilateral e por Atos Institucionais que legitimavam e davam aspecto de legalidade aos atos dos militares foi substituída pela Constituição legitimamente formulada, discutida e promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte, restando a árdua tarefa aos próximos presidentes dar efetividade aos preceitos ali estabelecidos, seja no campo dos direitos e garantias individuais, direitos sociais, a nova estruturação da administração pública, dos demais Poderes, dentre outros assuntos de relevo.

Fernando Collor de Mello foi o primeiro presidente eleito por meio de eleições diretas após o fim do período militar, uma vez que Tancredo Neves e seu vice José Sarney ainda foram eleitos de maneira indireta pelo Congresso Nacional.

O panorama enfrentado pelo país neste momento era de expectativa pelas mudanças que adviriam em decorrência da liberdade política, do regime democrático, das eleições diretas e qual seria o tom que os próximos governos imprimiriam em relação ao modelo de Estado, de administração e os rumos da economia.

O Ministro Marco Aurélio bem retrata este momento em seu voto proferido na ADPF 46-7:

(...) vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, como a economia globalizada – o Estado enfraquecido em relação ao poder indutor -, a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas. O Estado brasileiro encontrava-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as ativi-

⁵³ Eros Grau aponta o surgimento de um “novo regime de monopólio” introduzido pela Emenda Constitucional 9/95, na medida em que extirpou-se a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, permitindo com que a União transferisse ao concessionário a propriedade do produto da exploração do petróleo e gás natural, observadas as normas legais (Lei 9.478/1.997) (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301).

dades econômicas. Fez-se e faz-se ainda necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada⁵⁴.

Visando redimensionar o papel e atuação do Estado na atividade econômica, no espírito ilustrado pelo trecho acima transcrito, o governo Collor editou a Lei 8.031/1.990, instituindo o Programa Nacional de Desestatização cujos principais objetivos eram: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa (art. 1º).

Com a renúncia do então Presidente Fernando Collor de Mello ao mandato de Presidente para escapar do impeachment, o Programa Nacional de Desestatização não foi levado totalmente a efeito pelo seu sucessor Itamar Franco.

O governo de Fernando Henrique Cardoso retomou o Programa Nacional de Desestatização, com um novo formato e novos objetivos delimitados pela Lei 9.491/1.997, tendo como marco a privatização da Companhia Vale do Rio Doce e a concessão de rodovias à iniciativa privada.

Foi, portanto, imbuído pelo espírito de que em certas atividades a presença do Estado é fundamental para a consecução das prioridades nacionais, mas, por outro lado, a demanda por investimentos para a execução dessas atividades com eficiência e competitividade não poderiam mais ser suportadas unicamente pelo Estado, a Emenda 09/1.995 relativizou o monopólio do petróleo, visto que permite que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização da pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo, observadas as condições estabelecidas em lei.

O setor petrolífero é certamente um dos setores da atividade econômica nacional que demanda alta tecnologia e investimentos para sua exploração. Antes da efetiva atividade de exploração são necessárias as fases de pesquisa e descoberta de novos campos. Entretanto, o

⁵⁴STF – ADPF 46-7-DF.

setor público, neste tocante, encontrava-se sucateado por anos de falta de investimento. Era necessário angariar empresas privadas dispostas a investir na pesquisa e descoberta de novos campos, mantendo-se, contudo, o monopólio estatal do petróleo.

Essa foi, na verdade, a tentativa instaurada pela Emenda Constitucional 09/1.995: como empresas privadas poderiam explorar o setor petrolífero sem a quebra do monopólio estatal. Essa nova sistemática só foi totalmente aclarada pelo julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 3266 e 3273, que esclareceram que o monopólio incide sobre a atividade petrolífera e não sobre o resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos, que pode ser atribuída a terceiros pela União.

Ora, a União, na medida em que contrata com uma empresa pública ou privada a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo, assina um “contrato de risco”: caso, a partir das pesquisas realizadas em certa área não se encontre nenhuma jazida, as empresas suportarão os prejuízos. Mas, se a partir das pesquisas sejam encontradas jazidas, o produto de sua lavra será de propriedade das empresas (e não da União), mas com a obrigatoriedade de que sua comercialização seja administrada pela União, mediante a atuação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Está agora, portanto, permitida legalmente a operação de refinarias privadas e até estrangeiras na exploração do produto da lavra de jazidas de petróleo, sem que, com isso, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, tenha havido quebra do monopólio estatal, uma vez que se trata de um bem natural que justifica a atuação do Estado, como agente econômico, pelos imperativos de segurança nacional⁵⁵.

A interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria - Emenda Constitucional 09/1.995 - criou uma nova configuração específica ao monopólio onde se permite a contratação, pela União, de empresas públicas ou privadas para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, cujo resultado da lavra pode ser atribuído a terceiros pela União, mas não a atividade petrolífera em si, que permanece como monopólio estatal.

2.5 Modalidades de atuação do Estado na ordem econômica

Nessa medida, sobre as modalidades de *intervenção* do Estado na ordem econômica, convém proceder na sequência, à análise dos apontamentos necessários relativos às modalida-

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127.

des de atuação do Estado na ordem econômica, ou seja, as hipóteses em que o Estado age dentro de sua área de atuação natural, onde os agentes privados, quando a Constituição autoriza, atuam de maneira excepcional (prestação de serviços públicos), ou ainda, nos casos em que a ação do Estado não vincula, mas somente indica a atuação do setor privado (planejamento).

2.5.1 Serviços públicos

2.5.1.1 Bases para a formação da noção inicial do serviço público

Sem a pretensão de aprofundamento quanto à formação e evolução da teoria clássica do serviço público, explorado com profundidade por Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁵⁶, faz-se necessário, ainda que de maneira perfunctória, investigar as bases que culminaram na formação da noção inicial do serviço público.

Eros Grau é reticente em *conceituar* o que venha a ser serviço público, preferindo utilizar a expressão “noção” para determinar o conteúdo do serviço público. Nesse sentido, o Doutrinador mencionado vê a impossibilidade de se alcançar um conceito de serviço público porque,

o conceito é atemporal, de modo que, nem o tempo nem, por conseqüência, a história podem ser objeto de um conceito. A *noção*, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas⁵⁷.

A noção inicial básica de serviço público teve origem na França a partir dos estudos da Escola Francesa de serviço público e esteve atrelada às necessidades da população a serem providas pelo Estado em determinado momento histórico. Seus principais expoentes foram Leon Duguit e Gaston Jèze, para os quais o serviço público era a idéia condutora do Direito Administrativo, sendo o Estado constituído por uma cooperação de serviços públicos criados e controlados pelos governantes.

Ainda no contexto francês, a noção de serviço público foi utilizada para determinar a competência para o julgamento de causas, na tentativa de separar a competência civil da ad-

⁵⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26-43.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 134-135.

ministrativa. Ou seja, se a demanda versasse sobre serviço público, a competência para o julgamento seria do Conselho de Estado Francês.

Este entendimento foi consolidado após o *caso Blanco*⁵⁸, em que se passou a vincular a responsabilidade do Estado ao serviço público. Todavia, nos ensina Odete Medauar, que na França, a identificação do serviço público passou a sofrer modificações no início do século XX, em razão dos particulares passarem a prestá-lo, no mais das vezes, sob o regime jurídico de Direito Privado⁵⁹.

A jurisprudência francesa passou, então, a exigir, para a configuração de um serviço como público, a conjugação de três elementos: intervenção de uma pessoa pública (concepção orgânica ou subjetiva); satisfação de uma necessidade de interesse geral (concepção objetiva, material ou funcional) e um regime jurídico específico visando a consecução do interesse geral (concepção formal)⁶⁰.

Subsistia, inobstante os esforços da doutrina e jurisprudência francesa, certa dificuldade no tocante à eleição de critérios objetivos para caracterização de uma atividade como serviço público, tendo-se em vista ser essa uma noção subjetiva, que não se coaduna com idéias e conceitos estanques, visto que dependem do momento histórico, de questões temporais e políticas.

2.5.1.2 Doutrinas sobre o serviço público no Brasil e a qualificação constitucional de atividade como serviço público

A noção de serviço público no Brasil se identifica basicamente a partir de duas concepções: o substrato material, relacionado à prestação de utilidade destinada à consecução do interesse público; e ainda, o substrato formal, relacionado ao regime jurídico de direito público⁶¹.

⁵⁸O aresto versava sobre pedido de indenização pleiteado pelo pai da menina Agnes Blanco, por ter sido atropelada por um vagão de manufatura de tabaco, serviço este prestado Estado em 1873.

⁵⁹Foi a chamada “crise da noção do serviço público”, que, no entendimento de Odete Medauar, “que nada mais era do que a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizada sob modos variados”. (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.998. p. 329).

⁶⁰GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 43-47.

⁶¹Já nos países anglo-saxões, a configuração do que seja serviço público não está vinculada à assunção dos serviços de interesse geral pelo Estado, mas pela presença de prestadores privados submetidos a algum tipo de regulação e controle público (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25).

Nesse sentido, o art. 175 da Constituição Federal de 1988, a partir de uma concepção orgânica, conferiu a atribuição ao poder público para prestação dos serviços públicos. Consubstancia-se essa prestação, como forma de *atuação* do Estado na ordem econômica, pois a titularidade dos serviços públicos será sempre estatal, de modo que sua prestação poderá ser concedida ou permitida a agentes privados⁶².

Diverso, entretanto, é o posicionamento de Marçal Justen Filho, que insere o serviço público como forma de intervenção direta do Estado na atividade econômica, ao lado da atividade econômica em sentido estrito⁶³.

A par das divergências quanto à classificação dos serviços públicos como sendo forma de atuação ou intervenção do Estado na atividade econômica, é necessário revelar a noção de serviço público conferida pelos Doutrinadores pátrios.

Celso Antonio Bandeira de Mello confere a seguinte noção ao serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais – instituído pelo em favor dos interesses que houver definido como públicos no sistema normativo⁶⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta à identificação do serviço público o substrato subjetivo, qual seja, de que o serviço público é de incumbência do Estado, sendo de sua responsabilidade também a gestão, que pode ocorrer de forma direta ou indireta⁶⁵. Deste modo, para a Autora mencionada, tem-se que o serviço público pode ser identificado basicamente por meio de três elementos: o *material*, por tratar-se de uma prestação relacionada ao interesse social; *subjetivo*, em razão de a titularidade pertencer ao Estado; e *formal*, no tocante à submissão ao regime jurídico de Direito Público.

Dos três elementos, a grande discussão é realmente a que versa sobre a delimitação das prestações materiais aptas a serem qualificadas como serviço público, ou seja, da identificação do substrato material.

⁶²Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que, “o fato do Poder Público ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser sujeito que detém ‘senhoria’ sobre eles (a qual, de resto, é antes de tudo um dever em relação aos serviços em que a Constituição ou as leis puseram ou venha a por a seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Serviço público: conceito e características**. Disponível em: www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/5.pdf. Acesso em 31.10.2010).

⁶³JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 456.

⁶⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 659.

⁶⁵PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 19ª ed. p. 114.

Para Marçal Justen Filho, o que qualifica um serviço como público é o fato desse serviço estar relacionado à concretização de direitos fundamentais⁶⁶. Para o Autor, além da satisfação de necessidades coletivas, o serviço público deve necessariamente estar vinculado à concretização de um direito fundamental. Adverte que se este vínculo não existir, não há que se falar em serviço público. A consequência jurídica é a de que a titularidade desta atividade será do Estado, sendo desenvolvida a partir de um regime jurídico de Direito Público.

Sem desconsiderar a importância de uma definição doutrinária para o serviço público, Fernando Herren Aguillar afirma que “no sistema constitucional vigente em nosso país *não há um conceito jurídico de um serviço público*”⁶⁷, mas sim conceitos doutrinários formados a partir da observação de fatos ou de aplicação concreta do direito, sendo que o parâmetro para se aferir se determinada atividade é ou não serviço público é o seu enquadramento na previsão constitucional.

Nesse sentido, para Luiz Alberto Blanchet serviços públicos são as atividades assim consideradas por força de normas constitucionais ou legais, independentemente da lei ou da Constituição ter utilizado a expressão “serviço público”, prestado diretamente pelo Estado ou por quem lhe for delegada a execução, sob o regime jurídico-administrativo, visando à satisfação de necessidades ou criação de utilidades de interesse coletivo⁶⁸.

Pairam, entretanto, dúvidas quanto à possibilidade de instituição de serviços públicos pelo legislador ordinário. Para a corrente *convencionalista-legalista*, a lei ordinária pode criar serviços públicos, desde que a criação de novos serviços públicos esteja “condicionada à previsão constitucional de competência legislativa sobre as atividades que se pretende converter em serviço público”⁶⁹.

Fernando Herren Aguillar, entretanto, não vislumbra qualquer possibilidade de instituição de novos serviços públicos por via legislativa, posto que a Constituição não traz nenhum conceito de serviço público que permite sustentar que determinada atividade econômica pode transformar-se em serviço público, e ainda, a Constituição “não estabeleceu qualquer mecanismo expresso de instituição de serviços públicos para além da listagem que apresenta⁷⁰”. Então, somente por emenda à Constituição é possível criar-se novos serviços públicos.

⁶⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 478.

⁶⁷AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1.998. p. 134.

⁶⁸BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 55.

⁶⁹BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 127.

⁷⁰AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1.998. p. 133.

Já a corrente *essencialista* pretende deduzir a essência atemporal do serviço público, insuscetível de transformar-se no tempo⁷¹. A ela se filia Eros Grau, para quem a atividade só poderá ser considerada serviço público se estiver necessariamente vinculada a um *interesse social*⁷². Ou seja, a configuração do que seja serviço público subordina-se ao enquadramento da atividade a um *interesse social*, que é o conceito essencial para a configuração de um serviço como público na ótica desse Autor.

Por fim, entende-se em consonância com o pensamento de Luiz Alberto Blanchet que a Constituição Federal são aquelas atividades assim consideradas pela Constituição ou pela Lei, ocorrendo, por vezes, a errônea titulação de determinada prestação do Estado como sendo serviço público quando, na verdade, trata-se de atividade econômica e vice-versa.

2.5.1.3 Regime jurídico aplicável aos serviços públicos

Em regra, a administração pública, na prática de seus atos é regida pelo regime de direito público, podendo, excepcionalmente, também sujeitar-se ao de direito privado, quando, por exemplo, atua na condição de locatária de um bem para a instalação de um órgão público. Como assinala Maria Sylvia Zanella di Pietro, “a expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública⁷³”.

O regime jurídico da administração pública acima comentada não se confunde, entretanto, com o regime jurídico-administrativo. Este alberga o “conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa⁷⁴”.

Essa posição privilegiada e vertical conferida à administração na relação jurídico-administrativa que mantém com os administrados se constrói a partir dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração⁷⁵, donde deflui prerrogativas e restrições à sua atuação.

⁷¹AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1.998. p. 113.

⁷²GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127-129.

⁷³PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 64.

⁷⁴PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 64.

⁷⁵Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69-87.

A supremacia do interesse público sobre o particular revela certas prerrogativas que a administração pública se reveste para a consecução do interesse público primário, ligado à satisfação de interesses da sociedade na promoção do bem estar social, e aos objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição Federal). Tais prerrogativas são conferidas à administração para dar efetividade ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, colocando-a, muitas vezes, em posição de aparente “privilégio” em relação aos seus administrados.

São os atos ínsitos ao regime jurídico administrativo, tais como a possibilidade de desapropriação por utilidade pública, de requisição administrativa, de instituição de servidões e de alteração e rescisão unilateral dos contratos administrativos que conferem à administração prerrogativas que visam à concretização do interesse público primário, mesmo que, para tanto, seja necessário que a administração deixe de atender ou observar prioritariamente os interesses particulares.

Se, por um lado, essas prerrogativas mencionadas atribuem à administração certos privilégios que a colocam em posição vertical em relação aos administrados com a finalidade de fazer prevalecer o interesse público sobre o privado, por outro, essa mesma administração não tem a faculdade de exercer ou não os atos tendentes à consecução dos interesses pertencentes à coletividade.

Disso se extrai o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração, que ainda se submete aos seguintes princípios, conforme lições de Celso Antonio Bandeira de Mello:

- a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado;
- b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público;
- c) do controle administrativo ou tutela;
- d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração;
- e) da publicidade;
- f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;
- g) do controle jurisdicional dos atos administrativos⁷⁶.

Assim, “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontravam nas relações entre particulares, constitui o **regime jurídico administrativo**”⁷⁷.

⁷⁶MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

Pelo até aqui exposto, a administração, a depender da situação em que se encontra, pode reger-se pelo regime jurídico de direito público, submeter-se ao regime jurídico de direito privado, ou ainda, observar o regime jurídico-administrativo.

Em relação ao regime jurídico a ser observado pela administração pública quando assume o exercício de atividade econômica (serviços públicos ou atividade econômica em sentido estrito), a opção ou escolha por um dos regimes jurídicos é realizada pela Constituição ou pela lei.

Quanto ao exercício de atividade econômica pelo Estado, o inc. II, do § 1º do art. 173 da Constituição Federal de 1988 determina que lei disponha sobre “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários à empresa pública e sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Assinala, ainda, que tais empresas de capital total ou parcialmente público, não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§2º do art. 173), que conota a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico de direito privado.

Entretanto, há disposições nesse mesmo artigo 173 que remetem as empresas públicas e sociedades de economia mista ao cumprimento de disposições que são próprias do Estado enquanto administração direta, como, por exemplo, o dever irrenunciável dessas empresas à realização de processos de licitação na contratação de obras, serviços, compras e alienações, conforme preceitua o inc. III, do § 1º do art. 173 da Constituição Federal de 1988, ainda que de maneira mitigada⁷⁸.

De igual modo, a Constituição Federal exigiu que lei regulamentasse o “regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos” (inc. I do parágrafo único

⁷⁷PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 66.

⁷⁸ O inciso III, do § 1º do art. 173 da CF determina que lei disporá sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”. Nesse sentido, a Lei 9.478/1.997, no art. 67 estabeleceu que “Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”, qual seja, o Decreto 2745/98. No Mandado de Segurança 29123, o STF assegurou em sede liminar, a suspensão dos efeitos de decisões proferidas pelo TCU no processo 006.846/2004-3, que determinava à Petrobrás de se abster de aplicar o Decreto 2745 que instituiu o “procedimento licitatório simplificado”, sob a alegação de que o art. 67 da Lei 9.478/1.997 é inconstitucional e assim já havia sido declarado pelo TCU. Entendeu o STF que “a submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC n. 9/95, a empresa passou a exercer atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei n. 8.666/1.993. Lembre-se, nesse sentido, a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes”.

do art. 175), cuja titularidade é sempre do Poder Público, que pode prestar, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Os serviços públicos prestados pela administração indireta – sociedades de economia mista ou empresas públicas – sempre observará o regime de direito privado por serem pessoas jurídicas de direito privado. A ADI 83-6 é pontual ao esclarecer que a personalidade de direito privado a que se submetem as empresas públicas não se confundem com o influxo de normas de direito público decorrentes dos próprios fins a que são criadas, qual seja, a prestação de serviços públicos que servem exclusivamente a consecução de fins do Estado e não do setor privado.

