

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ

A REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO
ATRAVÉS DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS

JOÃO PESSOA
2009

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ

A REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO
ATRAVÉS DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Econômico.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Ana Luísa Celino Coutinho.

JOÃO PESSOA
2009

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ

A REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO
ATRAVÉS DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Econômico.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Ana Luísa Celino Coutinho.

Aprovado em ___ / ___ / 2009

BANCA EXAMINADORA:

Prof^ª. Dr^ª. Ana Luísa Celino Coutinho
(Orientadora)

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus pais, pelo apoio e pela confiança que sempre depositaram em meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, não poderia deixar de começar meus agradecimentos senão ao Deus todo poderoso, que soprou em meu corpo o ar da vida e que tem sido a fonte de minha fortaleza e refúgio, ao longo de toda minha existência;

Em seguida, aos meus amados pais, Francisco Oliveira de Queiroz e Lusinete Nogueira de Queiroz, pelo esforço, pela perseverança, pelo apoio e pela fidúcia que sempre empreenderam em meus passos;

À minha adorável esposa, Natécia Oliveira Viana de Queiroz, pela dedicação, afeto e amor que tem a mim concedido sempre em demasia, além de ter me presenteado com o imensurável privilégio de ser pai;

Aos meus queridos sogros, Joaquim Manoel Viana e Noemi de Oliveira Viana, e cunhados, Anderson de Oliveira Viana e Narladiene de Oliveira Viana, pela harmonia e pelo carinho com o qual permitiram o meu ingresso em suas vidas;

Aos meus preciosos amigos, em especial a Márcio Flávio Lins Souto, o “poeta”, pelo suporte que me foi oferecido ao longo da consecução deste projeto, e aos apreçados companheiros de estudos, Hugo da Silva Farias, Marcelo Farias de Paiva Filho e Renata França de Oliveira, pelas inúmeras horas de estudos compartilhados com suas presenças;

Aos meus estimados colegas de magistério, em especial a Petrônio Bismarck, a Márcia Botelho, a Juliana Guedes e a Félix Carvalho, pelo convívio diário no extraordinário laboratório do saber;

Aos meus valiosos alunos e ex-alunos, em especial Maysa Amanda, Keila Lacerda e João Batista (“Bal”), pelo compartilhamento das lições da ciência do Direito e, acima de tudo, da ciência da vida;

Por fim, um agradecimento especial à minha atenciosa Professora Orientadora, Dra. Ana Luísa Celino Coutinho, pelo acompanhamento e pela dedicação inigualável, sendo esmerada na correção dos meus capítulos e exigente nos momentos necessários.

SUMÁRIO

1	Introdução	11
2	O Estado contemporâneo regulador e a teoria da regulação econômica	15
2.1	Os novos caminhos do Estado	17
2.1.1	O Estado liberal	19
2.1.2	O Estado social	21
2.1.3	O Estado regulador	29
2.2	A regulação econômica	31
2.2.1	Escola do interesse público.....	35
2.2.2	Escola econômica ou neoclássica	37
2.2.3	Escola austríaca da difusão do conhecimento econômico	39
2.3	A regulação através de consórcios públicos	43
3	Teoria Geral dos Serviços Públicos.....	47
3.1	O serviço público à luz da jurisprudência francesa	49
3.1.1	O acórdão <i>Blanco</i>	51
3.1.2	O acórdão <i>Terrier</i>	52
3.2	O serviço público à luz da doutrina francesa.....	54
3.2.1	A concepção de Leon Duguit	54
3.2.2	A concepção de Maurice Hauriou	60
3.2.3	A concepção de Gaston Jèze	62
3.3	As leis de “Rolland”	64
3.4	A influência da Comunidade Européia.....	65
4	Os serviços públicos e as atividades econômicas na Constituição de 1988	69
4.1	Análise da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas.....	69
4.2	Saneamento básico: serviço público ou atividade econômica?	81
5	Regulação dos serviços de saneamento básico: competências constitucionais e federalismo brasileiro	86
5.1	O federalismo	87
5.2	Características do federalismo.....	89
5.2.1	Descentralização política.....	91
5.2.2	União de Estados autônomos.....	92
5.2.3	Participação na vontade nacional	94
5.2.4	Ausência do direito de secessão	95
5.2.5	Subsidiariedade.....	95
5.2.6	Repartição das competências constitucionais.....	97
5.3	Competência	99
5.4	Competência em relação ao saneamento básico.....	104
6	Os consórcios públicos intermunicipais e a regulação dos serviços de saneamento básico.....	111
6.1	O marco regulatório na Lei de Diretrizes de Saneamento Básico	111
6.2	Os consórcios públicos	116
6.2.1	A questão da nomenclatura.....	118
6.2.2	A questão da formação	120
6.2.3	A questão da personalidade jurídica	121

6.3 A constituição dos consórcios	123
6.4 Contrato de rateio e contrato de programa	126
6.5 A regulação econômica por consórcios públicos	128
7 Considerações finais	134
Referências	137

“O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade.”

Hans Kelsen

RESUMO

A atuação do Estado no domínio econômico vem se intensificando cada vez mais nos novos tempos, especialmente com o impulso ocasionado pelo advento do chamado Estado regulador. Essa intervenção exigiu uma nova visão do Direito Público (mormente nos setores atinentes aos serviços públicos) e uma readaptação da estrutura da Administração Pública, a fim de amoldar-se melhor o Poder Público a este novel fenômeno regulatório. É neste contexto que surgem as agências reguladoras, as Parcerias Público-Privadas, e, principalmente, os consórcios públicos. Todavia, no que tange a estes últimos, algumas questões de índole constitucional precisam ser devidamente analisadas, a fim de garantir uma lícita atuação destas entidades (como o sistema de repartição de competências traçadas pela Lei Maior, tomando-se em conta a nossa estrutura federativa tripartite). Esta necessidade aumenta quando se depara com setores de competência comum dos três entes, como sucede em relação ao saneamento básico, cuja legislação específica (Lei n. 11.445/07) abre, expressamente, a possibilidade na utilização de consórcios públicos para o exercício da regulação econômica do setor. Tais aspectos, atrelados à regulação dos serviços de saneamento básico por consórcios intermunicipais, bem como as respectivas repercussões constitucionais, consistem, pois, no objeto de estudo desta pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação econômica. Serviço público. Saneamento básico. Consórcios Públicos.

ABSTRACT

The State's acts in the economic field have been increasingly intensified in modern times, especially with the momentum caused by the advent of the Regulatory State. This intervention requires a new view over the Public law science (particularly in sectors related to the public services) and a refit of the Administration's structure, intending to fit in a better way the Public services into this new regulation phenomenon. In this context, many administrative organs are created, as the regulatory agencies, the public-private partnerships, and especially public associations. However, in these last ones, some constitutional questions must be properly examined to ensure a legal performance of its function (as the constitutional competitions divided system in our federal structure). This needing increases when faced with the three federal unit interests common areas, as we can see in the public sanitation, which its regulative legislation permits the use of public association for its development. These aspects, coupled with regulate services, and their constitutional repercussions, are therefore the object of study in this research.

KEY-WORDS: Economic regulation. Public Service. Public Sanitations. Public Associations.

Introdução

A inserção dos consórcios públicos no ordenamento jurídico pátrio constitui, de fato, um avanço no curso do fenômeno da mutação da Administração Pública brasileira, visto que, através de tais entidades, faz-se possível a concretização de determinados serviços que alguns entes federativos, especialmente os de nível municipal, não poderiam, isoladamente, desenvolver de maneira satisfatória.

Contudo, a adoção do modelo no Brasil, adaptado de outros países, como a França e a Itália, por exemplo, deve ser visualizada de forma sistemática, conforme os ditames constitucionais pertinentes à competência de cada ente federativo. Com efeito, tal análise se faz necessária no intuito de se evitar que determinadas entidades consorciadas fiquem por intervir em atribuições administrativas pertencentes a outros entes da Federação.

Em se tratando de regulação econômica dos serviços de saneamento básico, o qual a Constituição Federal estabelece ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, vislumbra-se que a formação de consórcios intermunicipais, mormente em zonas metropolitanas (cujo interesse não é apenas local, mas regional, afetando, assim, a administração de todo o Estado), pode se subsumir em atribuições concernentes a outras entidades federativas, a depender da dimensão e complexidade que determinada região metropolitana possa abranger (regional ou nacional).