Destaca-se, por oportuno, o esclarecedor trecho do voto Relator Min. Sepúlveda Perence na ADI 83-6:

29. Certo, como resulta das premissas assentadas, em relação a ditas empresas estatais de serviço público, maior necessariamente será o influxo de normas de Direito Público, não obstante a sua personalidade seja de direito privado: a diferença aí no entanto, não estará em serem entidades criadas e controladas pelo Estado para perseguir fins estatais – que também o são as destinadas à exploração de atividade econômica, instrumentos da política econômica pública.

30. O que verdadeiramente diferencia, no particular, os dois tipos de empresas estatais, é a atividade desempenhada: as últimas, embora o façam na persecução de fins públicos, desenvolvem atividade econômica, mediante relações jurídicas de Direito Privado.

31. Já as empresas estatais de serviço público desempenham, por isso, mediante delegação, atividade estatal, sujeita, por isso, ao estatuto do serviço público prestado, que é matéria de Direito Administrativo, tanto que igualmente imposto às empresas de capital exclusivamente privado, quando na execução da concessão de serviço público.

(...).

35. Na monografia citada, a elas dedicada (*Prestação de Serviços Públicos*, cit. p. 96), o publicista ilustre [Celso Antonio Bandeira de Mello] demarca, com precisão, os lindes entre a órbita do regime público e a do regime privado das empresas estatais. “*A circunstância mesma de outorgar o serviço em concessão a uma pessoa mista revela, só por si*”- assinala o autor -, “*a opção pelo esquema de direito privado, mas, note-se, a pessoa será de direito privado, o regime dela, da mesma forma; contudo, o serviço em si mesmo beneficiar-se-á de proteção especial, inerente ao regime de direito público*”. E extrai daí o douto jurista, a aplicação analógica às empresas prestadoras de serviço público – em tudo quanto não disser respeito a este -, do regime das empresas privadas, que a Constituição impõe às estatais exploradoras de atividade econômica. Ambas, conclui, “*são pessoas jurídicas de direito privado, disciplinadas basicamente pelo direito comercial, sendo, quando a este aspecto, irrelevante o fato de “explorarem atividade econômica” propriamente dita ou desempenharem serviços públicos de natureza industrial ou comercial*”.

O que se deduz do trecho mencionado é que sempre que o Estado não prestar diretamente serviços públicos, delegando-os a empresas integrantes da administração indireta ou a entes privados, o regime jurídico de ambas as empresas será o regime de direito privado.

Contudo, considerando que os serviços públicos são atividades cuja titularidade é sempre pública e indeclinável, quando a prestação dos serviços for realizada por entes estranhos ao Estado - empresas integrantes da administração indireta ou empresas propriamente privadas -, estas sempre estarão sujeitas a sofrer os influxos do regime de direito público decorrentes da proteção especial conferida ao serviço em si mesmo inerente ao regime de direito público.

Bem por isso que Romeu Felipe Bacellar Filho não concorda com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo:

Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). Estes princípios devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que compõe a Administração Pública indireta), mas também pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público⁷⁹.

Não é por outra razão que as empresas estatais prestadoras de serviço público, inobstante se configurarem como pessoas jurídicas de direito privado regidas pelo regime jurídico de direito privado, podem ser beneficiadas por prerrogativas da administração pública, tais como a equiparação à Fazenda Pública para fins de execução pelo regime de precatórios⁸⁰.

2.5.1.4 A prestação de serviços públicos pelos particulares

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 possibilitou que a prestação de serviços públicos seja realizada por particulares sob o regime de permissão ou concessão, sempre precedida de licitação.

⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord). **Serviços Públicos: estudos dirigidos**. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 18-19.

⁸⁰STJ – REsp 1086745-SE e REsp 729.807-RJ.

Odete Medauar classifica a prestação de serviços públicos por terceiros como uma forma de “descentralização do serviço público” ou “serviço público descentralizado”, visto que sua execução é atribuída à outra pessoa jurídica, mas sob o controle do poder público⁸¹.

Já Marçal Justen Filho atribui um sentido mais restrito ao termo “descentralização”. Para ele, a descentralização do serviço público não equivale a sua concessão para pessoas privadas, mas sim a prestação do serviço por pessoa jurídica autônoma, porém integrante da administração pública (empresa pública, sociedade de economia mista ou autarquia). Nessa linha de raciocínio não há “concessão” quando o serviço é prestado pelo próprio poder público por meio de suas empresas⁸², até porque tais empresas não se submetem ao processo de licitação para a prestação do serviço, ao contrário do que ocorre quando as empresas públicas e sociedade de economia mista desempenham atividade econômica monopolizada (art. 177, § 1º da Constituição Federal de 1988), submetendo-se a processo concorrencial para exercício da respectiva atividade econômica, concorrendo, inclusive, com agentes privados.

Há, ainda, uma definição intermediária que abarca as concepções de descentralização de serviço público apresentadas por Odete Medauar e Marçal Justen Filho. É a posição adotada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, a qual distingue a “descentralização por serviço” da “descentralização por colaboração”. A primeira figura corresponde à descentralização no âmbito da própria administração e se verifica quando o poder público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado, atribuindo-lhe a titularidade e a execução de determinado serviço. Já na descentralização por colaboração, o poder público transfere a execução de dado serviço público a uma pessoa jurídica de direito privado, reservando para si a titularidade do serviço⁸³.

Em realidade, a prestação de serviços públicos por particulares (descentralização por colaboração) implica na harmonização de interesses antagônicos: de um lado, o dever do Estado na prestação de um serviço que visa o atendimento de necessidades essenciais de interesse coletivo; e, de outro, a possibilidade de exploração empresarial das atividades de serviço público pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade⁸⁴. Nesse sentido, princípios estatais e não-estatais são colocados numa mesma relação jurídica quando a matéria versar sobre concessão de serviços públicos, tal como a supremacia do interesse público *versus* livre

⁸¹ MEDAUAR, Odete. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13-14.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 121.

⁸³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 45-50.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11.

iniciativa. Entretanto, os esforços do poder concedente e do concessionário devem ser voltados à prestação de um serviço adequado, residindo na lucratividade o principal motivo do concessionário para tal prestação, o que em nada viola os fins da prestação dos serviços, se observados padrões compatíveis de remuneração.

Não bastasse o patente conflito de interesses que se instaura entre os fins perseguidos pelo Estado e pelo prestador privado de serviço público, há ainda que se considerar um terceiro elemento nesta relação: o receptor do serviço prestado, comumente denominado usuário. Isto porque, sendo o serviço público destinado a satisfazer “uma necessidade coletiva individualmente sentida”⁸⁵, logicamente haverá a instauração de uma relação entre o poder concedente – Estado –, o concessionário – agente privado – e o usuário dos serviços públicos prestados – a sociedade.

Os limites e instâncias de controle pela sociedade na prestação dos serviços públicos dentro da lógica democrática do Estado brasileiro, aliás, é o principal aspecto a ser abordado oportunamente no presente trabalho, por se reconhecer que a titularidade de interesses jurídicos da sociedade usuária é diversa dos interesses jurídicos do Estado concedente, sendo que aqueles interesses devem ser juridicamente tutelados⁸⁶.

Decidindo, entretanto, a administração pública pela conveniência da prestação de serviços públicos por particulares, deverá ela observar o princípio da legalidade na realização dos atos administrativos tendentes a possibilitar a concessão ou permissão do serviço determinado.

Atento a este aspecto, Luiz Alberto Blanchet aponta:

Há, basicamente, três categorias de normas necessárias para que a concessão se opere: as contidas na *lei* autorizando o Poder Executivo a outorgar o exercício do serviço ou a exploração da obra ao particular, as integrantes do *regulamento* estabelecendo as regras orientadoras da execução da atividade objeto da concessão, e as constantes no *instrumento* pelo qual se formalizará a delegação (transferência do exercício do serviço ou da exploração da obra) ao particular (este documento é denominado instrumento “*de contrato*” pela Lei e pela doutrina predominante, embora, consoante já comentamos, este

⁸⁵ TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 211, out/dez 2005.

⁸⁶ Nesse aspecto, é salutar a diferenciação realizada por Marçal Justen Filho, em relação aos interesses do Estado e da Sociedade na concessão de serviços públicos. Diz ele: “Em primeiro lugar, não é cabível examinar o instituto da concessão sem estabelecer a diferenciação entre Estado e Sociedade. Quando se afirma que o interesse público se confunde com o interesse monopolizado pelo Estado, produz-se uma distorção insuperável da questão. Exclui-se do universo da concessão a existência do interesse dos usuários do serviço público. Pressupõe-se a comunhão inevitável e automática do interesse perseguido pelo Estado e do interesse da Sociedade. O interesse da coletividade acaba sendo absorvido no conceito de *interesse estatal*, o que não pode ser admitido numa concepção democrática de Estado de Direito” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 12).

sirva de instrumento também para normas de natureza tipicamente regulamentar e não contratual⁸⁷.

Analisadas as etapas legais para que seja possível atribuir a prestação de serviços públicos a particulares sob o regime de permissão ou concessão, faz-se mister destacar alguns pontos da Lei 8.987/1.995, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo normas gerais sobre a temática.

O primeiro aspecto a ser observado, em verdade, reforçado, tendo-se em vista que já foi observado em linhas anteriores, é que a concessão a que se refere à Lei é aquela realizada a pessoas privadas não integrantes da administração direta ou indireta, reforçando tratar-se de descentralização por colaboração. Ademais, a definição jurídica de concessão de serviços públicos trazida no art. 2º, II da lei 8.987/1.995 confirma alguns aspectos que só podem ser adimplidos nas concessões ao setor privado, como a necessidade de prévia licitação e o prazo determinado.

Concessão de serviços públicos, na acepção da Lei 8.987/1.995 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”⁸⁸.

Um segundo aspecto que merece destaque é o tratamento jurídico conferido ao termo “serviço adequado”, presente no art. 175, IV, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelo art. 6º da Lei 8.987/1.995. Como assinala Romeu Felipe Bacellar Filho, a doutrina brasileira, dentre eles, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Adilson Abreu Dallari, reconhece no art. 175, IV, da Constituição Federal de 1988, *um direito fundamental ao serviço público adequado*⁸⁹, tendo-se em vista que o poder público, na tentativa de concretização de direitos fundamentais, utiliza o serviço público como instrumento.

Destarte, direitos como a saúde e educação presentes no art. 6º do nosso texto constitucional, além de se constituírem direitos fundamentais sociais, são, ao mesmo tempo, instru-

⁸⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**: Comentários à Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei 9.074, de 7 de julho de 1995 com as inovações da Lei 9.427 de 27 de dezembro de 96 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1.998. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 28.

⁸⁸ Marçal Justen Filho critica a formulação verbal da definição jurídica de serviços públicos estampada na 8.987/1.995 por entender que há “excessos dispensáveis” que não deveriam integrar o conceito de concessão, dentre eles, a *obrigatoriedade da licitação*, que não é elemento constitutivo da identidade da concessão, mas sim decorrência da presença da concessão; a *demonstração capacidade* para o desempenho do serviço (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 54-55).

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord). **Serviços Públicos: estudos dirigidos**. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironi Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 14.

mentos para a realização de fundamentos da República Federativa do Brasil, tais como a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

“Serviço público adequado” certamente inclui-se no rol dos conceitos jurídicos considerados como indeterminados, dado a abrangência semântica da expressão. Inobstante a Constituição Federal de 1988 imponha a obrigatoriedade de manutenção do serviço adequado (art. 175, IV), adverte Luiz Alberto Blanchet que somente a Lei 8.987/1.995 complementa o dever constitucional, direcionando a adequação do serviço para a satisfação do pleno atendimento do usuário⁹⁰.

Sem conferir um conceito ao que seja serviço público adequado, a Lei 8.987/1.995 considera como adequado ao pleno atendimento dos usuários o serviço que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e a modicidade das tarifas (art. 6º), designados pela doutrina como princípios do serviço público a que se subordina também o poder público quando titular de sua prestação.

Além dos princípios elencados na Lei 8.987/1.995, Luiz Alberto Blanchet ainda acresce ao rol dos princípios do serviço público os seguintes: generalidade (ou da igualdade dos usuários); mutabilidade do regime jurídico; neutralidade dos envolvidos na execução da atividade (ligado ao princípio da objetividade e da impessoalidade) e a reserva relativa ao exercício do objeto da outorga⁹¹.

O princípio da *regularidade* pressupõe a observância dos regramentos jurídicos e administrativos decorrentes da prestação do serviço concedido. Pelo princípio da *continuidade*, obriga-se o concessionário a prestação do serviço de maneira perene, de modo que não sofra interrupções, sob pena de causar prejuízos aos destinatários para o quais o serviço foi criado, sujeitando-se, então, às sanções legais⁹². A *eficiência*, por sua vez, é princípio constitucional ínsito a própria Administração. Na medida em que o concessionário detém a execução de um serviço de titularidade pública, por decorrência deve também fazê-lo de modo eficiente com vistas a satisfazer as necessidades dos usuários⁹³.

⁹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 60.

⁹¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 61-62.

⁹² Com efeito, a manutenção dos serviços públicos de forma contínua e acessível a todos indistintamente, como expressão também do princípio da generalidade ou universalidade do serviço, corresponde a um dever legal e não mero favor da Administração, razão pela qual confere ao particular o direito de exigir a prestação sem quaisquer privilégios, favorecimentos ou discriminações de qualquer espécie (GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118).

⁹³ Acrescenta ainda Luiz Alberto Blanchet que a eficiência não se restringe à satisfação do usuário, mas impõe também que o serviço seja prestado no momento oportuno e mediante atendimento dos requisitos indispensáveis a sua qualidade (BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 64).

Já o princípio da *segurança* tem como objetivo impedir que da prestação dos serviços decorram riscos aos usuários, de modo que devem ser utilizados todos os meios necessários para que o cidadão não sofra conseqüências danosas advindas da prestação do serviço. O princípio da *atualidade* é definido pela própria Lei 8.987/1.995, e compreende “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Pelo princípio da *generalidade* deverá haver igualdade dos usuários perante o serviço público; não uma “simples igualdade matemática”⁹⁴, mas sim aquela igualdade em que os iguais podem ser tratados como iguais. O princípio da *cortesia* não diz respeito apenas o tratamento pessoal e individual urbano que deve ser conferido aos usuários. Mais do que isso, deve servir de parâmetro ao concessionário para aferir a receptividade e a qualidade do serviço prestado, abrindo-se um canal de comunicação entre o usuário e o concessionário.

Módico é aquilo que é modesto, moderado. Aplicado o vocábulo ao campo das tarifas pagas pelos usuários aos concessionários como forma de remuneração do serviço público prestado, o princípio da *modicidade das tarifas* impõe que sejam alcançados tanto as finalidades do poder público, qual seja, a prestação de um serviço adequado, quanto os fins do concessionário, que almeja lucro com sua execução. Por fim, a *mutabilidade do regime jurídico* diz respeito à prerrogativa que o poder público detém em alterar o regime de execução do serviço de modo a adaptá-lo ao melhor atendimento do interesse público.

A questão da remuneração nos serviços públicos concedidos é um dos pontos nodais do tema, visto que afeta diretamente a esfera econômica do usuário, que, pela própria essencialidade do serviço, pode tanto ter condições socioeconômicas que o permitam arcar com a tarifa estipulada ou não. A Lei 8.987/1.995 estabelece que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (art.9º, *caput*), e poderá ser reajustada a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou revista por decorrência da aplicação da *teoria da imprevisão*, do *fato do príncipe*, do fato da Administração, das *modificações unilaterais* e das *interferências imprevistas*⁹⁵.

Para finalizar a abordagem de alguns aspectos relevantes da lei 8.987/1.995, cabe destacar que, por ser a concessão realizada por prazo determinado, estipulado no termo contratual, há casos em que a extinção da concessão pode ocorrer antes do período previsto. São os casos de *encampação* (retomada do serviço por interesse público superveniente e imprevi-

⁹⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 65.

⁹⁵ Os exemplos que justificam a revisão do valor das tarifas são arrolados por Luiz Alberto Blanchet (**Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 58).

vel); *caducidade* (por inexecução total ou parcial); *rescisão* (de maneira unilateral e judicial a ser promovida pelo concessionário, sem descontinuidade da prestação durante a tramitação do processo judicial); *anulação e falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual* (art. 35, I a VI).

2.5.2 O planejamento e a cultura participativa

Muito embora já tenha se discorrido anteriormente sobre o planejamento no item 2.4.2, relativamente às modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica como agente normativo e regulador, a atividade de planejamento também deve ser inserida no âmbito da atuação estatal, visto que, nos termos do *caput* do art. 174 da Constituição Federal de 1988, não há compulsoriedade ao setor privado em aderir ao planejamento estatal.

Planejar implica na coordenação de idéias para futura execução, com o estabelecimento de diretrizes e metas tendentes a orientar a ação governamental. O planejamento tem por finalidade eleger objetivos que aperfeiçoem a ação estatal, inserindo-se “na perspectiva ativa e um Estado que pretende interferir na esfera econômica e social, coordenando as ações individuais com vistas ao bem-estar coletivo”⁹⁶.

A atividade de planejamento não deixa de possuir conteúdo político, apesar de consubstanciar-se em uma função eminentemente técnica voltada à realização de valores sociais⁹⁷. Nestes termos, planejar implica na escolha de prioridades, tendo-se em vista que as demandas e necessidades são inesgotáveis. Logo, a participação do cidadão na eleição dessas prioridades é essencial, posto que todo planejamento estatal, em última análise, será voltado ao atendimento dos interesses coletivos.

Assim, mostra-se indispensável que a população participe do processo de planejamento da atividade econômica preconizado pela Constituição Federal. Entretanto, a participação popular não acontece de maneira espontânea, devendo se percorrer uma série de etapas para a formação no consciente popular de uma cultura participativa.

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. In: **Curso de Direito Administrativo Econômico**. v. II. Organizadores: José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

⁹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259.

Inicialmente, para que a participação efetivamente ocorra, a legislação deve prever mecanismos que imponham ao Estado o dever de consultar a população em determinados assuntos, como condição prévia de realização de determinado ato⁹⁸.

Ao depois, é preciso conferir ampla publicidade sobre as datas e assuntos das consultas, debates e audiências públicas, para que haja efetiva convocação da população e não apenas o preenchimento formal dos requisitos legais.

Por fim, mas não menos importante, é necessário que o Estado fomente a cultura participativa como decorrência do exercício da democracia e da cidadania. Para tanto, o Estado deve estabelecer um diálogo menos formal, mais próximo da realidade vivida pela população, com a finalidade de que esta realmente compreenda os assuntos que estão postos a discussão ou deliberação, para que haja uma participação qualitativa e não meramente quantitativa nas decisões de planejamento da atividade estatal.

⁹⁸ É o que ocorre na Lei 10.257/2001, onde, no seu art. 44, prevê a obrigatoriedade de realização de audiências e consultas públicas “sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”.

3. CULTURA PARTICIPATIVA: ATUAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE SOCIAL

3.1 Evolução da participação popular nas atividades administrativas

O conteúdo do direito administrativo não é estático, mas sim dinâmico, variando de acordo com o tempo e com o tipo de Estado.

No Estado Liberal, o Direito Administrativo se caracterizou pela relação impositiva do Estado para com os administrados, bem como pela sua prestação unilateral, submetida ao estrito crivo da legalidade. Somente a partir das duas guerras mundiais houve a constatação da necessidade de garantias e direitos individuais (direitos de primeira geração), seguidos pelos direitos sociais e econômicos (direitos de segunda geração) e pelos direitos difusos ou coletivos (direitos de terceira geração)⁹⁹.

Contemporaneamente, Caio Tácito enxerga o Direito Administrativo sob a seguinte ótica:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária, para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas¹⁰⁰.

O conceito de direito administrativo conferido por Hely Lopes Meirelles em sua obra original que remonta à década de 60, sintetiza-se, “no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado¹⁰¹”. Utiliza as expressões “concreta”, “direta” e “imediate” para afastar a ingerência do direito administrativo na atividade estatal “abstrata” (atividade legislativa), “indireta” (atividade jurisdicional) e “mediata” (ação social), que expressam os fins do Estado, que, em sua opinião, não compete ao direito administrativo.

⁹⁹ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 242, p. 134, out.2005.

¹⁰⁰ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 242, p. 134, out.2005.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 8.

O que Hely não poderia imaginar é que o Poder Executivo, de maneira muito imprópria, adentraria de certo modo ao campo da atividade estatal abstrata por meio de edições de medidas provisórias desprovidas de seus predicados de relevância e urgência. Da mesma forma, Duguit e Jèze não poderiam conceber que a expressão serviço público era insuficiente para exprimir o objeto do direito administrativo francês nos idos de 1873, quando passou a se fixar a competência dos Tribunais Administrativos a partir do caso Blanco.

A evolução do conteúdo do direito administrativo também refletiu diretamente na forma de organização da administração pública, entendida como a gestão de interesses gerais constitucionalmente cometidos às organizações políticas. Somente a partir da passagem da administração burocrática, cujos interesses prevalentes eram o do Estado, para uma administração democrática, onde prevalecem os interesses da sociedade, é que podemos detectar um direito administrativo participativo¹⁰².

A participação política da sociedade nas atividades administrativas, judiciais e legislativas advém da constatação de que a sociedade possui legitimidade para influir nas decisões dos poderes que repercutirão sobre a esfera dessas pessoas interessadas. E mais, que possuem instrumentos jurídicos hábeis que lhes oportunizam participar e, por vezes, interferir nas decisões tomadas pela administração pública.

A Constituição Federal de 1988 em várias passagens avaliza a construção de um direito administrativo participativo. Na área da *saúde*, as ações e serviços de saúde devem ter como diretriz a participação da comunidade (art. 197 e 198, III); as ações governamentais na área de *assistência social* também deverão ter a participação da população, tanto na formulação das políticas como no controle das ações (art. 204, II); a organização do sistema nacional de *seguridade social* deve possuir caráter democrático e contemplar, dentro de sua gestão, a participação dos trabalhadores, empregados, aposentados, além do Governo (art. 194, VII); o planejamento e execução da *política agrícola* devem contemplar a participação efetiva de produtores e trabalhadores rurais (art. 187); a *educação* deverá ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205); a comunidade é co-responsável pela proteção do *patrimônio cultural* brasileiro (art. 216, § 1º); a tutela do *meio ambiente* também foi conferida a coletividade, com o dever de defesa e proteção para as presentes e futuras gerações (art. 225); admite-se a participação de entidades não governamentais em programas de assistência à *criança, adolescente e do jovem* (art. 227, § 1º); a *iniciativa popular de leis* (art. 61, § 2º), e

¹⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17.

a previsão de realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil na apreciação de projetos de lei pelas comissões do Congresso Nacional (art. 58, § 2º, II).

Entretanto, a simples previsão constitucional não garante efetividade ao direito administrativo participativo. Para que a participação seja efetiva e não meramente formal, a Administração deve primar pela consecução de dois princípios: a *transparência*, para que os atos passíveis de participação ou controle social cheguem ao conhecimento dos interessados, e o da *consensualidade*, a fim de que as decisões tomadas em conjunto se sobreponham a decisões autoritárias e unilaterais da administração.

A crescente transparência conferida aos atos da administração pública aliada as novas tecnologias da informação, as previsões constitucionais e legais de participação da população nas decisões, bem como o controle dos atos administrativos não devem ser ignorados, uma vez que a participação do cidadão numa democracia representativa nos moldes adotados pela Constituição de 1988 não se encerra pelo voto¹⁰³.

Um novo espaço de representatividade deve ser construído na administração pública a partir da própria sociedade civil. O espaço público deve ser ocupado por atores que anteriormente não tinham o direito de acompanhar, opinar, e principalmente, de reivindicar ante a administração pública, a qual possui o dever constitucional de conferir publicidade aos seus atos e abrir instâncias de participação do cidadão.

O princípio da publicidade na administração pública tem como fundamento o dever de transparência do agir estatal. Celso Antônio Bandeira de Mello relaciona o princípio da publicidade com a própria essência do Estado Democrático de Direito: se o poder reside no povo, não pode haver ocultamento aos administrados dos assuntos que os interessam¹⁰⁴. Nesse sentido, transparência e publicidade, são princípios instrumentais à participação social. Muitas vezes, o que torna transparente um ato da administração passível de participação e controle social é a sua publicidade.

Como decorrência do princípio da publicidade e a garantia de transparência, a administração pública tem como regra a publicação de seus atos. Leis, portarias, decretos, instruções, convênios, contratos, dentre outros atos, devem ser publicados no órgão oficial de imprensa como condição de vigência.

¹⁰³ Marcelo Douglas de Figueiredo Torres ressalta que “há uma revolução silenciosa ocorrendo na administração pública no que se refere à utilização da tecnologia da informação, o que tem significado enormes ganhos quanto à transparência, agilidade, eficiência, economicidade e ganho de produtividade nas ações governamentais” (**Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2004. P. 49).

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 96.

Ademais, o princípio da consensualidade revela toda sua importância na construção de um Direito Administrativo participativo, na medida em que busca a substituição da *imperatividade* pelo *consenso* nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas de *parceria* com o Estado¹⁰⁵.

Acrescenta, ainda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); propiciam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam as normas mais aceitáveis e facilmente obedecidas (*ordem*)¹⁰⁶.

Desta forma, se por um lado, a imperatividade do Estado já não é mais absoluta, posto que a própria Constituição Federal determina que a administração respeite, em determinadas matérias, as instâncias sociais de discussão e decisão, consonante citações acima realizadas, por outro, a participação da sociedade deve visar a consecução do interesse público, não devendo ser utilizadas as instâncias de consensualidade como trampolim para realização de interesses particulares ou de um grupo que não representem a totalidade, principalmente quando nas questões discutidas, posições de ordem político partidária se sobrepõe aos interesses de uma população.

3.2 Estado Democrático de Direito e o princípio republicano como fundamentos da participação popular na administração pública

Faz-se inicialmente necessária a formação dos conceitos de democracia (direta e representativa) e república para entender-se qual é o papel da participação popular na administração pública no contexto da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e que se constitui como Estado Democrático de Direito.

Quanto à caracterização da democracia, Norberto Bobbio elenca duas premissas principais: em regras que estabelecem *quem* está autorizado a tomar decisões pela coletividade e

¹⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26.

¹⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

quais procedimentos para a tomada de decisão. Quanto à primeira premissa - quem está autorizado a tomar decisões pela coletividade -, não há necessidade de que todos tomem todas as decisões, mas sim, que haja regras que estabeleçam quais são as pessoas legitimadas a tomar decisões vinculatórias para todo o grupo. Nesse sentido, um regime democrático se caracteriza por atribuir esse poder a um número de pessoas eleitas para essa finalidade (democracia representativo), ao invés da necessidade de participação de toda população nas decisões a eles pertinentes (democracia direta)¹⁰⁷.

No tocante a segunda premissa - a modalidade da decisão -, ou seja, o procedimento para a tomada de decisão, a regra fundamental da democracia é a maioria, pela qual são consideradas decisões coletivas e vinculatórias a todo o grupo.

Apona, ainda, Bobbio, a necessidade de uma terceira premissa para uma definição mínima de democracia: que aquele que sejam chamados a decidir ou eleger tenham alternativas reais e condições de escolher entre uma e outra, donde ressalta a importância de garantia dos denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reuniões, de associação¹⁰⁸.

Entretanto, a mera configuração de um Estado como democrático não garante a efetiva participação da população. É preciso mais do que a simples possibilidade e eleger representantes que irão tomar as decisões em nome da sociedade: uma democracia efetiva requer a abertura de instâncias democráticas no seio da própria sociedade, para que, para além do Estado, a sociedade seja democrática. Observa Bobbio sobre esse fenômeno:

Percebe-se que uma coisa é a democratização do estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra coisa é a democratização da sociedade, donde se conclui que pode muito bem existir um estado democrático numa sociedade em que a maior parte das suas instituições – da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos – não são governadas democraticamente. Daí a pergunta que melhor do que qualquer outra caracteriza a atual fase do desenvolvimento da democracia nos países politicamente já democráticos: é possível a sobrevivência de um estado democrático numa sociedade não democrática?¹⁰⁹

¹⁰⁷ Norberto Bobbio aponta o referendo como o único instituto de democracia direta de concreta aplicabilidade na maior parte das democracias e se consubstancia “num expediente extraordinário para circunstâncias extraordinárias” (BOBBIO, Norberto. "Democracia representativa e democracia direta". In: **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 52).

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. "Democracia representativa e democracia direta". In: **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 19-21.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. "Democracia representativa e democracia direta". In: **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 55.

Com efeito, entende-se que a pergunta formulada por Bobbio deva ser respondida negativamente. Não é possível a configuração de um Estado democrático sem que não seja oportunizado que a sociedade igualmente seja democrática. É preciso que a sociedade conquiste novas instâncias na democracia representativa, por meio da ocupação de espaços dominados por organizações hierárquicas e burocráticas. É preciso despertar a consciência de que o papel do cidadão na democracia representativa não se encerra no voto, havendo, ainda, inúmeros espaços de participação da população em diferentes instâncias de deliberações e participação para a consecução de seus interesses.

Ao conceito de democracia, soma-se o conceito de república, que, nas lições de Sahid Maluf, é a forma de governo que se caracteriza pela idéia de que o poder estatal não pertence a uma única pessoa, mas sim ao povo nacional que atribuiu seu exercício aos órgãos representativos instituídos na Constituição¹¹⁰.

Pelo princípio republicano, a investidura no poder e a acessibilidade aos cargos públicos é oportunizada a todos os indivíduos que preencham os requisitos estabelecidos pela Constituição e leis infraconstitucionais. Possui como elementos característicos a existência de uma estrutura político-organizatória garantidora de liberdades civis e políticas, onde se articulam o direito de participação política e princípios de defesas individuais; a legitimação do poder político consubstanciado no princípio democrático de que a soberania reside no povo e a opção pela eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público e não pelos critérios da designação, hierarquia e da vitaliciedade atinentes ao regime monárquico¹¹¹.

A junção entre república e democracia na configuração do Estado brasileiro garante a prerrogativa de que todo poder emana do povo e que o exercício desse poder obedecerá a regras claras sobre a investidura de seus representantes eleitos por meio do voto. E mais, que serão garantidas à sociedade, em adição a representatividade eletiva, instâncias de participação em espaços dominados por organizações burocráticas e hierárquicas.

Prosseguindo a reflexão sobre a participação popular na administração, a existência desses espaços institucionalizados de participação ainda não é suficiente à concretização da democracia, dada a necessidade de elemento de ordem subjetiva, qual seja, a motivação, o interesse da população em participar, de modo efetivo e não meramente formal¹¹².

¹¹⁰ MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 72.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.

¹¹² Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta um duplo condicionamento para a participação: um subjetivo, ligado à motivação de participar (condicionante da ordem psicológica e social); outro, de ordem objetiva, liga-

A participação aqui tratada refere-se exclusivamente àquela atinente à participação popular na função administrativa do Estado, “visando aproximar o administrado da decisão executiva, procurando torná-la, com isso, cada vez mais afinada com os interesses a que se dirige¹¹³”, excluindo-se da presente análise as possibilidades previstas na Constituição Federal de 1988 acerca da participação legislativa¹¹⁴ e judicial¹¹⁵ dos administrados.

Nesses termos e dentro das delimitações impostas para o presente estudo, a participação popular na função administrativa divide-se: *participação informativa*: é a modalidade de participação mais restrita consubstanciada na publicidade dos atos da administração e na orientação dada aos administrados; *participação na execução*: ocorre quando a decisão já está tomada e a participação social pode ser admitida ou solicitada na fase de execução e pode se dar sob a forma de informação, colaboração e até delegações de execução; *participação pela consulta*: a administração pode ou está obrigada, em certos casos, a ouvir indivíduos e entidades interessadas antes de tomar decisões, como nas audiências públicas; *participação na decisão*: instituída por lei, essa modalidade confere uma parcela do poder decisório do Estado ao administrado e também a parcela de responsabilidade nos resultados de uma decisão administrativa¹¹⁶.

Interessante a correlação estabelecida por Wallace Paiva Martins, no sentido de que quanto maior for o grau de participação popular, menor será o grau de discricionariedade que o administrador público reputa possuir na prática dos atos administrativos, colaborando, assim, com o princípio da eficiência e revalorizando a discricionariedade administrativa¹¹⁷.

do à admissão da participação (condicionante de natureza política e jurídica). A efetiva participação só se configura quando satisfeitas essas duas condicionantes, porque: “A mera *atitude participativa sem institucionalização de formas de participação* é motivo de frustrações e indignação: o indivíduo se sente esbulhado na sua liberdade fundamental de influir. A instituição de participação sem a atitude participativa, por outro lado, de nada vale: é meramente decorativa, simula uma aparência de democracia, funciona em nível formal, quando, efetivamente, não existe motivação, disposição, vontade, interesse, estímulo para que cada um dê sua contribuição possível nos assuntos de interesse coletivo. As decisões são tomadas por poucos e, de resto e em regra, no interesse de poucos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 11-12). Entendemos que o controle social é apenas uma das possibilidades de participação da população na administração pública.

¹¹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 76.

¹¹⁴Tais como as modalidades de participação semidireta como plebiscito, referendo e a iniciativa popular. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 87).

¹¹⁵Tais como a legitimidade para a propositura de ação popular (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 91).

¹¹⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 88-90.

¹¹⁷MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 306-307.

Dessa forma, conclui-se que o cidadão possui papel central no Estado Democrático de Direito Brasileiro, sendo chamado a participar da administração pública de diversas maneiras, inclusive, em certos casos, com o poder decisório juntamente com o Estado, tornando-se igualmente responsável pelas escolhas elegidas.

3.3 Em especial, o controle social da administração pública

O povo é uma constante invocada na Constituição Federal de 1988, constituindo-se um de seus principais atores. Todo poder emana do povo, que merece viver em uma sociedade livre, justa e solidária. É da essência, pois, do Estado *Democrático* de Direito, o fato de que o poder político tenha origem no povo (art. 1º, parágrafo único), que pode o exercer de maneira direta ou por representantes.

O exercício de poder pelo povo reside na constatação de que deve ser exercido como um instrumento da sociedade, entendida como um grupo com interesses comuns que não poderiam ser satisfeitos individualmente e não para o atendimento de interesses individuais ou de uma comunidade, ligada por laços de sangue ou convivência no mesmo local. É essa sociedade que se especializa para canalizar o poder de direção do grupo e se apresentar como instituições políticas.

A democracia e o princípio republicano, como anteriormente mencionado, orientam a maior participação da população nas decisões que vinculam a coletividade. Nesse sentido, legislações tem sistematicamente introduzido a temática do controle social, que se consubstancia na somatória de todas as modalidades de participação popular na administração anteriormente anotadas seja do modo mais simples (participação informativa), até a maneira mais complexa (participação na decisão)¹¹⁸.

¹¹⁸Discordamos da posição adotada por Vanderlei Siraque, que diferencia o controle social da participação popular, entendendo que, “*participação popular* ocorre antes ou durante o processo de decisão da Administração Pública, e o *controle social*, após a concretização desse processo, com o intuito de verificar se a norma jurídica foi concretizada pela Administração na forma estabelecida” (SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112). Não há como não se olvidar que a audiência pública é uma forma de participação popular na administração pública que exerce a função de controle social na medida em que pode ser determinante, por exemplo, para a correta alocação de dotações orçamentárias nos projetos de lei orçamentária. Nem se há como se contestar o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que admite a participação popular na fase de execução, ou seja, quando a decisão administrativa já está tomada (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 88-90).

A Lei 11.445/2.007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico é precursora no sentido de conferir um conceito legal de controle social:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...

IV - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico;

O controle social, pela definição legal, é conceito amplo que abrange a possibilidade de participação da sociedade no tocante ao acesso a informações, na formulação, planejamento das funções administrativas, como forma de controle prévio a realização dos atos que envolverão os interesses da sociedade, bem como o controle posterior, garantindo a presença democrática da população em todas as fases do processo, garantindo o controle prévio, concomitante e posterior à realização de atos pela administração que influirão diretamente na qualidade de vida da população, como nos casos de prestação de serviços públicos.

A República, enquanto forma de governo que se caracteriza pela idéia de que o poder estatal não pertence a uma única pessoa, mas sim ao povo nacional que atribuiu seu exercício aos órgãos representativos instituídos na Constituição e ao próprio povo¹¹⁹, constitui-se como fonte legitimadora do controle social da função administrativa.

Nesse sentido, o controle social “tem a finalidade de verificar se as decisões tomadas, no âmbito estatal, estão sendo executadas conforme o que foi decidido e se as atividades estatais estão sendo realizadas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição pelas normas infraconstitucionais¹²⁰”.

Sob outra ótica, o controle social se consubstancia em:

uma forma específica de participação da sociedade em relação direta com o Estado, cujos temas em questão tratam da gestão pública, políticas públicas e ações do Estado, desde a sua definição, passando por sua execução e metas a serem atingidas, até a avaliação de seu bom funcionamento, visando o cumprimento do interesse público. Dá-se concretamente em espaços ou mecanismos que possibilitam a troca de informações e debates mais profundos entre uma pluralidade de atores da sociedade e atores do Estado ou de governos¹²¹.

¹¹⁹ MALUF, Sahid. Direito Constitucional. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 72.

¹²⁰ SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 100-101.

¹²¹ SERAFIM, Lizandra. **CONTROLE SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: ENTRE PROJETOS POLÍTICOS E MODELO INSTITUCIONAL A ANEEL nos Governos FHC e Lu-**

Passa-se, por oportuno, a análise individualizada dos mecanismos jurídicos postos à sociedade para o exercício do controle social, com a finalidade de que se minore o sentimento de desrepresentação¹²², descrença e apatia quanto ao *status quo* político, deve ser combatida a partir de atitudes proativas de harmonização entre democracia representativa e a participativa, uma vez que a Constituição de 1.988 preferiu declarar que "*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*".

É preciso combater a situação de apatia do indivíduo que pensa e age com a mentalidade de que os problemas globais ou locais que influem diretamente na sua esfera de atuação devem ser resolvidos apenas pelo Estado, esquecendo-se da sua condição de cidadão nesse cenário.

3.4 Evolução legislativa do controle social da administração pública

Se, por um lado, a população ainda não se conscientizou de sua força democrática e determinante participação na administração pública, por outro, a legislação a partir da década de 90 passou sistematicamente a prever o dever do Poder Público chamar a população para acompanhar, fiscalizar e participar da elaboração dos atos administrativos, sob pena do gestor incorrer em crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa¹²³.