Desse modo, o presente estudo tem como finalidade realizar uma análise acerca da viabilidade da formação de tais consórcios, para fins de regulação dos serviços de saneamento básico relacionados na Lei federal nº 11.445/07 (que estabelece a Política Nacional do Saneamento Básico), partindo-se da evolução histórica pela qual atravessou a figura do Estado e sua estrutura administrativa, desde o período do liberalismo econômico até a atual concepção de Estado regulador.

A abordagem do tema em referência reveste-se de essencial relevância, vez que permite elucidar questões que, no futuro, possam surgir, sem que se tenha um posicionamento doutrinário ou jurisprudencial adequado para evidenciar a solução. A tais ponderações, acrescenta-se o fato de o presente estudo poder vir a contribuir para a

fomentação de diversos consórcios públicos entre entes municipais, para fins de gestão associada dos serviços de regulação das atividades de saneamento básico, visto que, através dele, poder-se-á vislumbrar a viabilidade da adoção de tal sistema, respaldado em critérios jurídicos e científicos.

A problemática trazida à baila no trabalho vertente consiste em esclarecer as principais indagações que permeiam a formação e o desígnio dos consórcios públicos dentro do novo Direito Administrativo Econômico, apresentando, como questionamentos, a possibilidade do exercício do poder de polícia por tais consórcios, mesmo que estes adotem a forma de pessoa jurídica de direito privado, o atendimento do sistema constitucional de divisão de competências pela sistematização dos consórcios públicos, a criação no ordenamento jurídico brasileiro de um novo ente federativo pela Constituição, e, finalmente, a possibilidade de os consórcios públicos intermunicipais atuarem como “agências reguladoras regionais”, tal como preceitua a Política Nacional de Saneamento Básico, trazida pela Lei nº 11.445/07, inclusive com atribuições normativas e punitivas.

Neste aspecto, o estudo traz, como objetivos gerais, a avaliação da viabilidade da instituição de consórcios públicos intermunicipais para fins de regulação econômica dentro da Polícia Nacional de Saneamento Básico, descrevendo o âmbito de atuação de tais entidades, ao lado dos demais entes federativos, sugerindo, com base na doutrina pátria e alienígena, a solução para eventuais controvérsias, especialmente quanto aos serviços prestados em regiões metropolitanas.

Como objetivos específicos, procura descrever os aspectos axiológicos que norteiam a teoria da regulação econômica pelo Estado, bem como realizar o enquadramento dos serviços de saneamento básico como serviços públicos ou como atividade econômica, partindo de uma análise evolutiva da concepção de serviços públicos desde a sua origem, no direito francês. Visa, ainda, descrever os serviços e as funções públicas inseridos no rol de atribuições dos consórcios públicos, com ênfase no poder de polícia e na regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico, sob o prisma do sistema de repartição de competências administrativas estabelecidas pela Constituição Federal.

Para a concretização de tais propostas, a dissertação conterà, para fins de conferir um maior grau de cientificidade à pesquisa, como procedimentos metodológicos, o método de abordagem hipotético-dedutivo, vez que se inicia pela percepção de uma lacuna nos

conhecimentos acerca das hipóteses oferecidas e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência dos fenômenos nelas abrangidos.

Quanto ao método de procedimento, fez-se o uso do método histórico e comparativo, visto que, além da abordagem evolutiva da questão concernente ao Estado regulador e a reestruturação da Administração Pública (mormente através da gestão associada), buscar-se-á priorizar uma interpretação sistemática dos consórcios públicos, pautados no arcabouço legal que atualmente os representa, e relacionando-os com as experiências vivenciadas em outros países, bem como sua utilidade na implementação de serviços relacionados à regulação de saneamento básico em áreas intermunicipais.

A técnica de pesquisa seguida consistiu na documentação indireta, pois o estudo foi respaldado, em boa parte, na interpretação de textos. Ao longo da pesquisa, foram utilizadas fontes das mais variadas: livros, artigos e periódicos. Como tipos de instrumentos adotados, foram utilizados fichamentos de obras analíticas e remissivas, sobre informações relacionadas com os consórcios públicos nas suas mais variadas facetas. Concernente à análise de dados, utilizou-se a leitura formativa, consubstanciada numa análise interpretativa voltada para formação e condensação de elementos na busca do aprofundamento do objeto de estudo.

No que tange à descrição dos capítulos, o trabalho foi constituído da seguinte maneira:

No capítulo primeiro, analisa-se a evolução do Estado e de sua relação com a ordem econômica, partindo-se de sua concepção liberal até o contexto atual de Estado regulador. Igualmente, faz-se um esboço acerca da teoria da regulação econômica, bem como a reestruturação pela qual passou o Estado para adaptar-se ao novo modelo, com especial fôco para a possibilidade de criação de consórcios públicos para fins de exercer a atividade regulatória estatal.

No capítulo segundo, traça-se um estudo evolutivo acerca das diversas concepções de serviço público, desde o seu surgimento no direito administrativo francês até a sua ideologia no contexto da globalização econômica atual.

Em seguida, no terceiro capítulo, estuda-se a dicotomia entre serviço público e as atividades econômicas, especialmente no contexto da Constituição econômica brasileira de

1988, a fim de promover o enquadramento dos serviços de saneamento básico como efetivamente pertencente ao campo dos serviços públicos.

No quarto capítulo, faz-se uma abordagem acerca da divisão federativa do Brasil, analisando o sistema constitucional de repartição de competências, estabelecendo-se, ao final, um parâmetro jurídico para o marco regulatório dos serviços de saneamento básico, mormente após a edição da Lei n. 11.445/07.

Finalmente, no quinto e último capítulo, traça-se uma análise acerca da criação e formação dos consórcios públicos, bem como suas características, dentre as quais se destaca, como conclusão do objeto da pesquisa, a possibilidade de entes federativos municipais se consorciarem para fins de promover um marco regulatório atinente aos serviços de saneamento básico, dentro da realidade federativa brasileira.

2 O Estado contemporâneo Regulador e a Teoria da Regulação Econômica

Com o surgimento do Estado de Direito, impulsionado pelos movimentos constitucionalistas do século XVIII¹, a atuação do Poder Público passa a ser disciplinada por meio de normas jurídicas emanadas pelo próprio Estado. Assim, a ação dos órgãos responsáveis pelo gerenciamento do interesse coletivo pressupunha, de maneira inexorável, a submissão à ordem jurídica proveniente do Estado, numa espécie de sujeição à vontade popular consubstanciada na lei.

Neste prisma, o respeito ao ordenamento jurídico dependia da edificação de um sistema que assegurasse a divisão do exercício do poder político em diferentes órgãos funcionais, cada qual dotado de atribuições específicas e preponderantes². Instaurou-se, a partir daí, a idéia de tripartição das funções estatais, fundamentada na base ideológica consolidada pelo barão de Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*, datada de 1748.

Tais funções passam a ser gerenciadas pela Administração Pública, entidade estruturalmente formada por meio de seus mais variados órgãos, cujo encargo principal consiste na promoção dos interesses da sociedade.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, com a inauguração da subordinação estatal à ordem normativa, ganhou destaque nas cátedras jurídicas um ramo autônomo da ciência do Direito, responsável pelo estudo das normas e princípios que regem as relações entre os indivíduos e os agentes da Administração Pública, bem como as funções administrativas e os órgãos que as exercem.

Desse modo, o interesse público, resguardado pela atuação do Estado, tende, pois, a ser o objetivo maior a ser buscado pelos corolários do Direito Administrativo, subsumidos nos preceitos valorativos, também considerados pela doutrina como as “pedras de toque”,

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 06.

² REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: regime jurídico das OSCIP's*. São Paulo: Método, 2006. p. 19.

da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público³.

As diferentes formas pelas quais se valeu o Estado para atender os objetivos que lhe eram atinentes tenderam, como conseqüência, a alterar o modelo estrutural no qual se alicerçava, no curso de sua evolução, a composição da Administração Pública, repercutindo, evidentemente, efeitos dentro do campo do Direito Administrativo.

Pertinente, nesse cenário, asseverar o pensamento de Odete Medauar⁴, segundo quem, pelo fato de a disciplina jurídica da Administração pública centralizar-se no direito administrativo, bem como o fato de a Administração integrar a organização estatal, restaria evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito.