Muito embora apenas no ano de 2.007 tenha sido juridicizado o conceito de controle social por meio da Lei 11.445/2.007, a idéia e possibilidade de exercício do controle social de serviços públicos já se encontravam presentes na Constituição Federal de 1988, como decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, que visa assegurar o exercício de direitos sociais, individuais, garantir o desenvolvimento e o bem-estar.

A partir de exemplos da legislação federal, passa-se a analisar as possibilidade de exercício do controle social da administração pública até chegar-se ao controle social de servi-

la (1995 - 2005). Campinas, 2007. 209 fls. Dissertação (mestrado em ciência política). Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.

¹²²Estudos mostram que dois terços dos cidadãos do mundo (incluindo os das democracias ocidentais) não se consideram representados por seus governantes (CASTELLS Manuel. **A Necessidade de Representação**. In Folha de S. Paulo, 27 de janeiro de 2002, caderno Mais, p. 12-13).

¹²³ Por exemplo, o prefeito que deixar de realizar audiência pública para discussão do orçamento, como determina o art. 44 da Lei 10.257/2.001, pode incorrer em: a) crime de responsabilidade do art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei 201/1.967 (XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente); e b) ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração (art. 11 da Lei 8.429/1.992), notadamente, por inobservância do princípio constitucional da legalidade, eficiência e publicidade.

ços públicos que serão explanados a partir das considerações realizadas pela Lei 11.445/2.007.

3.4.1 A Lei 8.666/1.993: impugnação do instrumento convocatório de licitação e audiência pública

A Lei 8.666/1.993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – estabelece “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 1º). Constitui-se, no cenário atual, uma das principais legislações da administração pública em todos os âmbitos da federação, posto que a Constituição Federal impõe como regra geral que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (CF, art. 37, XXI).

Os princípios basilares da administração pública deverão igualmente ser observados, destacando-se o princípio da **publicidade**, como forma de garantir que todos os interessados na participação do certame dele tenham conhecimento, possibilitando ainda o controle da **legalidade** da contratação e da **economicidade**, na medida em que dá ampla ciência a todos os cidadãos da intenção da administração em realizar determinada compra, serviço ou obra, possibilitando o amplo controle dos termos do edital, inclusive no tocante ao seu preço.

Não é demais lembrar também, que o processo de licitação visa o atendimento do princípio da **impessoalidade**, na medida em que estabelece procedimento que visa possibilitar que todas as pessoas físicas ou jurídicas que se encontrem em igualdade de concorrência prevista no edital de licitação possam concorrer à adjudicação do bem, serviço ou obra, sem distinções ou preferências de cunho pessoal.

Especificamente quanto aos mecanismos de controle social, destacam-se, por oportuno, dois instrumentos previstos na Lei 8.666/1.993: a possibilidade de impugnação do instrumento convocatório por qualquer cidadão (art. 41, § 1º, c.c. art. 15, § 6º, ambos da Lei 8.666/1.993) e a realização de audiência pública em razão do valor da licitação (art. 39 da Lei 8.666/1.993).

3.4.1.1 Da impugnação do instrumento convocatório

Qualquer cidadão, interessado ou não em participar da licitação, que preencha ou não os requisitos para tanto, é parte legítima para realizar a impugnação do respectivo edital por irregularidade ou para impugnar o preço constante do quadro geral, quando incompatível com o preço de mercado.

Aqui, o controle se passa na esfera da legalidade e economicidade, na medida em que o edital deve atender aos requisitos do art. 40 da Lei 8.666/1.993 (e do art. 7º da mesma Lei no caso de execução de obras e prestações de serviços), o que inclui a estipulação de critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, possibilitando a fixação de preços máximos (art. 40, X), os quais, se incompatíveis com o preço de mercado, poderão ser impugnados por qualquer cidadão no prazo legal.

3.4.1.2 Da audiência pública

Audiência pública é uma forma de controle social da administração pública onde são chamados os administrados e os grupos sociais para discussão de assuntos determinados, visando conferir legitimidade à ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual¹²⁴.

A legitimidade das audiências públicas assenta-se em disposições constitucionais basilares decorrentes do próprio Estado Democrático cujo fundamento do poder reside no povo, que, para além de contentar-se com a democracia representativa, passam a exercer papel de destaque de maneira marcante na administração pública, por meio do exercício da democracia participativa.

Ademais, a cidadania, erigida como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, II) é decisiva em atribuir parcela de legitimidade popular na tomada de decisões administrativas, consistente na ingerência coletiva por parte da sociedade em assuntos que

¹²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

lhes são inerentes e que a Lei¹²⁵ prevê a possibilidade/obrigatoriedade deste tipo de participação social.

Para consecução de seu objetivo, qual seja, ampla discussão com a sociedade dos assuntos que serão colocados em pauta, a realização de uma audiência pública pressupõe ampla publicidade com vistas a atrair o maior número de participantes. Afinal, não basta que uma audiência pública preencha apenas os requisitos formais, no que toca a sua simples realização, mas deve almejar os aspectos materiais, ou seja, a discussão, o debate, o enfrentamento das dúvidas para que as decisões tomadas sejam formal e materialmente válidas.

Para se alcançar a plena publicidade do dia e hora da audiência pública, o órgão promotor deverá se valer de todos os meios de comunicação com vistas a convidar o maior número de interessados: não só os órgãos de imprensa oficial, mas também jornais de grande circulação, anúncios em rádios, na televisão, em carro de som, dependendo do público que a audiência pretende atrair. Mais uma vez, a publicidade deve deixar de ser meramente formal, tendo como único objetivo atender a legislação, preterindo o real intuito, que é o da ampla discussão com a sociedade do assunto da audiência.

Como ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a audiência pública possui natureza processual, diretamente vinculada um processo administrativo, incidindo, portanto, sobre ela todos os princípios constitucionais, infraconstitucionais e doutrinários relativos ao processo administrativo, tais como o devido processo, a publicidade, a oralidade (debates), a instrução (interrogatório dos participantes), a oficialidade (impulsão de ofício), a verdade material (investigação dos fatos como realmente são e não como se apresentam) e do formalismo moderado¹²⁶.

Em estudo específico sobre as audiências públicas, Gustavo Henrique Justino de Oliveira trata de um dos pontos mais controvertidos sobre o assunto: a existência ou não de vinculação da decisão tomada em sede de audiência pública, dividindo o assunto em duas fases distintas. Quando a audiência pública é realizada na fase instrutória do processo administrativo, com caráter eminentemente informativo e consultivo, de maneira prévia à tomada de decisão, o resultado da audiência não vincula a decisão administrativa, posto que a participação popular teve a finalidade de manifestar opiniões, propostas e sobretudo informar Administra-

¹²⁵ A realização de audiência pública se submete a instituição mediante lei que lhes defina o processo e eficácia, até mesmo quando a Constituição já fizer a previsão, como no caso do art. 29, XII (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 213).

¹²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 209-210.

ção e cidadãos. Por outro lado, quando a audiência pública se realiza na fase processual de decisão, o resultado da audiência pública será vinculante à Administração¹²⁷.

Diogo de Figueiredo adverte que deve-se considerar duas premissas decorrentes do sistema de separação de Poderes da Constituição de 1988: a primeira, de que a competência é *privativa* do Poder Executivo para tomar decisões administrativas (art. 84,II); e a segunda, de que as *exceções* a essa privatividade devem ser explícitas e interpretadas restritivamente¹²⁸.

Bem por isso que o mesmo Autor adverte:

Como já foi exposto, a vinculação importaria na atribuição de uma função administrativa a esse órgão popular excepcional exigindo, por isso, lei instituidora (art. 48, X) de iniciativa do Poder Executivo (art. 61, SS. 1º, II, *e*). A lei instituidora deverá definir os critérios de admissão dos participantes populares, a fixação do tema, os procedimentos parlamentares, a publicidade dos atos e a eficácia das decisões tomadas¹²⁹.

A Lei 8.666/1.993 contempla a obrigatoriedade de realização de audiência pública 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 art. 23, inciso I, alínea "c" da mesma Lei, ou seja, superior a 100 (cem) vezes R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Trata-se de audiência realizada na fase instrutória do processo administrativo de licitação, prévia ao lançamento do edital, com nítido caráter informativo e consultivo, com o objetivo de assegurar a transparência administrativa, permitindo ampla discussão do administrador com a comunidade¹³⁰, onde terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

¹²⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro.** Disponível em: www.advcom.com.br/.../as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2010.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política:** legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 123-124.

¹²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política:** legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 281. Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política:** legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 281.

3.4.2 A Lei Complementar 101/2.000: relatórios, audiências públicas e orçamento participativo, denúncias ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público e disponibilização de dados contábeis na rede mundial de computadores

Receita e despesa pública nos remetem a idéia de planejamento para o equilíbrio das contas públicas. Nesse contexto, a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2.000 - estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, que também pressupõe o dever de publicidade, transparência e participação popular.

A Lei 4.320/1.964 que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”, já previa o dever de equilíbrio entre receita e despesa e todas as questões correlatas, o orçamento e seus componentes e mecanismos de controle interno e externo.

Otimizando essa legislação, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe novos mecanismos de controle do equilíbrio das finanças públicas e de transparência da gestão fiscal, tais como o limite de gastos com pessoal, a previsão da renúncia de receita e os casos de compensação e também a transparência na gestão fiscal.

A Lei 4.320/1.964, aliada a Lei de Responsabilidade Fiscal constitui a “cartilha” para uma gestão fiscal planejada e transparente. São legislações que se complementam, num misto de institutos clássicos e modernos, objetos da democracia representativa e participativa.

Logo em seguida expõem-se os instrumentos de controle social da administração pública presentes na Lei Complementar 101/2.000, que poderá ser exercido na fase prévia, concomitante ou posterior a realização do ato, a depender da situação concreta e do meio de controle eleito ou cabível ao caso.

3.4.2.1 Relatórios

A Lei Complementar 101/2.000 instituiu o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal e as versões simplificadas desses documentos como instrumentos de transparência da gestão fiscal (art. 48, 52, 53, 54 e 55), aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.

O relatório resumido da execução orçamentária é peça contábil que está previsto no art. 165, § 3º da Constituição Federal de 1988¹³¹, regulamentado no art. 52 da Lei Complementar 101/2.000¹³². É importante destacar que esse relatório demonstra a preocupação do legislador com a necessidade de realização de previsões e projeções de gastos e o controle da execução dessas projeções ao final de cada bimestre, a fim de que haja um efetivo controle do equilíbrio entre receita e despesa, confrontando-se o balanço orçamentário com a receita corrente líquida, receitas e despesas previdenciárias, resultados nominal e primário, despesas com juros e restos a pagar, de modo a se obter um panorama orçamentário e financeiro da administração pública.

Ademais, ao final de cada quadrimestre, será emitido o relatório de gestão fiscal assinado pelos responsáveis do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público, cujo conteúdo é previsto no art. 55 da Lei Complementar 101/2.000¹³³.

¹³¹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

...

§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

¹³² Art. 52. O relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição abrangerá todos os Poderes e o Ministério Público, será publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre e composto de:

I - balanço orçamentário, que especificará, por categoria econômica, as:

- a) receitas por fonte, informando as realizadas e a realizar, bem como a previsão atualizada;
- b) despesas por grupo de natureza, discriminando a dotação para o exercício, a despesa liquidada e o saldo;

II - demonstrativos da execução das:

- a) receitas, por categoria econômica e fonte, especificando a previsão inicial, a previsão atualizada para o exercício, a receita realizada no bimestre, a realizada no exercício e a previsão a realizar;
- b) despesas, por categoria econômica e grupo de natureza da despesa, discriminando dotação inicial, dotação para o exercício, despesas empenhada e liquidada, no bimestre e no exercício;
- c) despesas, por função e subfunção.

§ 1º Os valores referentes ao refinanciamento da dívida mobiliária constarão destacadamente nas receitas de operações de crédito e nas despesas com amortização da dívida.

§ 2º O descumprimento do prazo previsto neste artigo sujeita o ente às sanções previstas no § 2º do art. 51.

¹³³ Art. 55. O relatório conterá:

I - comparativo com os limites de que trata esta Lei Complementar, dos seguintes montantes:

- a) despesa total com pessoal, distinguindo a com inativos e pensionistas;
- b) dívidas consolidada e mobiliária;
- c) concessão de garantias;
- d) operações de crédito, inclusive por antecipação de receita;
- e) despesas de que trata o inciso II do art. 4º;

II - indicação das medidas corretivas adotadas ou a adotar, se ultrapassado qualquer dos limites;

III - demonstrativos, no último quadrimestre:

- a) do montante das disponibilidades de caixa em trinta e um de dezembro;
- b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas:
 - 1) liquidadas;
 - 2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;
 - 3) empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa;
 - 4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;
- c) do cumprimento do disposto no inciso II e na alínea b do inciso IV do art. 38.

Tratam esses dois relatórios, de instrumentos que garantem a publicidade dos atos de gestão financeira e orçamentária da administração pública. Muito embora se constituam peças extremamente técnicas, por se tratarem de atos administrativos, sua publicação é indispensável dentro dos prazos estabelecidos pelo art. 52 e 53, sujeitando-se a sanções previstas no § 2º do art. 51, todos da Lei Complementar 101/2.000.

3.4.2.2 Audiências públicas: análise de metas fiscais e orçamento participativo

A Lei de Responsabilidade Fiscal também contemplou mecanismos de controle social das finanças públicas por meio da realização de audiência pública para demonstrar e avaliar o cumprimento de metas fiscais de cada quadrimestre - maio, setembro e fevereiro (art. 9º § 4º da Lei Complementar 101/2.000). Tais metas foram dimensionadas nas leis de diretrizes orçamentárias de cada ente federativo.

Assim, por meio da realização de audiência pública para demonstrar e avaliar o cumprimento de tais metas, a população poderá exercer um tipo de controle social dos atos de gestão financeira e orçamentária na comparação entre receita e despesa, entre o que e em que foi orçado e o que foi efetivamente despendido, tendo essa audiência caráter meramente informativo, uma vez que a execução orçamentária já terá sido realizada, sendo avaliado, na oportunidade, o cumprimento de metas fiscais.

Constatada qualquer irregularidade ou ilegalidade no cumprimento das metas apresentadas, caberá à população o controle do ato por meio de denúncia ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público (art. 73-A da Lei Complementar 101/2.000), conforme oportunamente se explanará.

Uma segunda previsão de necessidade de audiência pública na Lei Complementar 101/2.000 é aquela necessária a promover ampla participação social “durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos” (art. 48, pa-

§ 1º O relatório dos titulares dos órgãos mencionados nos incisos II, III e IV do art. 54 conterá apenas as informações relativas à alínea *a* do inciso I, e os documentos referidos nos incisos II e III.

§ 2º O relatório será publicado até trinta dias após o encerramento do período a que corresponder, com amplo acesso ao público, inclusive por meio eletrônico.

§ 3º O descumprimento do prazo a que se refere o § 2º sujeita o ente à sanção prevista no § 2º do art. 51.

§ 4º Os relatórios referidos nos arts. 52 e 54 deverão ser elaborados de forma padronizada, segundo modelos que poderão ser atualizados pelo conselho de que trata o art. 67.

rágrafo único, inciso I¹³⁴). Este, portanto, é o marco legal que instituiu os chamados “orçamentos participativos”.

Trata-se, portanto, o orçamento participativo, de uma forma de participação popular na administração pública correlacionada diretamente com o processo de planejamento, cujo principal embate se traduz na escassez dos recursos públicos e a necessidade de eleição de prioridades, para que tais recursos sejam aplicados de maneira à melhor atender o interesse público, com aumento da eficiência quanto à distribuição e aplicação desses recursos.

Registre-se que o Município de Belo Horizonte possui grande experiência na realização de orçamentos participativos, que ali vigem desde 1.993, muito antes da obrigatoriedade decorrente da Lei Complementar 101/2.000. Naquele Município, o desenvolvimento de uma cultura participativa da população fez com que houvesse uma substantiva melhora nas obras públicas, na medida em que, a partir de 1994, quando se iniciou o orçamento participativo, a realização de obras públicas não era mais decidida apenas pelo Poder Executivo e pelos vereadores, mas sim por meio de indicações em assembléias populares, a partir de informações técnicas mínimas fornecidas pelo Poder Executivo.

Das assembléias populares e audiências públicas para definição de investimento em obras na cidade de Belo Horizonte surgiram ainda mecanismos mais específicos de acompanhamento e controle social da administração pública: as Comissões Regionais de Acompanhamento e Fiscalização do Orçamento Participativo – COMFORÇA -, responsáveis pelo acompanhamento de todo o processo, desde a fase inicial de discussões de anteprojetos em reuniões com as comunidades até a conclusão das obras, controlando e fiscalizando, inclusive, a qualidade dos empreendimentos¹³⁵.

Além das possibilidades de participação social na destinação dos investimentos com recursos próprios do Município, como no caso das obras de Belo Horizonte, pode-se ainda realizar os orçamentos participativos setoriais, por exemplo, para a determinação dos investimentos relativos aos recursos constitucionalmente vinculados para a saúde e educação, com a participação de trabalhadores dos segmentos, dos beneficiários e da comunidade em geral.

Deve-se estar atento, contudo, aos riscos e desvios decorrentes da abertura do processo de planejamento orçamentário à população:

¹³⁴ Art. 48. (...)

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: [§](#)

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

¹³⁵ Sobre as experiências de orçamento participativo na cidade de Belo Horizonte, **Orçamento participativo. Construindo a democracia**. Organizadores: Sérgio de Azevedo e Rodrigo Barroso Fernandes. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Primeiro, que o orçamento não seja uma mera consulta ou levantamento de problemas, sendo essencial a preservação e ampliação do caráter deliberativo. Outro risco é o da cooptação, na qual o poder público, ao invés de estimular a autonomia dos movimentos sociais, organizações não governamentais e dos participantes, procura reduzi-los à condição inferior de “correia de transmissão” das decisões governamentais. Evita, assim, tentações ao clientelismo, infelizmente tão presentes na história e na vida política do País.¹³⁶

A gestão orçamentária participativa foi contemplada, ainda, como instrumento de gestão democrática das cidades e instrumento de planejamento (art. 4º, III, *f*), consubstanciada na realização, em âmbito municipal, de “debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal” (art. 44).

Assim, a realização de audiência pública, consulta ou debate para discutir a proposta orçamentária, do plano plurianual ou da lei de diretrizes orçamentárias torna-se, a partir do Estatuto da Cidade, pré-requisito para aprovação dos respectivos projetos de lei perante a Câmara Municipal.

Tais instrumentos previstos na Lei Complementar 101/2.000 e na Lei 10.257/2.001 reforçam a importância da participação, controle e acompanhamento do cidadão no planejamento e execução de obras e investimentos realizados com os recursos públicos, seja por meio do controle prévio da alocação das dotações orçamentárias, seja ainda por meio da fiscalização posterior da correta execução dos planejamentos orçamentários e aplicação dos recursos financeiros.

Ademais, o condicionamento imposto pelo Estatuto da Cidade de realização prévia de audiência pública para aprovação do conjunto de leis orçamentárias do município, potencializa o dever de transparência administrativa, ocasionando “o crescimento do controle, da fiscalização, do acesso, da participação e, inversamente, a redução da opacidade da Administração Pública, reservada excepcionalmente a certos espaços protegidos pela preservação do interesse público ou pela proteção dedicada aos direitos e garantias individuais¹³⁷”.

Certamente, quando o cidadão é chamado a participar da administração na tomada de decisões que serão vinculatórias a toda população, como ocorre no caso da discussão de leis orçamentárias, a força democrática dos representantes eleitos para representar o cidadão é

¹³⁶ANANIAS, Patrus. Orçamento Participativo: Por que o implantamos em Belo Horizonte? *In: Orçamento participativo. Construindo a democracia*. AZEVEDO, Sérgio de e FERNANDES, Rodrigo Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 40.

¹³⁷MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

potencializada, posto que aprovarão (com emendas ou não), projetos de lei que foram previamente debatidos com os maiores interessados – a população.

3.4.2.3 Denúncias ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público

As alterações realizadas pela Lei Complementar 131/2.009, na Lei Complementar 101/2000 prevê a legitimidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Art. 73-A¹³⁸).

Os Tribunais de Contas Municipais, Estaduais ou da União, enquanto órgãos constitucionais de controle externo, prevêm dispositivos em seus regulamentos sobre sua competência em decidir sobre “denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato e sobre representações feitas pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público”¹³⁹, referentes a quaisquer irregularidades ou ilegalidades, de atos e fatos da Administração Pública Direta e Indireta dos Municípios, Distrito Federal, Estados e União.

A introdução de um dispositivo dessa natureza no bojo da Lei de Responsabilidade Fiscal, muito embora possa parecer formalmente redundante, não deixa de produzir caráter educativo e pedagógico, reforçando o papel da população na fiscalização das receitas e despesas públicas.

No que diz respeito à atuação do Ministério Público na apuração de denúncias feitas pela população, a Constituição Federal de 1988 atribuiu como função institucional a este r. Órgão, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Na medida em que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato efetue denúncia ao Ministério Público acerca de irregularidades ou ilegalidades referentes à Lei de Responsabilidade Fiscal, estar-se-á realizando a provocação para instauração de inquérito civil público:

¹³⁸ Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

¹³⁹ Essa é a redação do art. 1º, XV, da Lei Complementar 113/2.005 do Estado do Paraná, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Em síntese, a *provocação do inquérito civil* é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas ou jurídicas da sociedade civil, visando à legalidade e à legitimidade da ação administrativa, formalmente estabelecido, com o objeto de submeter à apreciação do Ministério Público provas ou indícios de violações de interesses difusos, com vistas à postulação de ação civil pública¹⁴⁰.

Note-se que o art. 73-A da Lei Complementar 101/2.000 é expresso no sentido de que a titularidade para a realização de denúncias ao Ministério Público pertence a “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato”, excluindo, portanto, a possibilidade de que denúncias anônimas dêem azo a instauração de inquérito civil, uma vez que o anonimato é vedado pela própria Constituição Federal¹⁴¹.

Por oportuno, repetem-se aqui as ponderações realizadas quanto à previsão da possibilidade de realização de denúncias ao Ministério Público no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal, no sentido de que, embora desnecessária a previsão legal para que se conferisse efetividade a este tipo de controle social, o dispositivo está impregnado de seu caráter pedagógico e educativo.

3.4.2.4 Disponibilização de dados contábeis na rede mundial de computadores

Transparente é aquilo que é evidente, claro, constituindo-se um dos melhores adjetivos para qualificar a administração pública. Uma administração transparente pressupõe a otimização do princípio da publicidade e da participação popular¹⁴². Dar publicidade aos atos administrativos é um dever da administração, permitindo à população o conhecimento e acesso de informações de ordem pública, que, por sua vez, possibilitará a participação popular.

Diante dos constantes escândalos políticos envolvendo o uso indevido dos recursos públicos e casos de favorecimentos pessoais em detrimento do interesse público, a pressão

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 139.

¹⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

¹⁴² Sobre o conteúdo e a estrutura do princípio da transparência administrativa, ver Wallace Paiva Martins Júnior. **Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-26.

dos movimentos da sociedade civil organizada e da própria população fez com que a transparência administrativa se tornasse a palavra de ordem da administração pública.

Vivencia-se hoje, uma nova fase da tecnologia da informação, onde a transparência administrativa não se limita na simples publicação dos atos administrativos no órgão oficial de imprensa. A transparência, para além do princípio administrativo-constitucional da publicidade, requer a utilização de novos instrumentos que possibilitem o fácil acesso da população aos atos e processos públicos, como coroamento do princípio da participação popular.

Nesse afã, acrescentando, então, à Lei de Responsabilidade Fiscal, mecanismos de controle social, a Lei Complementar 131/2.009, tratou especificamente da transparência da gestão fiscal, que pressupõe ampla publicidade e informação, acrescentando o parágrafo único ao art. 48 e o art. 48-A, *in verbis*:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

...

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

A grande inovação da Lei Complementar 131/2.009 diz respeito à obrigatoriedade de disponibilização em tempo real em meio eletrônico de acesso público, de informações sobre execução orçamentária e financeira da administração pública, o que implica na obrigatorieda-

de de disponibilizar tais informações na rede mundial de computadores, possibilitando, além da consulta imediata, a formação de banco de dados disponíveis a qualquer momento.

A inclusão de tal obrigatoriedade na Lei de Responsabilidade Fiscal visa conferir mais visibilidade à atuação administrativa, tornando-a mais transparente na medida em que possibilita o acesso imediato às informações, e, por conseguinte, a participação popular na gestão pública, “diminuindo os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida para os nichos da ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder¹⁴³”.

A tecnologia da informação atualmente é uma das melhores aliadas do controle social. As recentes legislações contemplam mecanismos eficientes de controle social nos mais diversos âmbitos da administração. Os portais da *internet* de transparência nos âmbito federal, estadual e municipal são típicos exemplos da democratização das informações públicas por meio da facilidade de seu acesso e controle.

Abrem-se, por força de Lei, novos espaços obrigatórios para o exercício da democracia participativa, que repercute, por conseqüência, na maior interação entre administração e o cidadão e deve servir como elemento transformador da realidade social, possibilitando a construção de espaços de diálogos que suplantem o formalismo.

3.4.3 A Lei 10.257/2.001: gestão urbana participativa

A Lei 10.257/2.001, denominada Estatuto da Cidade, “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único).

A legislação em análise é, sem dúvida, inovadora. Traz no bojo de suas diretrizes gerais o princípio democrático aplicado à política urbana: “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (art. 2º, II).

Como desdobramento, guardou ainda, um capítulo específico para disciplinar a gestão democrática da cidade (arts. 43 a 45), contemplando instrumentos específicos de participação da população: I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e muni-

¹⁴³MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

cipal; II – debates, audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal e IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43).

Sem sombra de dúvidas o Estatuto da Cidade é um marco para a democracia e para o exercício do controle social. Nas lições de Maria Paula Dallari Bucci,

A gestão democrática, como fórmula portadora da idéia não apenas do “governo do povo” e “pelo povo”, mas também do governo da cidade “*para o povo*”, remete a uma concepção ampliada de cada direito relacionado à vida urbana. De acordo com ela é que se vislumbram o “direito à cidade” e “função social da cidade”, tal como dispõe a parte final do art. 182 do texto constitucional, ao estabelecer como objetivos da política de desenvolvimento urbano “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes¹⁴⁴”.

Os instrumentos de participação popular no contexto da gestão democrática da cidade garantem uma nova instância de controle prévio à prática dos atos administrativos e legislativos, por meio da abertura de novas instâncias de discussões de assuntos pertinentes a toda população da cidade, que antes se eram discutidos e decididos exclusivamente no âmbito do Poder Executivo e Legislativo, restando ao cidadão socorrer-se do Poder Judiciário para evitar ou anular eventual ato ilegal ou lesivo.

3.4.4 A Lei 8.142/1.990: Conselho de Saúde e Conferência de Saúde

O surgimento da primeira legislação referente ao Conselho Nacional de Saúde remonta à Lei 378, de 13 de janeiro de 1.937, onde, em seu art. 67, criou esse órgão colegiado com a atribuição de “assistir” tecnicamente o Ministério na qualidade de “órgãos de cooperação”.

Recentemente, a Lei 8.142/1.990 dispôs, dentre outros assuntos, sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), instituindo, em seu art. 1º, em

¹⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In, DALARRI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2.001**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 339.

cada esfera de governo, duas instâncias colegiadas: a conferência de saúde¹⁴⁵ o conselho de saúde¹⁴⁶.

Constituem essas duas instâncias colegiadas legítimas formas de participação e controle social no âmbito da gestão do Sistema Único de Saúde. Aliás, na própria Constituição Federal de 1988 já havia sido prevista a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III). Nada mais fez a Lei 8.142/1.990 do que regulamentar tal dispositivo constitucional, o que não diminui a dimensão do avanço democrático das instituições públicas, na medida em que Lei específica garante a instituição de mecanismos específicos de atuação da sociedade no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Não se pode esquecer que, ao lado da educação, a Constituição Federal de 1988 determinou a aplicação obrigatória de percentual mínimo em saúde, o que certamente demanda o maior controle por parte da sociedade na formulação de políticas de saúde e na sua execução, visando sempre o melhor atendimento dos serviços de saúde e a racionalidade nas despesas públicas.

A Conferência de Saúde constitui-se importante instância de participação social onde a população, representada pelo maior número possível de segmentos sociais, é chamada a avaliar a situação da saúde e instada a propor diretrizes para a formulação de políticas de saúde que irão compor, dentre outros, as metas, diretrizes e prioridades no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual.

Por sua vez, o Conselho de Saúde tem a missão de formular, fiscalizar e deliberar sobre as políticas de saúde, inclusive no tocante aos aspectos orçamentários e financeiros nas respectivas esferas municipais, estaduais e da União. Trata-se aqui, de efetivo mecanismo de controle social e gestão participativa do Sistema Único de Saúde, seja por meio das reuniões periódicas dos respectivos conselhos, seja pela fiscalização direta nas prefeituras, Estado e União, seja pela participação em audiências públicas de discussão de projetos de lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

¹⁴⁵ Art. 1º

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

¹⁴⁶ Art. 1º ...

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

A competência dos conselhos de saúde foi regulamentada por resoluções do Conselho Nacional de Saúde, em especial a Resolução 33/1.992 e 333/2.006, que buscam estimular o efetivo funcionamento dos conselhos e garantir a representação dos usuários, recomendando, por exemplo, a realização de reuniões mensais do conselho, o fortalecimento da representação dos usuários, indicando uma lista mais ampla de atividades que poderão representar os usuários, garantindo-lhes autonomia por meio de dotação orçamentária própria, dentre outros aspectos.

A grande questão duvidosa quanto aos conselhos de saúde circunda sobre o caráter vinculatório das diretrizes por eles expedidas no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo. Analisando essa situação, Marcílio Toscano Franca Filho e Nevita Matia Pessoa de Aquino Franca assinalam, ao analisar o direito comparado, que as diretrizes se destinam a orientar a ação de seus destinatários, deixando-lhes, porém, a responsabilidade pela execução dos atos. Especificamente em relação à área da Saúde, os mesmos Autores explicam em que se constituem as diretrizes expedidas pelos conselhos de saúde:

É com esse mesmo perfil indicativo, vinculante e finalístico que as diretrizes do Conselho Nacional de Saúde não de ingressar nos ordenamentos jurídicos estadual e municipal, como normas jurídico-programáticas válidas, mas com as nuances próprias de um *soft Law*. Ou seja, as diretrizes do Conselho Nacional de Saúde configuram um marco jurídico-regulatório orientador, entretanto de natureza para-legal, desviante da lei em sentido estrito¹⁴⁷.

Seguramente, a instituição de instâncias de participação de segmentos da sociedade (usuários, profissionais, prestadores de serviço e pelos membros do governo) no controle do Sistema Único da Saúde representa um grande avanço da democracia representativa para a democracia participativa preconizada pela Constituição Federal de 1988.

Não basta, contudo, que os conselhos de saúde sejam instrumentos meramente formais de representação e controle social no âmbito do Sistema Único de Saúde. É preciso que haja efetividade na sua atuação, o que somente pode ser alcançado por meio de constante capacitação dos membros dos conselhos, a fim de que os conselheiros representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários efetivamente conheçam o Sistema Único de Saúde e a realidade da cidade, do Estado ou da União para que conscientemente possam deliberar, fiscalizar, propor soluções na área da saúde.

¹⁴⁷ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano e FRANCA, Nevita Matia Pessoa de Aquino. A força normativa das diretrizes do conselho nacional de saúde sobre a EC 29/00. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 211, abr/jun.2005.

Por sua vez, o Poder Público não deve nem pode impor obstáculos à atuação dos conselhos, seja por meio da falta de transparência e publicidade dos atos administrativos referentes à saúde, na ausência de apoio e falta de infra-estrutura para o funcionamento do conselho e atuação independente dos conselheiros, dentre outros fatores que limitam o exercício da gestão participativa e do controle social preconizado pela Constituição na área da Saúde.

Os conselhos de saúde, por sua vez, podem contar com o apoio de instituições como a Controladoria Geral da União, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e Câmaras Legislativas na defesa dos direitos dos usuários dos serviços de saúde, na fiscalização e controle do Sistema Único de Saúde, reforçando, assim, a efetividade de sua atuação.

3.4.5 Lei 11.445/2.007: controle social do serviço público de saneamento

A Lei 11.445/2.007 estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Destaca-se nesta legislação de vanguarda, a inclusão do controle social como princípio fundamental dos serviços públicos de saneamento básico¹⁴⁸.

A referida Lei, ainda, confere o significado de controle social como sendo o “conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico” (art. 3º, IV). Denota-se, portanto, que o conceito de controle social adotado é amplo, incluindo não só os mecanismos de controle dos atos administrativos pela sociedade, mas também o processo de informação, planejamento e avaliação por parte da sociedade em relação aos serviços públicos de saneamento.

Interessante assinalar que a Lei 11.445/2.007 impôs aos titulares da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, o dever de estabelecer mecanismos de controle social na formulação da política pública de saneamento básico¹⁴⁹, e ainda, a inclusão nos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, “mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços” (art. 11, § 2º, V, da Lei 11.445/2007).

¹⁴⁸ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

...

X - controle social;

¹⁴⁹ Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

...

V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei;

O último aspecto previsto na Lei 11.445/2.007 no tocante ao controle social dos serviços públicos de saneamento básico relaciona-se à participação de órgãos colegiados em ações de controle social. Tais órgãos, dotados de caráter consultivo no âmbito estadual, do distrito federal e dos municípios, devem contar com a representação dos titulares dos serviços; de órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico; dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico; dos usuários de serviços de saneamento básico e de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico (art. 47, I a V, da Lei 11.445/2.007).

A Lei 11.445/2007 só foi regulamentada em 2010, por meio do Decreto 7.210, que, no tocante ao controle social de serviços públicos de saneamento básico, previu além dos órgãos colegiados de caráter consultivo, outros mecanismos de participação e controle social: debates e audiências públicas, consultas públicas e conferências das cidades (art. 34, I a IV).

Destaca-se, também, o papel de destaque do usuário dos serviços públicos de saneamento básico, para o exercício do controle social. O usuário é o principal interessado no debate e participação em audiências públicas, consultas públicas, conferências da cidade, além de possuir representatividade garantida dentro dos órgãos colegiados de controle social. Ademais, os órgãos colegiados possuem prerrogativas de fiscalização dos serviços, sendo-lhes garantido o acesso a quaisquer documentos e informações produzidos por órgãos ou entidades de regulação ou de fiscalização, exceto os considerados sigilosos em razão de interesse público relevante, bem como a possibilidade de solicitar a elaboração de estudos com o objetivo de subsidiar a tomada de decisões (art. 33, § 10, c.c. art. 34, § 5º, ambos do Decreto 7.210/2.010).

A Lei 12.305/2.010 que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos regulamentou de maneira específica parte dos serviços de saneamento básico relativo aos resíduos sólidos, “dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis” (art. 1º, *caput*).

À semelhança da Lei 11.445/2.007, a Lei 12.305/2010 também trouxe a definição de controle social¹⁵⁰, erigindo-o como um dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos

¹⁵⁰ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

...

VI - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos;

dos¹⁵¹, prevendo a existência de órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos (art. 8º, XIV).

Observa-se, assim, uma tendência de que as legislações contemporâneas que tratam da prestação de serviços públicos prevejam mecanismos de participação e controle social como forma de efetivação do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito, baseado na efetiva participação da população não somente nos atos tendentes a escolha de seus representantes no sistema da democracia representativa, mas também como atores principais do dia a dia da administração pública, por meio da garantia do acesso a informações (transparência e publicidade dos atos administrativos), da participação na discussão, formulação de leis, planejamento e projetos sobre assuntos relevantes ao interesse público, bem como no controle e fiscalização na execução dos atos administrativos.

¹⁵¹ Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

...

X - o direito da sociedade à informação e ao controle social;

4. CONTROLE SOCIAL E DESENVOLVIMENTO

4.1 Importância do controle social de serviços públicos e matrizes legais

O atual estágio de maturação do Estado Democrático de Direito brasileiro clama pelo fortalecimento dos processos de efetiva inclusão da população nas decisões nacionais, estaduais e locais, inclusive no que toca aos serviços públicos. Cada vez mais se exige a prestação de um serviço público adequado ao pleno atendimento dos usuários, por constituir-se um direito universal e um dever do Estado.

Adotando a perspectiva de Marçal Justen Filho, para quem os serviços públicos estão voltados à satisfação de direitos fundamentais¹⁵², a população não pode encerrar sua participação democrática pela eleição dos integrantes do Poder Executivo e Legislativo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a quem compete a direção, ou a indicação da maioria dos cargos de direção dos serviços públicos, sejam os prestados diretamente pelo Estado, ou aqueles prestados por terceiros por meio de concessão ou permissão.

É preciso despertar e fomentar na população a cultura participativa, envolvendo os indivíduos ou os segmentos da sociedade civil nos processos de planejamento, contratação e execução de serviços públicos, com o acompanhamento constante dos usuários, alçados dos instrumentos legalmente previstos para fazerem representar-se em todas as instâncias de controle social.

Destarte, inobstante a legislação constitucional, civil e administrativa preveja instrumentos de participação e controle social a ser utilizados de maneira individual ou coletiva pelos usuários de serviços públicos, é necessário dimensionar o real poder e capacidade da população em influir na formação da vontade do Estado, desmistificando a idéia arraigada de que a participação não se encerra na escolhas dos representantes políticos.

É preciso difundir à população o fato de que o Estado foi colocado à serviço do povo no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 para garantia de direitos e liberdades. Assim sendo, o Estado é titular dos serviços públicos para promoção do bem estar e desenvolvimento, mesmo quando prestados por terceiros, assumindo, neste caso, o fundamental papel de agente regulador, cabendo à população exercer o efetivo controle social seja de maneira individual, no que pertine ao dia a dia de cada usuário, seja pela participação em órgãos colegia-

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 456.

dos consultivos e deliberativos de regulação, auxiliando e fiscalizando o Estado no desempenho de seu papel de garantidor da efetivação de direitos fundamentais da população.