A Administração Pública, hoje, vivencia uma considerável mudança de paradigmas em sua estrutura orgânica, funcional e, especialmente, formal. Essa mudança consubstancia-se na permanente alteração de conceitos e postulados preconizados pelo Direito Administrativo moderno, mormente no que tange aos preceitos referentes à prestação, pelos particulares, de determinados serviços públicos, cuja execução era outrora reservada, com exclusividade, ao Estado.

Atualmente, ao Poder Público é incumbida a tarefa de fiscalizar e disciplinar a atuação dos entes privados na prestação dos serviços acima referidos, seja por meio da Administração direta (mediante ação de secretarias ou ministérios), seja por meio da Administração indireta (especialmente através das agências reguladoras), razão pela qual se costuma afirmar que o Estado está, hoje, inserido em um contexto no qual prepondera a função de exercer, com titularidade, a regulação econômica⁵.

O fenômeno da regulação instaura a chamada “administração pública gerencial”, e subsume-se no novel modelo de Estado regulador, no qual há uma estreita relação fiscalizadora entre o Poder Público e a ordem econômica, especialmente por meio das

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60-77

⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77-78.

⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos: na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 34.

conhecidas entidades administrativas independentes⁶. O aludido “papel regulador”, abarcado pelo Estado moderno, se evidencia, segundo a doutrina, através do uso do poder de polícia no regramento das atividades econômicas, ou mediante o sistema de concessões e permissões de serviços públicos, para fins de exploração por entes privados⁷.

A análise do referido “papel regulador” abraçado pelo Estado contemporâneo exige os delineamentos necessários para o entendimento do fenômeno da regulação econômica, bem como dos mecanismos sobre os quais ela se desenvolve nos dias atuais. Neste contexto, o presente capítulo tem por objetivo observar as teorias e corolários acerca da regulação econômica, assim como o modelo de Estado regulador implantado nos países ocidentais, com especial foco no Brasil.

Para tanto, parte-se da enunciação de alguns esboços sobre a análise das três fases evolutivas pelas quais atravessou o Estado moderno, quais sejam: a fase pré-moderna, na qual imperava a égide do Estado liberal; a fase moderna, na qual vigia os auspícios do Estado social; e, por fim, a fase pós-moderna, que aborda os preceitos neoliberais da desregulamentação e das privatizações.⁸

2.1 Os novos caminhos do Estado

O declínio do modelo de produção feudal, por volta do século XVI, impulsionou o fortalecimento das grandes cidades européias, que, na medida em que foram adquirindo autonomia econômica, tornaram-se verdadeiros centros de poder descentralizados, com ordenamentos e regras específicas e regulamentos próprios para o desenvolvimento da prática do comércio no âmbito de suas circunscrições⁹.

Entretanto, este processo de forte descentralização administrativa começou a apresentar pontos de instabilidade para o pleno incremento do mercado, visto inexistirem, na época, normas harmônicas e sistemáticas que facilitassem o câmbio de mercadorias entre uma cidade e outra, o que, certamente, desfavorecia os interesses dos burgueses.

⁶ ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a função reguladora das Agências Estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 244.

⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, jul./set. 2002, p. 285.

⁹ FEIJÓ, Ricardo. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 49.

Segundo Heilbroner¹⁰, um dos principais obstáculos ao desenvolvimento econômico foi a colcha de retalhos de áreas de governo isoladas e compartilhadas na era medieval. A necessidade de se quebrantar as barreiras levantadas com a descentralização política fez com que os fragmentados mercados da Europa fossem integrados num processo tão político quanto econômico, culminando na formação dos chamados “Estados nacionais”.

Diante desta conjuntura, surgiu a necessidade de se unificar as diversas cidades comerciais em uma única estrutura geográfica e administrativa, que, ao mesmo tempo em que reduzia as barreiras comerciais implantadas pela pluralidade normativa existente, tendiam a centralizar o poder nas mãos de um só governante, o monarca.

A combinação entre os interesses da burguesia e dos reis resultou em uma aliança direcionada para a formação das monarquias nacionais¹¹. Assim, a união entre nobreza e majestades, atrelada a um sentimento de nacionalismo, culminou no surgimento de uma nova organização política, no qual a unificação de diversas cidades descentralizadas fora sua característica preponderante.

A excessiva concentração de poder ocasionou a formatação de um novo modelo de Estado, sobreposto na pessoa do soberano. Conforme lição do professor lusitano Jorge Miranda, “em tal fase da vida humana, imperaram realmente reis absolutos, com poderes ilimitados, cuja linha de conduta era dada como paradigma ‘Luiz XIV’, simbolizando a monarquia, em sua unipersonalidade exagerada, na célebre frase *l’État c’est moi*”¹².

Com o absolutismo monárquico, viu-se que o que representara uma superação para os problemas enfrentados pela nobreza, passava, agora, a ser considerada uma nova ameaça, que deveria ser, mais uma vez, por ela solucionada. Daí a procedência na afirmação de Fernando Aguillar, ao ponderar que “o processo unificador se beneficiou do fortalecimento da figura do rei, mas no seu devido tempo o poder monárquico viria ser objeto de combate frontal pela burguesia¹³”.

O ilimitado poder exercido pelo monarca fez com que a classe burguesa, atrelada ao pensamento liberal formulado pelos economistas clássicos, propusesse um novo modelo

¹⁰ HEILBRONER, Robert L. *A Formação da Sociedade Econômica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1999. p. 76.

¹¹ MORAES, José Geraldo Vinci. *Caminhos das Civilizações – História integrada: Geral e Brasil*. São Paulo: Atual, 1998. p. 121.

¹² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 42.

¹³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 41.

estatal, no qual houvesse uma extrema dissociação entre a atividade política e a atividade econômica¹⁴. Essa nova fase daria origem ao chamado Estado liberal, cuja implantação contextualizava-se em um período no qual se pregava a total ausência de intervenção estatal na seara econômica.

2.1.2 O Estado liberal

A liberdade econômica, consubstanciada no abstencionismo estatal, traduzia-se no exacerbado individualismo inerente à livre autonomia de vontade, não havendo qualquer ingerência por parte do Poder Público no campo contratual dos particulares. Segundo Luis Cabral de Moncada, a tarefa do Estado resumia-se a atuar de modo a que cada cidadão “pudesse livremente alcançar os seus próprios fins individuais, garantindo, assim, para cada indivíduo, uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um pudesse, segundo as suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouvessem”¹⁵.

Percebe-se, pois, que o Estado liberal tinha como único objetivo garantir as condições externas para que cada cidadão pudesse prosseguir os seus fins individuais¹⁶, pouco importando com as conseqüências sociais ou econômicas que tal procedimento pudesse resultar.

Esta preocupação liberal influenciou sobremaneira o conteúdo das primeiras grandes codificações registradas na história, ocorridas especialmente na França, com a promulgação dos códigos civis e comerciais, em 1804 e 1808, respectivamente. Segundo Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa¹⁷, tais diplomas tinham por finalidade conceder, aos indivíduos, liberdade civil na condução de sua vida privada, inadmitindo intromissões indevidas dos Poderes Públicos na atuação dos mesmos.

Para os economistas clássicos, a ausência de intervenção estatal representava a estabilização econômica mediante a atuação dos próprios agentes privados, uma vez que, segundo afirmam, seus interesses tenderiam, naturalmente, à satisfação das necessidades de

¹⁴ MENEZES, Roberta Frago de Medeiros. As Agências Reguladoras no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, jan./mar. 2002, p. 47.

¹⁵ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1988. p. 21.

¹⁶ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1988. p. 21.

¹⁷ FEITOSA, Maria Luiza P. de Alencar. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 301.

toda a sociedade. Um dos maiores expoentes do pensamento liberal foi o economista britânico Adam Smith, que, influenciado pelo pensamento das ciências naturais, acreditava que o mercado poderia ser regido por leis naturais que o levaria, por si só, a desenvolver a distribuição de riquezas. Segundo o supracitado autor¹⁸,

[...] os interesses e os sentimentos privados dos indivíduos naturalmente os induzem a converter seu capital para as aplicações que, em casos ordinários, são mais vantajosas para a sociedade [...]. Eis por que, sem qualquer intervenção da lei, os interesses e sentimentos privados das pessoas naturalmente as levam a dividir o capital de cada sociedade entre todas as diversas aplicações nela efetuadas, na medida do possível na proporção mais condizente com o interesse de toda a sociedade.

Todavia, os resultados causados pelo liberalismo econômico foram desastrosos.

No campo social, o abstencionismo estatal fez com que o Poder Público negligenciasse na tomada de decisões que culminassem na adoção de políticas sociais mais eficazes, ocasionando uma excessiva exploração do proletariado por parte dos grandes industriais. Como conseqüência, surgiu a produção em massa, ocasionando o exacerbado acúmulo de capitais nas mãos dos grandes empreendedores, propiciando a demasiada opressão da força de trabalho, que se aproximava a de semi-escravidão¹⁹.

No campo econômico, o liberalismo também trouxe conseqüências devastadoras, vez que a falta de uma atuação estatal na seara econômica permitiu que se desencadeasse uma série de crises e instabilidades financeiras que culminaram na eclosão da Grande Depressão de 1929. Testemunhou-se, às duras penas, que a confiança oferecida pelo liberalismo, no sentido de que os mecanismos de mercado eram, por si sós, suficientes para enfrentar as crises econômicas, sem necessidade de assistência estatal, encontrava-se em fortes níveis de instabilidade²⁰.

Com efeito, a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, representou a maior evidência de que o sistema do *laissez faire laissez paissier* encontrava-se em irremediável deficiência. Como conseqüência, instaurou-se uma forte resistência à ordem

¹⁸ SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. (tradução: Luiz João Baraúna). 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p. 104.

¹⁹ TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados, in SUNDZFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 203-204.

²⁰ HERNÁNDEZ, José Gpe. Vargas. Liberalismo, Neoliberalismo y Postneoliberalismo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 6, n. 21, abr./jun. 2008, p. 188.

liberal vigente, sendo proposta uma mudança de paradigma na forma com a qual o Estado passaria a ser relacionado com a economia.

Tal transformação pode ser vislumbrada na adoção, em diversos textos constitucionais, de uma série de preceitos normativos com tendências intervencionistas, tanto em matéria econômica quanto social (a exemplo das Constituições do México de 1917 e da República de Weimar em 1919), substanciando uma considerável ampliação nos domínios do Estado, que, a partir de então, passava a intervir nos espaços antes reservados à liberdade do mercado e à iniciativa privada²¹.

O advento das Constituições econômicas, assim como a ampliação das atribuições estatais e do modelo de Estado intervencionista, em contraposição à doutrina preconizada pelo liberalismo econômico, fizeram surgir uma nova concepção de Estado, denominado “Estado Social”, cuja característica principal consistiu na conversão, em direito positivo, das diversas aspirações trazidas pela sociedade, aspirações estas que seriam, agora, elevadas à categoria de princípios fundamentais, constitucionalmente protegidos pelas garantias do Estado de Direito.²²

2.1.3 O Estado Social

O início do século XX (ou a “era da catástrofe”, tal como batizada por Nicolao Dino de Castro e Costa Neto²³), marcado por uma forte crise econômica e por duas guerras mundiais, fez brotar um segundo momento do curso evolutivo do Estado, fundamentado na fomentação de políticas marcadamente intervencionistas, cujo escopo consistia em superar os efeitos negativos causados pelo liberalismo.

Neste contexto, ocorre a superação do Estado Liberal e uma ampliação das relações entre Estado e sociedade, resultado de um nítido processo de transformação estrutural caracterizado pela crescente presença estatal no domínio econômico²⁴.

²¹ FEITOSA, Maria Luiza P. de Alencar. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 306.

²² VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito* (tradução: Agassiz Almeida Filho). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 79.

²³ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Direito e neoliberalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 192.

²⁴ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17-18.

Nos Estados Unidos, esse intervencionismo estatal se evidenciou mediante a adoção de um novo plano de governo, denominado *new deal*, idealizado pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt. Tratava-se de uma política econômica que se fundamentava nos alicerces da forte regulação estatal no domínio econômico e na constante presença do Estado na prestação de serviços públicos²⁵, atuando nos espaços outrora reservados à iniciativa privada.

Insta ressaltar, todavia, que a implantação do *new deal* não se concretizou de maneira pacífica, vez que o governo Roosevelt encontrou fortes resistências dos membros conservadores componentes da Suprema Corte norte-americana. Essa resistência, conforme reporta Pablo Lucas Verdú²⁶, perdurou até meados de 1937, quando, em consequência da renovação dos magistrados da Suprema Corte, motivada pelos conflitos dos anteriores juízes conservadores, o Tribunal deixa de intervir na legislação social e abandona o liberalismo econômico como doutrina constitucional.

Essa mudança de estruturação da política econômica liberal para o Estado social não se ateve somente aos Estados Unidos. Assim como os norte-americanos, inúmeros países ocidentais passaram a adotar uma nova feição interventiva no desempenho dos serviços públicos e na regulação da seara econômica, configurando o que a doutrina comumente denomina “Estado Pluriclasse”²⁷.

Tal nomenclatura, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se originou no fato de o Estado ter chamado para si o afã de satisfazer as necessidades econômicas e sociais emanadas da sociedade, rompendo com os paradigmas liberais e deixando de ser um Estado de “monoclasse” para um Estado de várias funções²⁸.

Deveras, a intensificação da ação intervencionista do Estado, sob o escopo de proteger um relevante interesse social, resultou, consoante lição de Ana Cláudia Finger, em

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2002, p. 296.

²⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito* (tradução: Agassiz Almeida Filho). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 35.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

um agigantamento do Estado moderno, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como próprias e pela intensificação dos seus poderes ²⁹.

Nesta seara, destacam-se as políticas intervencionistas idealizadas pelo filósofo inglês John M. Keynes, que pregava a assunção, pelo Estado, de funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento econômico, do combate e promoção do pleno emprego, da redistribuição do rendimento e da segurança social³⁰.

Segundo Keynes, a intervenção estatal na economia era necessária para o desenvolvimento econômico, razão pela qual propugnava o incremento de planos nitidamente intervencionistas³¹, nos quais o Poder Público atuasse ora como patrocinador direto dos serviços públicos, ora como ente empresarial, mediante a criação de empresas estatais. No Brasil, reporta Sidnei Turczyn³², o Estado assumiu posições monopolistas nos mais diversos segmentos, com o surgimento de empresas públicas como a TELEBRÁS, a ELETROBRÁS, entre outras. Essa intervenção, reporta o autor, se mostrou um imperativo para que o Brasil tentasse recuperar o tempo perdido dentro do seu processo de desenvolvimento econômico.

Neste prisma, as novas atribuições assumidas pelo Estado, sob a óptica econômica keynesiana, tendiam a aumentar a arrecadação tributária e as fontes de receita, ao mesmo tempo em que ampliavam as prestações públicas e se instauravam uma série de empresas estatais. Dessa forma, o Estado passaria a atuar diretamente na economia como agente econômico (Estado-empresário), desempenhando e fomentando atividades outrora prestadas exclusivamente pelo setor privado.

Sob este foco, explica Marçal Justen Filho³³ que o Estado transformou-se em prestador de serviços e empresário, invadindo searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravando novos setores comerciais e industriais, remodelando o mercado e comandando a renovação das estruturas sociais e econômicas até então existentes.

²⁹ FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003, p.78.

³⁰ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

³¹ COELHO, André Felipe Canuto. A necessária interação entre o Direito e a economia diante da regulação do Estado na ordem econômica. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, 1999, p. 194.

³² TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 205-206.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

A razão de tais movimentos evidencia-se no fato de Keynes ter vislumbrado que a economia necessitava da intervenção do Estado (o que, por conseqüência, geraria aumento de despesa), e que não mais seria possível permitir que o mercado se auto-regulasse, nos moldes pelo qual se perpetrara na égide do liberalismo. Para Keynes, explicam Marco Antonio S. Vasconcelos e Manuel E. Garcia³⁴, “não existem forças de auto-ajustamento da economia, e por isso se torna necessária a intervenção do Estado por meio de uma política de gastos públicos”.

Entretanto, este novo quadro estrutural começou a apresentar significativos pontos de volubilidade. Com efeito, a excessiva quantidade de atribuições a cargo do Poder Público, bem como os insustentáveis déficits orçamentários causados em virtude da elevação de gastos, findou por ocasionar uma desmesurada instabilidade no sistema financeiro internacional³⁵, que, somado à perda do Estado de sua capacidade de investir em bens e serviços que a sociedade demanda³⁶, resultou na instauração da “crise do Estado Social”.