Os avanços na pluralização dos espaços de participação popular na administração pública indicados no capítulo anterior não podem ser sucumbidos pela abdicação da população do exercício de direitos que incluem o recebimento de serviços públicos de qualidade. Bem por isso que o Estado deve estimular a participação popular nos processos tendentes a concessão e permissão de serviços públicos:

Assim, nos Serviços Públicos, as concessões e permissões devem ser a regra, pois abrem espaço à competição da empresa privada para barateá-los e melhorá-los. Mas é no Ordenamento Econômico e no Ordenamento Social e, principalmente, no Fomento Público que a *adesão do administrado* à execução dos planejamentos governamentais, nos seus aspectos *dispositivos*, pode ser até o elemento decisivo para o êxito de empreendimentos públicos desse gênero¹⁵³.

Somente por meio do efetivo controle social dos serviços públicos será possível democratizar e estreitar as relações e o vínculo precário atualmente existente entre o Estado e a população, relativamente à fiscalização e exigência dos direitos relativos à prestação dos serviços públicos. Faz-se necessário ainda enfatizar que, do controle social exercido podem resultar as sanções decorrentes do descumprimento das normas por parte da administração pública ou quem lhe faça às vezes, noções essas ligadas ao conceito de *accountability* social¹⁵⁴.

Desta forma, na medida em que o usuário detecta falha ou irregularidade em qualquer uma das fases do processo que envolve a formulação, contratação e execução de serviços públicos, deve se utilizar de todos os mecanismos legais e políticos para provocar a empresa prestadora ou o próprio Estado, na correção de eventuais falhas ou irregularidades, e também, introduzindo melhorias contínuas tendentes a eficiência na prestação do serviço.

¹⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 89.

¹⁵⁴ *Accountability* é um termo que não guarda exata correspondência na língua portuguesa, aproximando-se de algo equivalente a “prestar contas”, remetendo à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Os mecanismos de *accountability*, segundo Lizandra Serafim, podem ser classificados como horizontais e verticais. Os horizontais “referem-se ao sistema intraestatal de controles, a partir de uma rede de agências estatais que se controlam e equilibram mutuamente, através de sanções quando há omissões, irregularidades, corrupção ou intromissão no poder de outra agência nas ações realizadas”. Já os verticais, “implica a existência de agentes de controle externos ao Estado”, sendo as eleições o mecanismo principal deste tipo de *accountability*, na medida em que os próprios cidadãos, de maneira periódica e regular, recompensam os governos que bem atuaram por meio da reeleição, ou substituem aqueles que em nada contribuíram (SERAFIM, Lizandra. **CONTROLE SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: ENTRE PROJETOS POLÍTICOS E MODELO INSTITUCIONAL A ANEEL nos Governos FHC e Lula (1995 - 2005)**. Campinas, 2007. 209 fls. Dissertação (mestrado em ciência política). Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas).

No que se refere aos marcos legais do controle social de serviços públicos, além do próprio Estado Democrático de Direito e o regime republicano instituídos pela Constituição Federal de 1988, destacam-se outras matrizes constitucionais e infraconstitucionais.

O art. 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal determina que lei reguladora das concessões e permissões de serviços públicos deverá dispor, dentre outras coisas, sobre o direito dos usuários. Claro, esta é uma aceção restrita para o controle social dos serviços públicos, uma vez que, além do controle realizado individualmente pelos usuários na tutela de direito individual, há ainda possibilidades mais amplas de controle a ser exercido por grupos organizados da sociedade civil em busca da tutela de interesses coletivos em conselhos e órgãos reguladores de serviços públicos, como adiante melhor se exporá.

De outro lado, com a promulgação da Emenda Constitucional 19/98, eleva-se ao *status* de garantia constitucional a participação do usuário na prestação dos serviços públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998).

...

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1.998)

Ademais, como já se registrou anteriormente, em relação aos serviços públicos de educação e saúde, a Constituição Federal previu a imperiosa necessidade de participação da comunidade na gestão de tais serviços, a teor do disposto nos arts. 205 e 198, III.

No plano infraconstitucional, a Lei 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal, determina que a fiscalização das concessões e permissões de serviço público seja realizada pelo Poder Concedente com a cooperação dos usuários (art. 3º e 30).

Rogério Leal enfatiza que o controle social de serviços públicos é condição de sua possibilidade, delineando, então, os aspectos normativos da Lei 8.987/1.995 que possibilitam o exercício desse controle social:

Em verdade, esta Lei nº 8.987/95 ampliou normativamente as possibilidades de participação efetiva do usuário do serviço público no âmbito de sua concessão ou permissão, fazendo corresponder aos direitos de certidão, petição, reclamação e sugestão (incisos II, IV, V e VI, do art. 7º, deste diploma), os deveres listados no seu art. 29, incisos I, VI, VII e XII¹⁵⁵.

A legislação infraconstitucional esparsa, ainda, prevê mecanismos específicos de controle social tal como mencionado anteriormente no que diz respeito ao saneamento básico (Lei 11.445/2.007) e aos resíduos sólidos (Lei 12.345/2.010).

Feito esse apanhado geral sobre os marcos legais do controle social de serviços públicos no plano constitucional e infraconstitucional, mister segmentar o estudo a partir da divisão sugerida por Fernando Herren Aguilar, qual seja: o controle dos usuários diretamente sobre os serviços públicos desempenhados por empresas privadas ou pelo próprio Estado, e ainda, o controle exercido pela sociedade ante a previsão legal de poder interferir nas decisões estatais a respeito dos órgãos reguladores, na sua composição e modelagem¹⁵⁶.

Essas duas frentes de controle social dos serviços públicos foram contempladas na Lei 8.987/1.995, em seus arts. 3º, 7º, 22, 29, XII e 30 parágrafo único, sendo garantidas também pelos remédios constitucionais e pela Constituição Federal, art. 37, § 3º, que ainda se encontra pendente de regulamentação.

Com efeito, existem três momentos em que o controle social sobre os serviços públicos pode ser exercido: no momento de seu planejamento, regulação e prestação.

4.2 Momentos de efetivação do controle social: planejamento, regulação e prestação dos serviços públicos

A incidência do controle social sobre os serviços públicos pode ser exercida em três momentos distintos: na função planejadora, na função reguladora e na função prestacional, havendo previsão legal de mecanismos específicos para atuação individual ou em órgãos colegiados em cada um desses momentos.

¹⁵⁵ LEAL, Rogério Gesta. **O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 17.12.2010.

¹⁵⁶ **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1.998. p. 248.

Para fins didáticos, dividir-se-ão esses três momentos de controle social dos serviços públicos em tópicos distintos, tendo-se em vista que em cada uma dessas oportunidades distintas incidirá normas e mecanismos de atuação diferentes.

4.2.1 Controle social da função de planejamento na concessão e permissão de serviços públicos no âmbito administrativo

Quando a prestação de determinado serviço público está em fase de *planejamento*, o Estado deve inicialmente decidir se vai prestar diretamente os serviços por meio da administração direta ou indireta, ou, ao contrário, se via licitação, vai delegar a prestação dos serviços a empresas privadas. Em todos os casos, deverá necessariamente haver previsões no Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias sobre os assuntos, sem se esquecer, por oportuno, que no caso de concessões e permissões de serviços públicos faz-se necessária a obtenção de autorização legislativa específica para tanto.

A população possui nas mãos a prerrogativa de participação nas audiências públicas realizadas de maneira específica e como condição obrigatória para a aprovação do Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias, para o efetivo exercício do controle social dos termos gerais da prestação dos serviços públicos, e ainda, se a prestação de determinado serviço público será delegada a particulares.

Resolvidos os aspectos referentes às autorizações legislativas necessárias para a prestação de determinado serviço público, quando este for prestado por particulares, a Lei 8.987/1.995 determina: “Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo”.

Ou seja, inobstante o Poder Concedente tenha a prerrogativa de decidir sobre a concessão ou permissão de determinado serviço público ao setor privado, não o pode fazer de maneira discricionária¹⁵⁷, sem sequer prestar informações básicas à população, tal como o objeto, área e prazo.

¹⁵⁷ O poder discricionário da administração só pode ser exercido quando há margem de liberdade na escolha da conveniência, oportunidade e conteúdo do ato administrativo, como, por exemplo, na nomeação para cargo de provimento em comissão.

Como assinala Marçal Justen Filho, o aspecto motivação¹⁵⁸ deve estar presente na decisão do Poder Concedente de outorga de concessão ou permissão, em observância estrita ao disposto no art. 5º da Lei 8.987/95:

Portanto, a expressão *conveniência* da delegação do serviço público a particulares não induz impossibilidade de fiscalização por parte da comunidade nem sua imunidade ao controle jurisdicional. A decisão de outorga poderá ser invalidada quando não se apresentar motivada – pois isso caracteriza ato arbitrário, desvinculado da noção de função e cuja validade seria fundada exclusivamente na vontade do governante (o que é inviável em um Estado Democrático de Direito). Mas também será possível o controle sobre o conteúdo da motivação, para fiscalizar se todas as variáveis foram devidamente consideradas pelos governantes e se a decisão de delegar o serviço aos particulares retrata solução satisfatória para a realização do interesse público. A decisão estatal deve ser instrumento adequado à realização do interesse público, segundo uma relação de causa e efeito. A questão se põe, portanto, num plano tecnológico- científico, antes do que opinativo ou “*político*”. Portanto, mesmo eventual admissão da existência da categoria dos “*atos políticos*”, é irrelevante para fins de controle da decisão de outorgar concessão ou permissão de serviços públicos¹⁵⁹.

Justamente por não se tratar a decisão de outorga de serviço público de ato político in-fenso ao controle judicial e popular, é que a população, no momento embrionário do planejamento da forma de prestação de determinado serviço público, deve estar atenta aos motivos que subsidiam a outorga. Caso não haja justificativa plausível, interesse público relevante de modo a caracterizar a conveniência da outorga de concessão ou permissão pode e deve buscar o Ministério Público, a quem compete a defesa do patrimônio público.

À previsão do ato de justificação prévia da outorga de serviços públicos prevista no art. 5º da Lei 8.987/95, deve-se, ainda, aliar ao controle sobre a função de planejamento do serviço público, a previsão na contida no art. 39 da Lei 8.666/1.993, qual seja, a realização de audiência pública na fase instrutória do processo administrativo de licitação, realizada antes mesmo do lançamento do edital, com vistas a assegurar a transparência do processo e à fiscalização direta da população¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Pelo princípio da motivação, a administração tem o dever de justificar seus atos, apontando os motivos de fato e de direito que ensejaram a tomada de determinada decisão (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112).

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos. Comentários à Lei 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 118-119.

¹⁶⁰ Marçal Justen Filho esclarece que são atos distintos a justificação a que se refere o art. 5º da Lei 8.987/1.995 e a audiência pública referida no art. 39 da Lei 8.666/1.993, sendo indispensável o cumprimento de ambos dispositivos quando das permissões e concessões de serviços públicos. A audiência a que se refere a Lei 8.666/1.993 serve como instrumento de acesso e controle dos particulares, que tem oportunidade para formular indagações e objeções. Já o ato justificatório da Lei 8.987/1.995 destina-se a evidenciar a existência objetiva de

Por fim, cabe ressaltar que a Lei 11.445/2007, na questão específica do serviço público de saneamento traz em seu bojo previsão específica de condição de validade do contrato de saneamento público, “a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato”. (art. 11, IV).

4.2.2 Controle social da função de regulação e fiscalização na concessão de serviços públicos no âmbito administrativo

Existem instâncias de participação e controle social onde a própria população é instada a escolher membros para exercer a representatividade de determinado seguimento em órgãos colegiados de regulação de serviços públicos. Nestes casos, segue-se a lógica da democracia representativa, onde é impossível que todos da população deliberem sobre todos os assuntos de interesse de uma comunidade, por exemplo.

Em termos gerais, a Lei 8.987/1.995 prevê mecanismos de participação, controle e fiscalização por parte dos usuários incidentes sobre todos os serviços públicos concedidos e permitidos. A regra geral é que todas as concessões e permissões estão sujeitas a fiscalização do poder competente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários (art. 3º).

Mais adiante, a Lei 8.987/1.995 prevê que a fiscalização do serviço também será realizada por comissão composta por representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários, além da fiscalização rotineira realizada por órgão técnico do poder concedente ou entidade por ele conveniada (art. 30).

A Lei Geral que regulamenta as concessões e permissões de serviço público ainda incumbe o poder concedente de “estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço”, que também configura o controle social coletivo na defesa dos direitos e interesses dos usuários.

Alguns conselhos específicos criados pelos órgãos de regulação de serviços públicos reservam cadeiras para representantes da sociedade e dos usuários com atribuições consultivas e de fiscalização incidente sobre a atuação dos concessionários desses serviços, para análise da gestão das agências reguladoras, requisição de informações, dentre outras competências legalmente previstas.

O Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL possui em sua estrutura administrativa o Conselho Consultivo, órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência com representação do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, de entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, de entidades representativas dos usuários e de entidades representativas da sociedade, tudo disciplinado pela Lei 9.472/1.997 e pelo Decreto 2.338/1.997.

Ao Conselho Consultivo da ANATEL compete, nos termos do art. 35 da Lei 9.472/1.997:

Art. 35. Cabe ao Conselho Consultivo:

- I - opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;
- II - aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;
- III - apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;
- IV - requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.

De igual forma, no âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, há previsão de instituição do Conselho Consultivo, órgão de participação institucional da comunidade de aviação civil na Agência, com atribuições de assessoramento da diretoria (art. 20 da Lei 11.182/2005).

Na questão referente ao saneamento básico, como já mencionado anteriormente, a Lei 11.445/2.007 previu especificamente a questão do controle social, incluindo a possibilidade de participação dos usuários e organizações da sociedade civil e defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico em órgãos colegiados de caráter consultivo estaduais, do Distrito Federal e municipais¹⁶¹.

¹⁶¹ 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 nº 10.683, de 28 de maio de 2003.

Já as normas regulatórias do setor de energia elétrica, a Lei 8.631/1.993 impõe ao concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica, a criação, no âmbito da sua área de concessão, de um Conselho de Consumidores, com caráter consultivo e com representante das principais classes tarifárias, com vistas à orientação, análise e avaliação das questões ligadas ao fornecimento, tarifas e adequidades dos serviços prestados ao consumidor final (art. 13)¹⁶².

Lamentável, porém, a inexistência de representatividade técnica no âmbito da maioria dos referidos Conselhos, com vistas a subsidiar as decisões e opiniões dos demais conselheiros cuja representatividade é exclusivamente política. Neste sentido, aponta Fernando Herren Aguilár sobre a imperiosa necessidade do desenvolvimento de mecanismos institucionais de representatividade técnica para subsidiar os usuários nos processos de deliberação de assuntos de seu interesse, tendo-se em vista que estão envolvidos assuntos de grande complexidade tecnológica, criando dificuldade de manifestar-se institucionalmente em determinadas deliberações¹⁶³.

Outra observação pertinente ao assunto diz respeito à legitimidade dos representantes da sociedade e da comunidade nos conselhos dos órgãos reguladores, de fiscalização e de consumidores, tendo-se em vista que não existem mecanismos e procedimentos formais de escolha desses representantes.

Esta é uma falha gravíssima na medida em que esses espaços de representação foram criados justamente para que segmentos da população fossem sub-representados, levando consigo as demandas, opiniões, críticas da parte mais frágil dessa relação. Se a possibilidade de escolha dos representantes não é feita de modo impessoal, com respeito aos princípios da transparência e acessibilidade a todos aqueles que possuem a pretensão de ocupar uma cadeira nesses Conselhos, esses espaços democráticos serão ocupados por “representantes” que na prática, não foram escolhidos pela sociedade que irão representar.

É, por fim, significativo consignar que os atos de regulação de serviços públicos, em certos casos, devem ser precedidos de ampla discussão social por meio de audiências públicas, visando identificar os aspectos relevantes sobre a matéria objeto de regulação apta a subsidiar as decisões estatais, propiciando a participação de todos os interessados (usuários e agentes reguladores), conferindo publicidade à ação regulatória das agências. É o típico caso

¹⁶² Neste sentido, o art. 4, XVIII, do Anexo I do Decreto 2335/97, que regulamenta a Lei 9.427/1.996 atribuiu à ANEEL a competência de: “estimular a organização e operacionalização dos conselhos de consumidores e comissões de fiscalização periódica compostas de representantes da ANEEL, do concessionário e dos usuários, criados pelas Leis nºs 8.631, de 4 de março de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

¹⁶³ **Controle Social de Serviços Públicos.** São Paulo: Max Limonad, 1.998. p. 222.

do setor de energia elétrica: o Decreto 2.335/1.997, prevê a necessidade de realização de audiências públicas em processos decisórios que implicam na “efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência [ANEEL] ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL” (art. 21). No setor da aviação civil, a Lei 11.182/2.005, quando também subordina ao crivo de audiências públicas, “as iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos” (art. 27).

4.2.3 Controle da função prestacional na concessão de serviços públicos no âmbito administrativo

Após demonstradas as possibilidades de exercício de controle social sobre a função planejadora e reguladora dos serviços públicos, passa-se à última possibilidade de controle social incidente sobre a função prestacional, principalmente no que se refere aos mecanismos individuais exercidos pelos usuários quando do recebimento dos serviços.

Inicialmente é mister caracterizar a figura do usuário do serviço público para, então, delimitar as possibilidades e o alcance do controle social por ele exercido. Então, usuários são as pessoas físicas e jurídicas que demandam potencial ou efetivamente a fruição dos serviços públicos objeto da concessão¹⁶⁴. Justamente porque são os usuários que irão fruir os serviços públicos, são eles que estarão sujeitos às eventuais incorreções na prestação dos serviços, defluindo daí o direito a postular a adequação de sua prestação e possíveis indenizações e restituições do concessionário decorrentes de danos causados ou mesmo prestar sugestões, reclamações à concessionária com vistas à otimização prestacional.

A Constituição Federal de 1988 determina que se regulem, por meio de lei, as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, em especial, quanto às possibilidades de reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, mantendo serviço de atendimento ao usuário, avaliação periódica e avaliação quanto à qualidade dos serviços aos seus usuários (CF, art. 37, § 3º, I).

Em que pese ainda não haver regulamentação do art. 37, § 3º da Constituição Federal relativamente a um “procedimento padrão” para a participação dos usuários nos assuntos e-

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 549. O Autor ainda menciona que o usuário e o cidadão são figuras distintas, posto que aquele não necessita possuir a plena titularidade de direitos políticos.

numerados nos incisos do artigo e parágrafo mencionado, a maioria das legislações referentes aos diferentes segmentos de serviços públicos possuem mecanismos específicos de reivindicação administrativa do usuário perante o poder concedente e o concessionário no tocante a direitos e interesses individuais ou de interesse geral, tais como as reclamações dos usuários, além da possibilidade de manejo dos remédios constitucionais, tais como o direito de petição e certidão.

4.2.3.1 Reclamações, informações, esclarecimentos e sugestões

É dever do poder concedente receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários de serviços públicos, assinalando a 8.987/1.995 o prazo de até trinta dias para a cientificação dos usuários acerca das providencias adotadas (art. 29, VII), donde se defluiu a responsabilidade do Estado no cumprimento da fiscalização e adoção das medidas necessárias junto ao concessionário de serviços públicos que deixa de prestar serviços adequados.