Outro ponto marcante que muito contribuiu para o mencionado *status* de crise, segundo a doutrina de Ary Casagrande Filho, foi o processo de hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais poderes, especialmente o Legislativo. Segundo o autor, a ampliação das atividades da Administração Pública, bastante intensificada no pós-guerra, fez conceber a idéia de que o Poder Legislativo, outrora considerado o único detentor da vontade popular, não mais teria capacidade para legislar, visto não possuir a compreensão de disciplinar determinadas matérias que, dada as suas peculiaridades, seriam mais eficazmente manipuladas pelo Executivo³⁷.

Ao lado de tais ponderações, acrescenta-se que a imensa concentração de serviços nas mãos do Estado findou por burocratizar ainda mais a forma de organização sobre a qual estava arquitetada a Administração Pública. Tal burocracia, acentuada pela forte crise

³⁴ VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

³⁵ ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. *História do Pensamento Econômico: uma abordagem introdutória*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 133.

³⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, p. 238.

³⁷ CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32-33.

financeira que tiveram que enfrentar os países da América Latina, culminou na prestação de serviços públicos em níveis cada vez mais insatisfatórios³⁸.

Diante destas perspectivas, viu-se que seria necessário adaptar a estrutura administrativa estatal para uma nova concepção, substituindo a figura do modelo burocrático, no qual o Estado agia diretamente como prestador de serviços, para o modelo gerencial da Administração³⁹. Neste, a prestação das diversas atividades outrora desenvolvidas pelo Poder Público, sob regime de monopólio ou de privilégio, passaria a ser executada pelo setor privado, por meio da descentralização por colaboração⁴⁰.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹, ocorre a descentralização por colaboração quando se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço. A Constituição Federal, por sua vez, assevera que a prestação de serviços públicos por particulares somente se perfaz mediante os institutos da concessão e permissão, sempre após procedimento licitatório (art. 175).

Nesse diapasão, os serviços públicos sofrem uma significativa mudança de concepção, vez que começam a ser desempenhados pelos particulares sob o regime de mercado, cabendo ao Estado uma atuação meramente reguladora, consubstanciada na regulação econômica.

Segundo Luis Roberto Barroso⁴², a constatação de que o Estado não detinha recursos suficientes para os investimentos necessários, e que, além disso, seria o Poder Público, em regra, um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos. Daí, explica o autor, ter a privatização trazido uma drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30.

³⁹ FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 232, abr./jun. 2003, p. 76.

⁴⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços por entidades do terceiro setor. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, p. 347.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras, in MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 116-117.

No mesmo sentido, assevera Fernando Dias Menezes de Almeida⁴³ que a consequência da crise do Estado Social foi o abandono de um modelo de organização administrativa fundada em mecanismos que permitissem a exploração de atividades econômicas e a realização de investimentos diretamente pelo Estado, adotando-se, em seu lugar, um modelo que contemplasse instrumentos pelos quais o Estado fixaria as diretrizes, bem como controlaria a atuação dos agentes privados na consecução dos serviços públicos.

Diante desta nova concepção, vale transcrever as precisas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁴⁴, para quem

A concepção tradicional de serviço público foi atingida e o regime de exploração dos serviços públicos sofreu alterações, admitindo-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, ao lado das concessões e permissões, que ressurgem com nova roupagem, introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, como fundamento da eficiência, com base na ideologia do mercado, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.

Em resumo, pode-se afirmar que com a queda do modelo de Estado Social, buscou-se adotar uma nova feição estatal consubstanciada na delegação de serviços públicos para os particulares, no intuito de que estes pudessem desempenhá-los em regime de competição, visando, com isso, proporcionar um resultado eficiente no atendimento dos interesses da sociedade.

Eis o motivo pelo qual, conforme observa Luciano Sotero Santiago, o Estado deve voltar sua atuação para proteger a concorrência e os benefícios econômicos e sociais que ela propicia ao mercado.⁴⁵

Nada obstante tais considerações, uma corrente doutrinária mais conservadora, por entender que somente o Estado deveria prestar os serviços considerados essenciais para a sociedade, questiona as medidas que visam a propiciar a concorrência na prestação dos serviços públicos. Argumentam que, ao lançar o desempenho de tais serviços em um

⁴³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121.

⁴⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. *Revista de Interesse Público*. São Paulo, n. 40, p. 41.

⁴⁵ SANTIAGO, Luciano Amaro. *Direito da Concorrência - doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 377.

regime de mercado, o resultado daí obtido seria a busca incessante do lucro pelo particular, que deixaria de lado os interesses sociais relacionados ao serviço público, em nítido confronto aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁴⁷, os argumentos que se levantam contra a concorrência nos serviços públicos se consubstanciam nos seguintes fatores:

- 1) Assimetria informacional, ou seja, os prestadores dos serviços públicos podem deter mais informações acerca da atividade que está sendo prestado que o próprio agente regulador, dificultando a atuação destes na promoção de medidas que visem atender o interesse comum;
- 2) Os agentes econômicos tendem a atuar com mais preponderância nos setores mais lucrativos do mercado, beneficiando, assim, somente a parcela de maior poder aquisitivo da população, excluindo as demais;
- 3) A migração para os setores mais lucrativos pode causar congestionamento no uso dos bens necessários à realização do serviço, em detrimento de um relativo abandono dos bens cujo uso importa em um serviço menos lucrativo;
- 4) O aumento de competidores pode causar um risco de concorrência predatória, assim como um aumento no custo de produção, o que, conseqüentemente, gera elevação nos valores das tarifas cobrados dos usuários;
- 5) A formação de monopólios naturais, que são setores nos quais a prestação é insuscetível de competição, pode gerar a transferência de um monopólio público para um monopólio privado;
- 6) A concorrência, por si só, não é suficiente para alcançar os resultados pretendidos através da prestação de serviços públicos pelos particulares, quais sejam, produzir um serviço de maneira uniforme e eficiente.

Da análise dos argumentos trazidos acima, torna-se evidente que, para esta corrente doutrinária, a prestação de serviços públicos não deve ser transmutada para o setor privado (sob um regime de concorrência), mas sim permanecer sob a égide estatal, sob pena de comprometer os princípios essenciais inerentes ao sistema jurídico que rege os serviços

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003. p. 318.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003. p. 318.

públicos, com especial enfoque para os princípios da universalidade e da dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Em sentido oposto, pondera Marçal Justen Filho⁴⁹ que a subsunção da prestação dos serviços públicos no regime concorrencial é plenamente viável, na medida em que tais atividades teriam uma forte regulação por parte dos agentes públicos responsáveis pela manutenção do interesse público.

Acrescente-se, ainda, que, para esta corrente, a concorrência não seria um valor em si mesmo, mas apenas um instrumento para a realização dos objetivos dos serviços públicos⁵⁰, cabendo ao Estado, através da regulação econômica, buscar impor aos particulares os deveres sociais reclamados pelo interesse público⁵¹.

No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Ari Sunfeld, para quem a competitividade trazida pela atuação dos particulares apressaria a expansão da planta de serviços, bem como beneficiaria o usuário final, pois, ao gerar disputa, resultaria na melhoria de preços e na maior eficácia na prestação dos serviços⁵².

Todavia, os adeptos da corrente que sustenta a inviabilidade da prestação de serviços públicos pelos particulares sustentaram, ainda, que tal aceção induziria ao entendimento de que o Estado teria abandonado os objetivos que deveria perseguir, reduzindo a sua atuação e permitindo que os particulares exercessem livremente a exploração econômica na prestação dos serviços públicos.

Malgrado a relevância de tal percepção, insta ponderar que, analisando a realidade fática na qual se assenta a regulação estatal, observa-se que a redução do papel de executor e prestador direto de serviços pelo Estado fez com que sobre ele incumbisse a função de gerenciar e promover, através da regulação econômica, o desenvolvimento econômico e

⁴⁸ DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliveira. O repensar do Conceito de Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 06, p. 75-88.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 11.

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, p. 323.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 11.

⁵² SUNFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p 35.

social exercido pela atuação dos particulares na exploração de serviços públicos⁵³, importando, dessa forma, no fortalecimento da atuação pública, e não sua diminuição⁵⁴.