Para garantir o atendimento do usuário que busca o poder concedente para prestar suas queixas e reclamações sobre a prestação de determinado serviço público ou buscar informações, na maioria das vezes, a própria agência reguladora do setor cria serviço de ouvidoria visando receber pedidos de informações, esclarecimentos, sugestões e reclamações.

No âmbito da ANAC, o Ouvidor será nomeado diretamente pelo Presidente da República, com a incumbência de “receber pedidos de informações, esclarecimentos, reclamações e sugestões, respondendo diretamente aos interessados e encaminhando, quando julgar necessário, seus pleitos à Diretoria da ANAC” (art. 18, § 1º da Lei 11.182/2.005). Já na estrutura da ANEEL, um dos diretores da Autarquia será designado para, “na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários” (art. 4º, § 1º, da 9.427/1997). Na ANATEL, a exemplo da ANAC, o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República (art. 45 da Lei 9.472/1997), assegurando-se, ainda, aos usuários do serviço de telefonia obter transcrições das gravações de sessões deliberativas do Conselho Diretor da ANATEL quando se destinarem a resolver pendências entre os agentes econômicos e usuários de bens e serviços de telecomunicações (art. 21, § 2º da Lei 9.472/1.997).

As ouvidorias no âmbito de agências reguladoras e os próprios serviços de atendimento ao usuário das concessionárias de serviços públicos são colocados à disposição do usuário, que, perante a relação instaurada entre o poder concedente e concessionário, também assume

obrigações decorrentes da Lei 8.987/1.995, sendo pertinente correlacionar ao papel da Ouvidoria a obrigação do usuário em “levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado”; “comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço” e “contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços” (incisos IV, V e VI do art. 7º da Lei 8.987/1.995).

4.2.3.2 Direto de petição e certidão

O direito de petição e certidão previsto na Constituição Federal de 1988 visa garantir direitos fundamentais. O direito de petição está relacionado à possibilidade de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXIV, “b”); por sua vez, o direito de certidão assegura que todos possam obter certidões em repartições públicas tendentes ao esclarecimento de situações de interesse pessoal e a defesa de direitos (art. 5º, XXXIV, “a”).

Tais remédios constitucionais também podem ser utilizados na defesa dos interesses dos usuários de serviços públicos para obtenção de informações de caráter pessoal perante o poder concedente e o concessionário, constituindo, assim, mecanismos de controle social da função prestacional de serviços públicos albergada no inciso II do art. 7º da Lei 8.987/1.995¹⁶⁵.

Não bastasse a previsão constitucional e na Lei Geral que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, o direito de petição e certidão foi igualmente assegurado nas legislações específicas de algumas agências reguladoras de serviços públicos, tal como ocorre na ANATEL, onde há previsão específica do direito de petição à prestadora de serviço, ao órgão regulador e aos organismos de defesa do consumidor (art. 3º, XI, da Lei 9.472/1997).

Cabe, ainda, destacar que o direito de petição e certidão para obtenção de informações pelos usuários de serviços públicos com a finalidade do exercício do controle da função prestacional restringe-se às informações referentes à prestação do serviço e não à estruturação interna do concessionário, visto que estas últimas não se relacionam ao desempenho da fun-

¹⁶⁵ Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

...

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

ção pública assumida pelo concessionário, permanecendo subordinadas ao regime de Direito Privado¹⁶⁶.

Em suma, o controle social sempre deve visar a interação entre a população e o Estado ou empresa privada prestadora do serviço de forma articulada e propositiva visando a formulação de propostas, acompanhamento de eventuais obras que precederão a prestação do serviço e a própria gestão dos serviços por meio dos mecanismos legalmente instituídos para tanto¹⁶⁷.

4.3 O conceito clássico de desenvolvimento e o “desenvolvimento sustentável”

Um dos assuntos em evidência nacional e internacional é denominado “desenvolvimento sustentável”, freqüentemente associado às questões ambientais. Nem poderia ser diferente, pois o termo em análise surgiu em decorrência dos debates da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pelas Nações Unidas para discutir e propor meios de harmonizar dois objetivos: o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental. A partir das discussões entabuladas na referida Comissão, foi publicado o relatório "O Nosso Futuro Comum" (1987), conhecido como “Relatório Brundtland”¹⁶⁸.

Sob o ponto de vista semântico, a palavra desenvolvimento indubitavelmente nos remete à idéia de que ele deva ser sustentável, de modo que se torna uma redundância agregar ao “desenvolvimento” o adjetivo “sustentável”.

Para fundamentar o raciocínio lógico brevemente desenvolvido quanto ao pleonismo do termo “desenvolvimento sustentável”, sem adentrar, ainda, as questões de sua estrita utili-

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 452.

¹⁶⁷ Quando, entretanto, for suprimido o direito ao controle social dos serviços públicos, o cidadão deve recorrer ao Poder Judiciário para garantia desse direito. O controle judicial, segundo Fernando Herren Aguillar, pode ser dividido em dois grupos: referente ao controle da decisão de transferir o serviço de competência do Estado para a iniciativa privada (controle sobre a decisão de desestatizar o serviço público) e aquele referente ao acompanhamento e fiscalização do desempenho dos serviços públicos privados ou não (como no caso da não realização de uma audiência pública quando Lei prevê sua obrigatoriedade como condição prévia a realização de determinado ato administrativo) (**Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1.998. p. 255.

¹⁶⁸ BRUNDTJAND, G.H. *et alii*. **Nosso Futuro Comum: relatório da comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1988. Nesse relatório concluiu-se que desenvolvimento sustentável [e aquele que atente às necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.

zação no campo ambiental, faz-se necessária a apresentação do conceito clássico de desenvolvimento¹⁶⁹.

Bresser Pereira, no final da década de 60 conceituou o desenvolvimento como um processo de transformação econômica, política e social, através do qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático, autônomo e necessário, ou seja, *auto-sustentado*¹⁷⁰.

O mesmo Autor ressalta a interdependência entre economia, política e a sociedade para que o verdadeiro desenvolvimento ocorra:

Trata-se [o desenvolvimento] de um processo global, em que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofrem contínuas e profundas transformações. Não tem sentido falar-se em desenvolvimento apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social. Na verdade, não existe desenvolvimento desta natureza, parcelado, setorializado, a não ser para fins de exposição didática. Se o desenvolvimento econômico não trazer consigo modificações de caráter social e político; se o desenvolvimento social e político não fôr a um tempo o resultado e causa de transformações econômicas será porque de fato não tivemos desenvolvimento¹⁷¹.

Contemporaneamente, Fábio Nusdeo, a par de conferir uma explicação ao termo desenvolvimento, qualificou-o como *auto-sustentável*, na medida em que há que se manter um processo constante durante todo o itinerário a ser percorrido desde o estágio do subdesenvolvimento até atingir-se o desenvolvimento¹⁷².

Comparando as qualificações *auto sustentado* (Bresser Pereira) e *auto sustentável* (Fábio Nusdeo) conferidas ao termo desenvolvimento, nota-se que ambas convergem para o sentido de que o desenvolvimento só ocorre quando se consegue reunir, em um dado cenário, toda as condições econômicas, políticas e sociais que promovam condições de auto-sustentação ao andamento do Estado.

Neste sentido, impossível segmentar o conceito de desenvolvimento, visto que o seu conteúdo é global e indica uma relação de interdependência econômica, política, social e ambiental, de modo que o impulso isolado de apenas uma destas vertentes não é capaz de promover o desenvolvimento.

¹⁶⁹ A primeira edição do livro Desenvolvimento e Crise no Brasil, onde Bresser Pereira lança o conceito de desenvolvimento ora adotado remonta ao ano de 1968.

¹⁷⁰ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 21

¹⁷¹ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 15.

¹⁷² Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: **Regulação e Desenvolvimento**. SALOMÃO FILHO, Calixto (coord). São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.17.

Adotando o mesmo raciocínio de Bresser Pereira e Fábio Nusdeo quanto à definição de desenvolvimento, Carla Abrantkoski Rister o dimensiona em seu sentido objetivo e subjetivo. Objetivamente, o desenvolvimento é uma utopia, um ideal a ser atingido a partir dos princípios constitucionais a ele relacionado, para pautar a formulação das respectivas políticas públicas. Já em sentido subjetivo, dimensiona a relação entre os agentes responsáveis pelo desenvolvimento, quer nas relações internas ou externas¹⁷³.

A temática ainda comporta ponderações sobre a distinção entre crescimento e desenvolvimento. A diferenciação primordial entre os dois institutos reside em qualificar o desenvolvimento como um processo perene/estável, que por si só caminha, independentemente de fatores externos. Já o crescimento é caracterizado por ser segmentado (não abranger todas as áreas), pelo seu prazo determinado, como um surto, um ciclo, com a possibilidade, ao seu término, da volta ao estado anterior; ou seja, um processo descontínuo, que, justamente por isso, não leva ao desenvolvimento do país¹⁷⁴.

Há ainda a associação do desenvolvimento a uma ordem de mudanças qualitativa enquanto o crescimento traria apenas mudanças quantitativas¹⁷⁵. Assim, nem todo o crescimento conduzirá necessariamente ao desenvolvimento, posto que aquele não se auto-sustenta ao longo do tempo, dependendo sempre de fatores sazonais que podem ou não se configurar em um dado momento.

Retomando a associação hodiernamente realizada entre “desenvolvimento sustentável” e questões de ordem ambiental, nota-se que o assunto ganha especial relevo quando analisado na seara empresarial¹⁷⁶. Temáticas até então inexploradas como a função social da empresa¹⁷⁷, passam a ganhar destaque no cenário nacional a partir da necessidade de se repensar qual a parcela de responsabilidade social e ambiental da empresa privada em contrapartida aos lucros auferidos com base no trabalho humano e na exploração do meio ambiente (urbano ou rural).

Infelizmente, a par das empresas que realmente se preocupam em reinvestir parcela de seus lucros em projetos que visem promover não somente seu próprio crescimento, mas tam-

¹⁷³ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 83.

¹⁷⁴ NUSDEO, Fábio. Op. cit. p. 16-18.

¹⁷⁵ GRAU, Eros. **Elementos do Direito Econômico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981. p. 7-14.

¹⁷⁶ Neste sentido, o desenvolvimento sustentável da atividade empresarial vem sendo associado a ações de “responsabilidade social”, ou de “responsabilidade ambiental”, criação de uma “agenda 21”, demonstrativos contábeis que abrangem também um “balanço social”, como se tais medidas amenizassem uma parcela de culpa frente ao sistema capitalista que não é nada desenvolvido, porque não busca a integração do econômico, político e social.

¹⁷⁷ Sobre o assunto, consultar a obra de Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa: “Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica”, publicado pela Editora Lumen Juris (RJ), 2006.

bém contribuir para o desenvolvimento nacional, o mote da preservação ambiental e da responsabilidade social tem sido utilizado exclusivamente como estratégias de marketing.

Há, contudo, que se avaliar a utilização do termo “desenvolvimento sustentável” quando analisado por seu viés intergeracional. Maria Amélia Rodrigues da Silva Enriquez enfatiza que a efetivação do desenvolvimento sustentável requer um duplo compromisso: com as gerações presentes (intração) e com as futuras gerações (intergeração)¹⁷⁸.

A análise intergeracional do desenvolvimento sustentável atrela, então, o desenvolvimento econômico ao ambiental:

[...] a obviedade da necessidade de uma relação sustentável entre desenvolvimento industrial e meio ambiente é exatamente a mesa irreversibilidade da dependência da sociedade moderna dos seus avanços técnicos e industriais. Assim, qualquer política econômica deve zelar por um desenvolvimento da atividade econômica e de todo seu instrumental tecnológico ajustado com a conservação dos recursos naturais e com uma melhora efetiva da qualidade de vida da população.

...

A elaboração de políticas visando o desenvolvimento econômico sustentável, razoavelmente garantido das crises cíclicas, está devidamente relacionados à manutenção do fator natureza da produção (defesa do meio ambiente), na mesma razão da proteção do fator capital (ordem econômica fundada na livre iniciativa) e da manutenção do fator trabalho. A consideração conjunta desses três fatores garante a possibilidade de atingir os fins colimados pela ordem econômica constitucional: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁷⁹.

Sob este aspecto, o desenvolvimento sustentável deve estar voltado a determinar melhor os investimentos e políticas públicas, tendo por escopo o equilíbrio não fácil de alcançar entre a menor degradação ambiental possível para possibilitar um maior desenvolvimento¹⁸⁰.

Ressalvado esse viés intergeracional do termo “desenvolvimento sustentável”, repita-se, não há como se aceitar a visão reducionista acima conferida ao termo, tendo-se em vista que o verdadeiro desenvolvimento só pode se concretizar quando abrange o campo econômico, político, social e ambiental. Caso contrário será mero crescimento.

¹⁷⁸ Equidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos minerais: a alternativa dos Fundos de Mineração. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, Vol. 5: 61-73. Disponível em: http://www.redibec.org/IVO/rev5_05.pdf. Acesso em 20.08.2010.

¹⁷⁹ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 243-244.

¹⁸⁰ Para José Afonso da Silva, o desenvolvimento sustentável caracteriza-se pela compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Contudo, se o desenvolvimento não elimina “pobreza, não propicia nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável” (**Direito Ambiental Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25-27).

É insuperável, portanto, a interdependência das estruturas sociais com a economia e as inter-relações com o meio ambiente, aliando-se, ainda, a necessidade de participação social, política e cultural para dimensionar e alcançar o desenvolvimento, de modo que qualquer outra definição que não leve em conta a convergência de tais fatores será incompleta.

4.4 Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988

Desde seu preâmbulo, a Constituição de 1988 contempla a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o desenvolvimento. Ao longo do seu texto, o desenvolvimento é tratado em vários trechos, tais como: a) a garantia do desenvolvimento nacional é trazida como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); b) a elaboração e execução, pela União, de planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX); c) a garantia de percentuais de impostos arrecadados pela União para o financiamento de planos regionais de desenvolvimento (art. 159, I, c); d) a estruturação de um sistema financeiro nacional com vistas a promover o desenvolvimento equilibrado do País (art. 192); e) a garantia do desenvolvimento científico e tecnológico no âmbito do sistema único de saúde (art. 200, V); f) o desenvolvimento do ensino por meio de aplicação de percentuais mínimos da receita de impostos (art. 212); g) o desenvolvimento urbano municipal com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182).

No entanto, o significado do desenvolvimento na Constituição Federal de 1988 suplanta os trechos em que o termo é citado, principalmente a partir das considerações de Bresser Pereira anteriormente esposadas sobre a complexidade deste conceito que compreende três vertentes - política, econômica e social – sem as quais não pode ser atingido¹⁸¹. Alie-se, ainda, o fato de que o desenvolvimento também deve respeitar os limites do meio ambiente, para que este seja preservado para as presentes e futuras gerações.

¹⁸¹ Alie-se, ainda, para delimitar o conceito de desenvolvimento perseguido na CF, a diferenciação entre modernização e desenvolvimento de Bercovici. Para ele, desenvolvimento só ocorre quando há mudança nas estruturas sociais, não bastando apenas a implementação de políticas visando o desenvolvimento econômico, visto que esses dois aspectos são indissociáveis. Quando não há qualquer política de desenvolvimento social, não se está diante do processo de desenvolvimento, mas sim pelo processo de modernização, agravado, ainda, pela concentração de renda e aumento das desigualdades sociais que será gerado pelo fomento segmentado ao desenvolvimento econômico, sem a preocupação com o aspecto social. “Preocupações exclusivamente econômicas não analisam as condições ou conseqüências políticas, institucionais, sociais ou culturais do crescimento econômico”. (BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**, v. II. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 29).

Para fins meramente didáticos, a construção do conceito de desenvolvimento na Constituição Federal de 1988 será realizada a partir da soma dos elementos do desenvolvimento político, social, econômico e ambiental presentes nos mais diversos títulos e capítulos da Constituição, tendo como pressupostos o Estado Democrático no plano político, a garantia do exercício dos direitos sociais no plano social e o planejamento como elemento essencial para o desenvolvimento econômico, lembrando-se, por fim, a necessidade de harmonização de todos esses fatores com o meio ambiente, para o alcance do denominado “desenvolvimento sustentável”.

4.4.1 Desenvolvimento Político

A Constituição Federal de 1988 marca uma nova era na história política do Brasil a partir da consolidação de um Estado Democrático de Direito, até então inexistente. Direitos e garantias caras ao povo brasileiro como o exercício da cidadania, o pluralismo político e a soberania popular exercida pelo sufrágio universal (voto direto e secreto com valor igual para todos) são postulados que marcam um novo momento de desenvolvimento político nacional, não mais baseado na repressão e autoritarismo e sim na liberdade para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O Estado Democrático de Direito instituído por nossa Constituição assegurou que o poder deve ser exercido pelo povo através de representantes eleitos, consagrando dessa maneira, a participação de todos no processo político da Nação.

Reconheceu a Constituição, de igual forma, a necessidade de se preservar a heterogeneidade de nossa sociedade decorrente da existência de várias opiniões e idéias (pluralismo político), assegurando, para tanto, a liberdade de expressão, manifestação e opinião como direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

A livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos assegurada pela Constituição Federal, bem como a possibilidade das agremiações defenderem todas e quaisquer idéias, respeitados os postulados da soberania nacional, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana demonstram a plena aplicabilidade, ao menos em tese, do pluralismo político na Carta Constitucional brasileira.

Somente a partir de um Estado Democrático que assegure direitos e garantias políticas livres de quaisquer elementos externos que interfiram na autonomia da livre vontade de seus cidadãos é que se pode assentar o desenvolvimento.

4.4.2 Desenvolvimento Social

O verdadeiro desenvolvimento só ocorre quando há mudanças significativas nas estruturas sociais do país. Por tais razões, o desenvolvimento é sempre analisado a partir do Estado de bem estar social, quando se forma uma nova mentalidade voltada não somente a autonomia da vontade e a livre iniciativa, buscando solucionar os problemas sociais gerados a partir do processo de industrialização.

Os direitos sociais que levarão ao almejado desenvolvimento social de um país são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 elenca como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º e seguintes). Instituiu também uma ordem social que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 e seguintes), ligando-se intimamente com os fundamentos da República de cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º) e aos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

Ademais, os direitos sociais tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva e se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, por isso tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizar em longo prazo.

A efetividade dos direitos sociais se traduz, por vezes, em prestações positivas pelo próprio Estado, que demandam a instituição de mecanismos de financiamento. A manutenção e desenvolvimento do ensino e as ações e serviços públicos de saúde são exemplos de direitos sociais para os quais a Constituição reservou percentuais mínimos de aplicação de receitas resultantes de impostos, sob pena, inclusive, de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, bem como dos Estados nos Municípios.

Ressalta-se ainda o caráter de complementaridade entre direitos sociais constantes da Constituição, que foram instituídos com a finalidade de se garantir a preservação da *ordem social* baseada no *primado do trabalho* (daí o rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais) – tendo como objetivo o *bem-estar* (por meio da garantia de direitos sociais como a edu-

cação, a saúde, a alimentação a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados) e a *justiça social* (art. 196 da Constituição Federal de 1988).

4.4.3 Desenvolvimento Econômico

O desenvolvimento econômico, sem sombra de dúvidas, é o viés mais debatido e que melhor traduziu o “desenvolvimento” do Estado liberal. No entanto, com as transformações sofridas pelas estruturas econômicas decorrentes da implantação do Estado de bem estar social, a “ordem econômica” deve se compatibilizar aos novos moldes da “ordem social”. Nas explicações de Eros Grau:

A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do *Estado Democrático de Direito* que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como *Estado de Direito Social* - é certo - mas a consagração dos *princípios da participação* e da *soberania popular*, associada ao quanto se depreende da interpretação, no *contexto funcional*, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele¹⁸².

A ordem econômica compreende o conjunto das medidas, empreendidas pelo poder público tendente a organizar as relações econômicas. Indica, ainda, o modo de ser da economia brasileira. No entanto, como adverte Eros Grau¹⁸³, o operador do direito deve extrair o conteúdo normativo do artigo 170 da Constituição Federal, fazendo a leitura de que as relações econômicas deverão estar fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a existência digna, visto que a ordem econômica na Constituição de 1988 postula um modelo de *bem estar*.

A Constituição Federal de 1988 reservou um título específico para a “Ordem Econômica e Financeira”, fundamentando-a em dois postulados principais anteriormente mencionados: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (CF, art. 170 e seguintes).

A primeira vista, pode parecer incompatíveis a valorização do trabalho e a livre iniciativa, principalmente sob a ótica do Estado liberal. Entretanto, o papel do Estado de bem estar

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312.

¹⁸³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58-67.

social é justamente o de propiciar as condições necessárias para que o desenvolvimento econômico não se torne um obstáculo ao desenvolvimento social. Esse jogo entre valores aparentemente antagônicos persiste no decorrer dos incisos do art. 170 (princípios da ordem econômica): propriedade privada x função social da propriedade; livre concorrência x defesa do consumidor, dentre outros.

O papel do Estado, neste ínterim, é promover o desenvolvimento por meio do planejamento, harmonizando forças e interesses dissonantes entre si, visando a transformação ou consolidação de determinada estrutura econômico-social, mediante a instauração de um processo de negociações e decisões políticas entre os vários membros da Federação e com os setores sociais. Planejamento, portanto, não é mero instrumento técnico dissociado do debate com a realidade que o envolve, mas sim um documento comprometido com objetivos políticos e ideológicos¹⁸⁴.

O art. 174 *caput* da Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, atribui ao Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, a função de planejamento, que é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Por sua vez, o § 1º do mesmo artigo, ao mencionar novamente o planejamento, refere-se ao planejamento do desenvolvimento nacional e não simplesmente ao planejamento da economia ou ao planejamento da atividade econômica¹⁸⁵.

Mesmo inserido dentro do título da ordem econômica e financeira, o planejamento é voltado ao desenvolvimento nacional, o que corrobora a tese ora defendida de que o desenvolvimento não pode ser analisado e perseguido de maneira dissociada de elementos que promovam o desenvolvimento social e político, senão não passará de mero crescimento cíclico.

Por isso a Constituição tratou do planejamento em outras passagens além do Título “Da Ordem Econômica e Financeira”, destacando a importância da instituição de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX), que devem se compatibilizar com o plano plurianual e serem apreciados pelo Congresso Nacional (art. 165, § 4º), dentre outras passagens no Texto.

O desenvolvimento econômico dentro da ordem econômica constitucional de 1988 não nega o capitalismo como sendo sua base, temperando-o, contudo, com princípios ínsitos ao

¹⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70-71.

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.998**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 308.

Estado Democrático de Direito como a participação e a soberania popular, o que lhe assegura a busca pelo bem-estar.

4.4.4 Meio ambiente e desenvolvimento

A Constituição Federal externa no art. 225 a preocupação com o desenvolvimento em seu viés intergeracional¹⁸⁶ na medida em que determina que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput).

Nessa conjuntura, o art. 225 da Constituição Federal deve ainda ser aliado ao disposto no art. 170, VI, da Constituição, posto que a ordem econômica brasileira também se subordina ao princípio da defesa do meio ambiente, permitindo, inclusive, a concessão à empresas “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (CF, art. 170, VI).

Neste sentido, o desenvolvimento sustentável, conforme antes aventado, visa conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a proteção ao meio ambiente, almejando a proteção não somente para presentes quanto para as futuras gerações, tendo-se como parâmetro a utilização de recursos naturais não renováveis¹⁸⁷.

Edis Milaré ressalta que, para compatibilizar o meio ambiente e desenvolvimento, há que se inserir os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, “atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político e econômico e ecológico, dentre de uma dimensão tempo/espço”¹⁸⁸.

Note-se que o Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica é responsável pela função de planejamento, o qual é vinculante para o setor público. Cabe, portanto, ao Estado o dever de contemplar eventuais problemas ambientais dentro do processo contínuo de planejamento, a fim de que sua atividade normativa e reguladora absorva regras e condutas tendentes a disciplinar os limites e deveres do setor público e privado em relação ao

¹⁸⁶ Conforme definição já realizada no item 4.3.

¹⁸⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

¹⁸⁸ MILARÉ, Edis. **Direito ao Ambiente**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.51.

exercício de atividade econômica em sentido lato, sem produção de prejuízo do meio ambiente.

Resta claro, assim, que todo o processo desenvolvimento deve ser planejado, a fim de que as restrições ambientais não se constituam entrave ao desenvolvimento, mas, pelo contrário, se compatibilizem com os aspectos econômicos, sociais e políticos, a fim de que todas essas facetas convirjam para um único ponto comum: o verdadeiro desenvolvimento.

Conclui-se que não há como o Estado realizar qualquer tipo de planejamento da atividade econômica sem levar em consideração as variantes de ordem ambiental. Isto porque, a atividade das pequenas até as grandes empresas privadas ou públicas devem se nortear pela legislação vigente, o que inclui a observância de normas de ordem trabalhista, restrições de ordem comercial, concorrencial e também ambiental. Nesse passo, cabe ao Estado conseguir integrar seus diversos setores burocráticos a fim de garantir uma efetiva regulação e fiscalização da atividade econômica, para que, ao lado do exercício do controle social assegurado pela Constituição, consiga se efetivar não somente os princípios da ordem econômica, mas também social e ambiental.

4.4.5 Enfim, a construção do conceito de desenvolvimento

A Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas conferiu a seguinte conotação ao desenvolvimento:

O desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes¹⁸⁹.

Sem a pretensão de se consolidar um possível conceito de desenvolvimento na Constituição Federal de 1988, é possível se extrair dos excertos citados que o Texto Constitucional contempla e harmoniza os elementos e princípios necessários ao desenvolvimento tal como visto pela ONU: o *Estado Democrático de Direito*, que garanta o exercício da cidadania, do pluralismo político e da soberania popular; a existência e garantia de efetivação de *Direitos Sociais*; de uma *Ordem Econômica* fundada na valorização do trabalho humano e na livre

¹⁸⁹ Resolução 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 04 de dezembro de 1986.

iniciativa, aliando-se, ainda, o dever constitucional de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A partir desses quatro elementos interpretados harmonicamente (e não de maneira segmentada), baseiam-se os pilares do desenvolvimento do Estado.

4.5 Controle social dos serviços públicos como mecanismo indutor do desenvolvimento

Os atores da ordem econômica brasileira – Estado e agentes privados – quando atuam na prestação do serviço público que indubitavelmente promovem o desenvolvimento posto que garantem a satisfação de certas necessidades coletivas.

Já se assinalou também que a tutela da ordem econômica constitucional tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, num nítido embate entre o desenvolvimento social e econômico, trazendo como um de seus princípios, a defesa do meio ambiente.

Desta maneira, partindo-se do raciocínio que vem sendo desenvolvido no sentido de que o desenvolvimento é um conceito que envolve questões de ordem política, social, econômica e ambiental, o controle social dos serviços públicos deve servir ao desenvolvimento na medida em que também possui, inegavelmente, frentes de atuação nesses quatro aspectos.

No que tange ao aspecto político, o controle social dos serviços públicos alcança a dimensão da cidadania como mecanismo indutor do desenvolvimento. Não somente a noção de cidadania restrita ao gozo de direitos políticos, atrelada às questões político-partidária atrelada e ao voto, mas aquela ligada aos anseios de defesa de direitos, de fiscalização, de parte em uma relação de usuário de serviços públicos (na maioria das vezes, onerosos).

No tocante ao aspecto social, o controle social dos serviços públicos alcança a dimensão de seus usuários, sem discriminações. Partindo-se do pressuposto que o desenvolvimento só é pleno quando opera alterações nas estruturas sociais do país, nada melhor para promover o desenvolvimento social do que colocar à disposição da população, de forma igualitária, serviços públicos, de modo a tornarem-se universais e acessíveis de maneira indistinta.

O controle social dos serviços públicos deve atuar, neste aspecto, principalmente na fase de planejamento, de modo que se contemple nos planejamentos governamentais, o maior atendimento possível da população, garantindo-se o mínimo de condições relativas a sobrevivência do ser humano com dignidade, tais como a saúde, a educação e saneamento básico que são imprescindíveis a todos.

No aspecto econômico, o controle social dos serviços públicos visa garantir que a contraprestação pecuniária ao Estado ou ao terceiro delegatário seja compatível com os serviços prestados, bem como sejam observadas todos os deveres legais e contratuais na prestação do serviço, de modo que o direito dos usuários e do Estado não seja violado.

Quanto à vertente ambiental, a Constituição Federal deixa claro o dever do poder público e da coletividade na sua defesa e preservação.

Logo, o controle social de serviços públicos exercido na fase de planejamento, regulação e prestação induz ao desenvolvimento do Estado, a partir da constatação de que a Constituição outorga ao cidadão direitos e deveres inerentes ao exercício da cidadania, da participação na administração pública, da participação política e da responsabilidade na defesa e preservação do meio ambiente.

A legislação brasileira confere, ainda, instrumentos legais para o exercício desse controle social em diversos âmbitos e instâncias da sociedade, garantindo ao cidadão a possibilidade de contribuir para o desenvolvimento, na medida em que atua na defesa de direitos e interesses individuais ou coletivos em prol da melhoria da prestação de serviços públicos.

Havendo a prestação de serviços públicos adequados, garante-se a consecução do desenvolvimento: do desenvolvimento econômico, posto que o Estado ou quem lhe faça às vezes obterá remuneração justa pela prestação dos serviços; do desenvolvimento social, na medida em que toda a população poderá beneficiar-se de serviços públicos que garantirão a padronização dos níveis mínimos da dignidade da pessoa humana, participando por meio do controle social, inclusive atento as questões ambientais decorrentes da prestação do serviço.

Por fim, se a população for capaz de exercer esse controle social de serviços públicos para além da mera escolha de seus representantes políticos, ter-se-á, também, perfectibilizado o desenvolvimento político, e por conseqüência, ter-se-á alcançado o conceito de desenvolvimento aqui preconizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual configuração constitucional do Estado brasileiro não se coaduna com a figura de um “super Estado” marcado pela forte intervenção na ordem econômica, que assume para si a prestação exclusiva de serviços públicos, possui monopólios diversos e restringe a atuação dos agentes privados na atividade econômica.

Pelo contrário, as emendas constitucionais, em especial, a reforma administrativa realizada pela emenda 19/98, comprovam que cada vez mais deve se perseguir a eficiência administrativa, nem sempre alcançada sozinha pelo Estado. Para atingir tais objetivos, cada vez mais se apregoa a descentralização administrativa (CF, art. 37, XIX), a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da administração direta e indireta por meio da assinatura de contratos de gestão (CF, art. 37, § 8º), dentre outras medidas tendentes a imprimir ao Estado características menos burocráticas.

Especificamente em relação à ordem econômica, a Constituição e as reformas que a seguiram delinearão e re-delinearão o papel do Estado na ordem econômica, citando-se como exemplo a emenda 09/1.995 que “flexibilizou” o monopólio do petróleo, posto que permitiu que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Por sua vez, a Constituição se mantém incólume quanto ao papel de agente normativo e regulador da atividade econômica a ser exercido pelo Estado, nas suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Nesse sentido, qualquer atividade econômica exercida pela administração direta ou indireta e pelos agentes privados sempre terá como parâmetro as normas e regulamentos emitidos pelo Estado, ao qual ainda caberá dosar a justa medida de concessão de incentivos à atividade econômica, a realização de seu planejamento e fiscalização.

Muito embora o art. 174 da Constituição Federal acima explicitado coloque o Estado como agente da normatização e regulação da atividade econômica, é da essência do próprio Estado Democrático de Direito que ele seja governado nas esferas federal, estadual e municipal por representantes eleitos pelos cidadãos, para que exerçam o poder como seus representantes. Desta forma, a totalidade dos cidadãos é (ou deveria ser) representada por meio da democracia representativa.

Constata-se, contudo, que para além da representatividade do cidadão concentrada nas mãos dos detentores de mandatos eletivos, o cidadão também pode participar das ativida-

des de planejamento e fiscalização da atividade econômica, no que se incluem os serviços públicos.

Aliás, mais forte do que o *poder* do cidadão participar de atividades de planejamento, regulação e prestação de serviços públicos, é o *dever* da administração pública em dar publicidade de seus atos de planejamento e regulação, dando ciência à população de que é garantida a possibilidade de opinar, ser consultada, ser informada e até decidir questões que lhe são postas sobre os serviços públicos, compartilhando responsabilidades com o Estado.

A participação efetiva do cidadão no dia a dia da administração pública engrandece a democracia, não apenas num discurso demagógico, mas em aspectos práticos e palpáveis: quanto maior for o conhecimento do cidadão em relação aos atos praticados pela administração pública ou por quem lhe faça as vezes, menor será o grau de discricionariedade e arbitrariedade administrativa de seu gestor. O cidadão pode e deve exigir a motivação dos atos praticados, que, em última análise, deve sempre visar à consecução do bem comum, especialmente quando se trata de serviços públicos.

A legislação vigente é farta em garantir ao cidadão instrumentos hábeis ao controle social de serviços públicos. Tão nítida é a preocupação do legislador com esse aspecto que leis recentes incluem conceitos operacionais de “controle social” no seu bojo, com a intenção de se reafirmar o direito a um “conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos” (art. 3º, IV, da Lei 11.445/2.007).

Mas a reflexão deve ir além, pois a simples previsão legal de mecanismos de participação e controle social de serviços públicos não garante seja efetiva a participação do cidadão no seu planejamento, regulação e fiscalização. Isto porque, por vezes, essa participação e controle será meramente formal, resumindo-se a meia dúzia de assinaturas que comprovam a realização de uma audiência pública que se constitui requisito para aprovação de determinado projeto de lei, por exemplo. Ou ainda, a administração pode querer dificultar o direito de informação, participação e controle da sociedade sobre os serviços públicos, por meio da utilização de uma linguagem demasiadamente técnica, inacessível ao entendimento de pessoas não especializadas em determinadas áreas de conhecimento.

Sem dúvida alguma, essas situações configuram-se mecanismos camuflados pela administração para cercear o direito ao controle social e devem ser reprovados no contexto do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, diversa é a situação do cidadão ou da sociedade inerte, que não assume seus direitos e deveres quando são efetivamente chamados a participar e controlar os serviços públicos. É preciso combater a apatia política que assola a população, por meio de ações de fomento à cultura participativa. Se, por vezes, a reclamação, o descontentamento individual não é suficiente para provocar mudanças, é preciso que o cidadão busque os espaços de representatividade em órgãos coletivos, tais como os conselhos de saúde, educação; é preciso que represente as irregularidades junto ao Ministério Público, envie denúncias aos Tribunais de Contas nas respectivas áreas de atuação.

Certamente, a maior atuação dos cidadãos e da sociedade, consciente de seus direitos e deveres decorrentes do controle social de serviços públicos pode induzir ao desenvolvimento do Estado, posto que o controle da sociedade sobre tais atividades potencializa o desenvolvimento econômico, na medida em que os entes públicos ou privados serão acompanhados no desempenho de suas atribuições; pode ainda contribuir para o desenvolvimento social pela cobrança de que a prestação do serviço ocorra sob a égide dos princípios da universalidade e adequação; é prova viva do desenvolvimento político da sociedade, que assume direitos e deveres previstos na Constituição e legislação infraconstitucional, e ainda pode agir em prol do desenvolvimento sustentável, com vistas ao cumprimento do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A atuação do cidadão no controle dos serviços públicos, em suma, é fator determinante para o aprimoramento da gestão pública, com ênfase na eficiência e transparência administrativa, com a finalidade de que a prestação dos serviços públicos, cuja titularidade pertence ao Estado, mas a execução pode ser delegada aos particulares, traga impactos positivos ao exercício da atividade econômica, contribuindo para o desenvolvimento do Estado, considerando seus reflexos de caráter econômico, político, social e ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ANANIAS, Patrus. Orçamento Participativo: Por que o implantamos em Belo Horizonte. *In: Orçamento participativo. Construindo a democracia*. AZEVEDO, Sérgio de e FERNANDES, Rodrigo Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. *In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord). Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 11-46.

BARROSO, Luís Roberto. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, maio/junho/julho de 2008. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 01.01.2010.

BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. *In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. II. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 19-39.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Concessão de serviços públicos: Comentários à Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei 9.074, de 7 de julho de 1995 com as inovações da Lei 9.427 de 27 de dezembro de 96 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. *In: O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRUNDTJAND, G.H. *et alii*. **Nosso Futuro Comum: relatório da comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Gestão democrática da cidade. In, DALARRI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASTELLS Manuel. **A Necessidade de Representação**. In Folha de S. Paulo, 27 de janeiro de 2002, caderno Mais, p. 12-13.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte , v.5, n.20 , p.132-151, out/dez 2007.

CLARK, Giovani. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 63-85, abr/jun 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ENRIQUEZ, Maria Amélia Rodrigues da Silva. Equidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos minerais: a alternativa dos Fundos de Mineração. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, Vol. 5: 61-73. Disponível em: http://www.redibec.org/IVO/rev5_05.pdf. Acesso em 20.08.2010.

FARACO, Alexandre. **Regulação e direito concorrencial**. São Paulo: Paulista, 2003.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano e FRANCA, Nevita Matia Pessoa de Aquino. A força normativa das diretrizes do conselho nacional de saúde sobre a EC 29/00. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 205-215, abr/jun.2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Elementos do Direito Econômico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Concessões de Serviços Públicos. Comentários à Lei 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 17.12.2010.

MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. In: **Curso de Direito Administrativo Econômico**. v. II. Organizadores: José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40-127.

_____. Regulação econômica e suas modulações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 28. p. 27-42. out/dez 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://direitodoestado.com.br/reade.asp>. acesso em 01.10.2010.

_____. **Serviço público: conceito e características**. Disponível em: www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/5.pdf. Acesso em 31.10.2010.

MILARÉ, Edis. **Direito ao Ambiente**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmana. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01.10.2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica no capitalismo**. 3 ed., Coimbra: Centelha, 1975.

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

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**. Disponível em: www.advcom.com.br/.../as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2010.

PADROS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Arão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Orgs). **O século XX: o tempo das crises**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SERAFIM, Lizandra. **CONTROLE SOCIAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: ENTRE PROJETOS POLÍTICOS E MODELO INSTITUCIONAL A ANEEL nos Governos FHC e Lula (1995 - 2005)**. Campinas, 2007. 209 fls. Dissertação (mestrado em ciência política). Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. Função Regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fevereiro/março/abril de 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01.10.2010.

TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 209-212, out/dez 2005.

_____. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 242, p. 133-138, out.2005.

TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. *In*: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 173-218.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2004.