Pondere-se, ainda, que o Direito Administrativo não pode prender-se a preceitos doutrinários ultrapassados e andar na contramão da evolução social e jurídica, que tende, agora, a reformular o regime jurídico administrativo (especialmente no tocante aos serviços públicos, como se verá no capítulo 03) para adequar-se às exigências trazidas, sobretudo, pelo novo modelo econômico no qual a sociedade globalizada se insere.

Todo esse arcabouço teórico tende a desaguar no modelo de Estado regulador, caracterizado pela substituição da atuação estatal como agente econômico e como prestador direto dos serviços públicos pela concepção de Estado como árbitro das atividades privadas. Assim, a transferência de um conjunto significativo de encargos para os entes privados, sem, no entanto, corresponder ao retorno das concepções abstencionistas de natureza liberal⁵⁵, representa a primordial característica deste novo arquétipo estatal.

2.1.4 O Estado Regulador

Como visto, a crise do modelo de Estado Social (ou *Welfare State*) fez incidir uma readequação do Direito Administrativo hodierno, especialmente no que concerne ao regime jurídico no qual se encontra a prestação de serviços públicos. Esta readaptação conceitual foi necessária para a implantação de políticas voltadas para a privatização de determinados setores estratégicos (como a prestação de serviços públicos de telefonia ou energia elétrica, por exemplo), outrora totalmente inacessíveis à livre iniciativa em virtude dos monopólios estatais⁵⁶.

Assim, mormente a partir da década de oitenta, os países latino-americanos iniciaram um avultado processo de desestatização de suas atividades, através da privatização e da desregulamentação. Tais postulados tinham por objetivo promover, com a

⁵³ CASAGRANDE FILHO, Ari. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47.

⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 228, p. 15.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. *Revista do Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 9, n. 43, maio/jun. 2007, p. 24-25.

⁵⁶ CEZNE, Andréa Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 316-317.

atuação dos particulares, o desenvolvimento econômico por meio da implantação da concorrência no desempenho dos serviços públicos (conforme explicitado acima), cuja prestação era exercida exclusivamente pelo Estado, sob a forma de monopólio ou privilégio⁵⁷.

Nesta perspectiva, é possível elucidar que o desenvolvimento das privatizações foi a principal característica dessa nova fase⁵⁸, cuja idéia fundamental consiste na adoção de medidas necessárias para diminuir o tamanho do Estado (exageradamente alargado durante a fase do Estado Social), e revitalizar as liberdades econômicas dos indivíduos (sufocada após a crise do Estado Liberal)⁵⁹.

Neste contexto, verificou-se uma forte tendência de transferir para o campo das atividades econômicas ações que antes se enquadravam como serviços públicos⁶⁰, transferindo a prestação dos mesmos para a iniciativa privada.

Desse modo, com a transferência dos serviços públicos para o setor privado, desenvolveu-se, no âmbito da doutrina do Direito Administrativo Econômico, a regulação estatal sobre a ordem econômica, característica primordial do chamado “Estado regulador”. Este fenômeno constitui uma forma de intervenção estatal no campo econômico, especialmente por meio das agências reguladoras⁶¹, e possui, por objetivo, conferir aos serviços públicos executados pelos entes privados sob a ótica do mercado, a concretização dos direitos sociais inerentes à prestação dos mesmos, destacando-se a universalidade, que determina o acesso de toda a sociedade aos serviços considerados essenciais, e a continuidade, que determina a ininterruptão na prestação do serviço⁶².

As novas tendências do Estado moderno, consubstanciadas na figura do Estado regulador, buscam trazer novas concepções a respeito dos conceitos traçados pela doutrina

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, p. 313.

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras, in MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 116-117.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública - concessão, permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

⁶⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122.

⁶¹ ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a função reguladora das agências estatais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 226. p. 244.

⁶² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. *Revista de Interesse Público*. São Paulo, n. 40, p. 37-69.

sobre os serviços públicos, bem como estabelecer outras premissas acerca da relação entre o Estado e economia, que passam a interagir por meio dos princípios inerentes à regulação econômica.

2.2 A Regulação Econômica

Um dos pontos de maior relevância correlacionado à questão da regulação econômica consiste na nomenclatura que lhe foi atribuída pela doutrina nacional. Com efeito, o termo “regulação” surgiu nos Estados Unidos no final do século XIX, quando o Estado passou a intervir no domínio econômico mediante a criação de determinadas “agências” responsáveis por esta atuação⁶³. A doutrina dos países anglo-saxões denominava atuação estatal por direção de *regulation*, sendo, portanto, *regulator* o sujeito público que a realizava⁶⁴.

A tradução mais próxima para a língua portuguesa das expressões inglesas acima mencionadas seria “regulamentação” e “regulamentador”, consoante aponta Lucas de Souza Lehfeld⁶⁵. Sucede que, no idioma vernáculo, a expressão “regulamentação”, sugerida pela tradução *ipsi litteris* da palavra, possuía um significado jurídico específico no ordenamento pátrio, qual seja, uma espécie de ação estatal consistente na emanção de ato normativo, de caráter geral e abstrato⁶⁶, de incumbência do Presidente da República, com fulcro no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.

Por tal razão, ficou estabelecido que o termo “regulação” (em substituição ao termo “regulamentação”) teria uma melhor adaptação na doutrina econômica nacional, cujo sentido seria a caracterização da nova função estatal face à reforma administrativa.

Outra questão bastante controvertida na doutrina diz respeito ao conceito da aludida expressão. Há quem traga um sentido mais amplo para o significado do referido vocábulo,

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 203.

⁶⁴ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65.

⁶⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

⁶⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 127.

segundo a qual a regulação econômica consistiria na produção de normas destinadas a disciplinar a atuação dos agentes econômicos⁶⁷.

Por outro lado, é possível encontrar-se, igualmente, uma concepção mais específica, como a oferecida por Vinícius Marques de Carvalho⁶⁸, para quem a regulação seria um “conjunto de regras que visa à correção das deficiências do mercado através do estabelecimento de regras e da manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema”.

Difícil seria, neste aspecto, identificarmos um conceito preciso de regulação econômica, visto tratar-se de uma função estatal na qual se inserem várias atribuições, cujo delineamento ainda se encontra em franca expansão. Nada obstante tais circunstâncias, faz-se possível afirmar, com segurança, que, por ser a regulação econômica resultante de um contínuo processo de mutação estatal em face à sua interligação com o mercado, a concepção de regulação deve estar imiscuída nas três funções básicas do Estado (função normativa, executória e sancionatória), voltadas para a persecução do bom funcionamento do mercado e da ordem econômica e social.

A inclusão do aspecto social nessa conjuntura justifica-se pela adoção, no nosso ordenamento pátrio, de uma constituição social, na qual se destacam, dentre os princípios que regem as atividades econômicas (estabelecidas no art. 170 da Magna Carta), preceitos que garantem a proteção de direitos fundamentais difusos, tais como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente e a função social da propriedade.

Já no que diz respeito às funções do Estado, compartilhamos com a linha de entendimento formulada no pensamento de Vital Moreira e Fernanda Maçãs⁶⁹, para quem a regulação compreenderia a capacidade do Poder Público para o estabelecimento de normas, bem como a fiscalização do cumprimento das mesmas, e efetivação da punição das infrações às referidas normas.

⁶⁷ PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 149.

⁶⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: Impacto sobre a prestação de serviços públicos, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 143.

⁶⁹ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 14.

Um detalhe interessante deste caráter funcional da regulação condiz com o fato de que tais atribuições são, atualmente, desenvolvidas por uma única entidade da administração pública, quais sejam, as agências reguladoras, que, nesse aspecto, aglutinam, em um só corpo, as três funções essenciais do Estado.

Uma vez identificadas as questões concernentes à nomenclatura e o conceito de regulação, insta, agora, decorreremos a respeito do conteúdo jurídico de tal instituto. Nesse sentido, urge afirmar que a sua compreensão exige o conhecimento das formas de intervenção estatal na economia, especialmente na conjuntura contemporânea atual.

Segundo a doutrina de Eros Roberto Grau⁷⁰, a intervenção do Estado na seara econômica pode realizar-se sob três formas: intervenção por absorção ou participação, intervenção por indução, e intervenção por direção.

Diz-se que a intervenção se faz por absorção quando o Estado, atuando diretamente na economia na qualidade de agente econômico, assume integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da economia, configurando o regime de monopólio. Por outro lado, configura-se a intervenção por participação quando o Estado age na qualidade de empresário, em regime de competição com as empresas privadas que exploram o mesmo setor.

A intervenção por indução consubstancia-se na inferência que o Poder Público exerce sobre a atuação dos particulares, visando dirigir determinado setor da economia. Tal circunstância ocorre, por exemplo, através da realização de políticas de incentivos fiscais, valendo-se da maior ou menor incidência de carga tributária como mecanismo redutor de custos e estimulador de atividades econômicas⁷¹, visando o desenvolvimento regional ou setorial de um determinado campo econômico.

No que tange à intervenção por direção, o Estado atua como agente regulador da economia, fiscalizando, sancionando e disciplinando a atuação dos sujeitos exploradores da atividade econômica. É neste ponto que se destaca a teoria da regulação econômica, mecanismo jurídico no qual o Estado, conforme acepção de Marçal Justen Filho⁷², conjuga

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

⁷¹ MENEZES, Roberta Fragoso de. As agências reguladoras no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, jan./mar. 2002, p. 48-49.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte, a. 9, n. 43, maio/ jun. 2007, p. 26.

as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de valores e princípios fundamentais.

Segundo o mencionado autor, a regulação estatal, peculiar ao novo modelo, retratar-se-ia na ampliação significativa das competências públicas atinentes ao controle-regulação das atividades desempenhadas pelos particulares. Assim, o Estado determinaria os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto, reduzindo, sensivelmente, a margem da autonomia privada.

Há, ainda com relação ao seu conteúdo, duas concepções acerca de regulação econômica. A primeira, mais estrita, propõe que a regulação se manifesta ora pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas), ora pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção, pelo Estado, da exploração de atividades econômicas). A segunda corrente, de natureza mais abrangente, identifica a regulação como a efetivação de todas as diversas modalidades de intervenção estatal em face do domínio econômico, seja através de concessões de serviço público, seja através do exercício do poder de polícia.

Partindo da concepção ampla, Floriano de Azevedo Marques Neto⁷³ define a regulação como sendo a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio da intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hiposuficiências ou a consagração de políticas públicas.

No mesmo sentido é a lição de Calixto Salomão Filho⁷⁴, para quem o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida, etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa.

Dessa forma, podemos asseverar que o exercício da regulação econômica pelo Estado engloba tanto a fiscalização das atividades prestadas pelos particulares em regime de livre competição (as quais, em certos casos, dependem de prévia autorização

⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 228, p. 14.

⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

governamental), como também a prestação dos serviços públicos que lhe são outorgados pelo Poder concedente, mediante concessão ou permissão⁷⁵.

Tais premissas partem de um fundamento político que define os limites da atuação estatal através da regulação econômica. Neste aspecto, três correntes teóricas foram estabelecidas visando apontar o fundamento da regulação econômica, quais sejam, a Escola do Interesse Público, a Escola Econômica ou Neoclássica e, por fim, a Escola Austríaca da difusão do conhecimento econômico.

2.2.1 Escola do Interesse Público

Para os adeptos desta corrente teórica, a regulação tem sempre por finalidade proteger um interesse público, que se consubstancia no enquadramento, pelo Estado, das atividades, consideradas essenciais, no regime jurídico dos serviços públicos. Em outras palavras, o Estado, ao ordenar ou regular a economia, intervém diretamente na prestação de determinadas atividades que, ao qualificá-las como essenciais, recebem o nome de “serviço público”.

A partir daí, ditas atividades recebem um arcabouço jurídico diferenciado, consubstanciado no regime de direito público, que, além de derrogar as normas emanadas do direito privado, limitam a liberdade de atuação dos particulares na sua prestação (sobre o regime jurídico dos serviços públicos, remete-se o leitor ao capítulo 03).

Dessa forma, vislumbra-se que não há, nesta teoria, a intenção do Estado em proporcionar a garantia do desenvolvimento do mercado, vez que, para seus precursores, o Poder Público “não se volta para a preservação do mercado, mas sim para a consecução do interesse público, em suas diversas formas⁷⁶”.

Deve, pois, haver, segundo esta teoria, uma preocupação do Estado não apenas em impedir o surgimento de monopólios ou prevenir infrações à ordem econômica (características essenciais para a proteção do mercado), mas, também, em estabelecer metas

⁷⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte. n. 15. p. 134-135.

⁷⁶ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69.

a serem atingidas pela iniciativa privada, regendo o controle social sobre a atividade econômica⁷⁷.

Por tais razões, é comum a utilização da expressão *regulação social* para associar-se a linha teórica defendida pela Escola do Interesse Público, conforme se observa, por exemplo, na obra do professor Marçal Justen Filho⁷⁸.

Sua concepção voltada à proteção dos interesses sociais aproxima seu conteúdo da escola do serviço público⁷⁹, formulada pela doutrina francesa no início do século XX, notadamente através dos escritos de Duguit, Jèze e Hauriou.

A crítica que se faz à aludida doutrina diz respeito à dificuldade em se estabelecer a definição precisa de um interesse público, para fins de se apurar qual ou quais atividades devem ser prestadas sob o regime de serviço público, a fim de legitimar a atuação do Estado pela regulação. Além disso, deve-se levar em consideração que a definição de interesse público é multifacetada, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos⁸⁰.

Acrescente-se, ainda, que a aludida teoria peca em acreditar que o Estado, pelo simples fato de colocar a prestação de um serviço público nas mãos da iniciativa privada mediante um regime jurídico diferenciado (o regime administrativo), transformaria, automaticamente, os agentes privados em “persecutores do interesse público”, circunstância esta que, na maioria das vezes, não corresponde à realidade.

A falha mais relevante desta corrente doutrinária consubstancia-se exatamente em acreditar que o Estado pode, através da regulação econômica, exercer o controle efetivo dos agentes privados através do regime jurídico público no qual são desenvolvidos os serviços delegados. E a razão de tal insucesso, aponta os opositores da teoria, consiste na possibilidade do ente regulador ser capturado pelo concessionário, que, logo após a licitação, finda por tornar-se monopolista daquela atividade⁸¹.

⁷⁷ NAVES, Rubens. *Agências reguladoras: origens e perspectivas*, in FIGUEIREDO, Marcelo (organizador). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, p. 126.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 38.

⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 23.

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 23.

⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

Isto acontece pelo fato de o agente privado possuir a intensa aptidão de influenciar, devido ao seu forte poderio econômico, a ordem ou os interesses perseguidos pelo ente regulador, fazendo com que os empenhos dos que exploram economicamente as atividades reguladas prevaleçam sobre o interesse público supostamente objetivado pelo Estado.

Neste fenômeno, idealizado na teoria da captura (ou *capture doctrine*), a regulação econômica não resguarda o aumento da eficiência através da correção das falhas do mercado, nem, tampouco, a redistribuição dos interesses de certos grupos da sociedade (como os consumidores e outros interesses difusos) em contraposição aos interesses dos produtores e dos políticos⁸², fato que, inexoravelmente, tende a dificultar a aceitação da idéia segundo a qual a regulação visaria tutelar, em qualquer hipótese, um interesse público.

Em oposição a Escola do Interesse Público, a doutrina neoliberal preceitua que a regulação econômica destina-se a corrigir falhas estruturais do mercado, somente legitimando a intervenção estatal para garantir a concorrência nos setores em que a competição se mostra naturalmente inviável⁸³, e não para atender um interesse social relevante.

Por limitar sobremaneira a abrangência da intervenção estatal no domínio econômico às falhas estruturais do mercado, esta doutrina neoliberal é apontada como a escola precursora do modelo de desregulação ou auto-regulação da economia, segundo o qual os agentes privados deveriam se auto disciplinar no âmbito do setor econômico em que atuam, prescindindo da intervenção do Estado.

2.2.2 Escola Econômica ou Neoclássica

A Escola Econômica foi desenvolvida pelo professor da Universidade de Chicago, George Stigler, e tem por fundamento rejeitar qualquer atividade de controle da economia por parte do Estado⁸⁴. Segundo atesta Calixto Salomão Filho⁸⁵, a Escola neoclássica baseia-se em dois alicerces sustentados pelas vertentes neoliberais, quais sejam, “a negação de

⁸² SIPINA, Antonio La; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Mulino: Saggi, p. 123.

⁸³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Interesse Público da Economia*. São Paulo, n. 15, p. 135-136.

⁸⁴ NAVES, Rubens. Agências reguladoras: origens e perspectivas, in FIGUEIREDO, Marcelo (organizador). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros. p. 127.

⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

qualquer fundamento de interesse público na regulação e a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação”.

De acordo com tais postulados, o ente público regulador somente teria legitimidade para interferir no processo econômico quando o mercado demonstrasse falhas insuscetíveis de serem solucionadas pela auto-regulação, a exemplo do que ocorre com as externalidades sociais negativas.

Por externalidades sociais negativas entende-se a falta de correspondência entre os efeitos negativos causados pela exploração econômica, como, por exemplo, a degradação ambiental e a poluição provocada pelas indústrias, e os preços imputados aos produtos. Nestes casos, exige-se a presença do Estado para promover políticas que, no exemplo citado, promovam o desenvolvimento do meio-ambiente ou fomentem atividades que reduzam as seqüelas deixadas pelo mercado⁸⁶. Outro ponto trazido por esta doutrina é a proteção que se pretende conferir ao setor industrial através de uma espécie de “filtragem” no acesso ao mercado, por meio de um controle estatal. Esta é a abordagem trazida por H. Demsetz, conhecida como *Demsetz action*, que prega a regulação do Estado por meio de leilões para a prestação de determinados serviços. Embora suscetível de falhas, a *Demsetz action* influenciou a instauração de um procedimento licitatório para a concessão de serviços públicos, consoante se observa no art. 175 da Constituição Federal.

Diante desta conjectura, a regulação estatal somente deveria incidir “para proteger os interesses da própria indústria regulada, cuja prevalência sobre os objetivos públicos do regulador ocorre por meio do conhecido processo de captura”⁸⁷.

Assim, à luz da Escola neoclássica, a intervenção estatal, mediante a regulação econômica, somente seria possível para superar as falhas que o próprio mercado, por si só, não poderia solucionar. Neste caso, o ente regulador, ao prever que o mercado traria resultados ineficientes, teria de proporcionar meios contundentes para o restabelecimento da produtividade da economia.

A crítica que se levanta sobre essa teoria consiste no fato de ser impensável que o regulador possa antever os efeitos negativos de determinado mercado para, com base em

⁸⁶ NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176-186.

⁸⁷ STIGLER, George. *Apud* PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Interesse Público da Economia*. São Paulo, n. 15, p. 136.

uma construção artificial, recriá-lo “em laboratório” e, a partir daí, adotar as políticas necessárias para sua re-efetivação.

Igualmente, a limitação da atuação estatal para os casos em que o mercado não funcione de maneira eficaz finda por reduzir substancialmente a ação intervencionista do Poder Público no domínio econômico, deixando nas mãos dos agentes privados a função de disciplinar as regras do mercado. Eis, inclusive, a razão pela qual a teoria neoclássica, exatamente por tratar a regulação como medida excepcional, é considerada a semente da desregulação ou auto-regulação do mercado.

A concentração exclusiva sobre a lógica do mercado acabaria deixando de lado outros interesses fundamentais que não podiam ser ignorados pelo Estado⁸⁸. Por tais razões, uma nova doutrina econômica, liderada por Friedrich A. Hayek, veio estabelecer outros parâmetros para definir os objetivos da regulação econômica.

2.2.3 Escola Austríaca da difusão do conhecimento econômico

Buscando superar a acepção neoclássica de que o mercado constitui um valor em si mesmo, sendo, pois, tido como o principal objetivo da regulação, a Escola Austríaca de Hayek estabelece que a difusão do conhecimento econômico, proporcionada pela efetivação da concorrência entre os particulares, é o escopo primordial do direito regulatório, visto garantir que o consumidor detenha a alternativa de escolher os produtos ou serviços mais condizentes com os seus interesses⁸⁹.

Segundo esta teoria, concentrando-se a regulação na ótica da livre escolha do consumidor, o conhecimento econômico não poderia ser concentrado por um órgão central planejador, visto encontrar-se fragmentado entre os indivíduos da sociedade. Desse modo, as decisões sobre investimento, produção ou consumo deveriam ser orientadas pelo mecanismo de preços, que, além de deter o condão de transmitir as informações essenciais para a difusão do conhecimento econômico, oportuniza a competitividade na escolha dos produtos pelo consumidor.

⁸⁸ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81-82.

⁸⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Interesse Público da Economia*. São Paulo, n. 15, p. 136.

Neste aspecto, o principal efeito da concorrência seria assegurar a existência de multiplicidade de escolhas, legitimando a regulação estatal para dissolver a combatida concentração de poder de mercado tendente a prejudicar a democratização no acesso à informação, considerada essencial para o equilíbrio das relações econômicas⁹⁰.

O valor institucional a ser protegido pela regulação estatal tem seu foco alterado para a proteção da concorrência, não mais como valor em si mesmo (tal como proposto pela exacerbada proteção ao mercado formulado pelos neoclássicos), mas sim para assegurar a prevalência do livre conhecimento dos consumidores nas relações comerciais, para fins de se estabelecer o desenvolvimento econômico pela competição. Por tais razões, a doutrina econômica invoca a aplicação, para a garantia procedimental do conhecimento, das regras inerentes à realização da garantia procedimental da justiça, como uma espécie de *due process clause* no campo econômico⁹¹.

A garantia do conhecimento, peça chave para a concorrência e, conseqüentemente, do desenvolvimento, constitui o objetivo primordial da regulação econômica⁹², exigindo do Estado uma atuação mais abrangente, estabelecendo ações positivas aos agentes econômicos.

Neste ponto, a regulação econômica distingue-se daquele poder de polícia estatal que opera no controle estrutural de concentração de poder econômico e na aplicação de sanções às práticas anti-concorrenciais, identificado na legislação antitruste. Neste (direito antitruste), o Estado limita-se a controlar e fiscalizar o comportamento dos particulares para fins de evitar infrações à ordem econômica, ao passo que, na regulação, o ente estatal regulador tem o poder de impor, num aspecto mais amplo, aos agentes privados, a prática efetiva de determinados comportamentos, a fim de se garantir a liberdade de concorrência.

Esta situação pode ser exemplificada pela adoção da teoria do acesso necessário (*Essential Facility Doctrine*), no qual o Poder Público pode obrigar a contratação pelo detentor de um bem essencial.

⁹⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Interesse Público da Economia*. São Paulo, n. 15, p. 137.

⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-50.

Em obra específica sobre o tema, Alexandre Wagner Nester⁹³ define a teoria do acesso necessário como sendo:

O instituto jurídico segundo o qual se consagra a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infra-estruturas e redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento de sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes.

A esse direito corresponde uma obrigação específica do detentor da infra-estrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado.

Essa imposição estatal derivada da aplicação da teoria do acesso necessário surgiu pela primeira vez na história no julgamento do caso *Terminal Railroad*, em 1912, pela Suprema Corte norte-americana. Apesar da relevância de tal precedente, apenas em 1983, no julgamento do caso *MCI Communications Company vs. AT&T*, a Suprema Corte estabeleceu definitivamente as diretrizes para a aplicação da aludida teoria, delineando os requisitos considerados essenciais para a sua efetivação⁹⁴. Esta decisão influenciou de tal maneira o aspecto regulatório vivenciado nos Estados contemporâneos que foi responsável pela implantação da *Essential Facility* nas legislações de diversos países, inclusive a nossa.

O caso dizia respeito ao fato de uma empresa detentora de um monopólio natural sobre uma determinada propriedade recusar-se de contratar com outras empresas exploradoras do mesmo ramo econômico, cuja atividade dependeria da utilização do bem monopolizado. Diz-se que há um monopólio natural sempre que o regime de competição sobre o controle de uma determinada estrutura é inviabilizada por circunstâncias naturais, a exemplo do que ocorre com a manutenção e gerenciamento das instalações de infra-estrutura de redes de telefonia e energia elétrica.

Embora a competição fosse inviável sob o ponto de vista do gerenciamento do bem ou das redes de acesso, referida ressalva não se evidencia no tocante à parte de distribuição e fornecimento do serviço, que, dada à sua peculiaridade, pode ser prestado por diversas

⁹³ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 226.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233. p. 343-344. jul./set. 2003.

empresas, em regime concorrencial. Todavia, para que as demais empresas pudessem explorar economicamente o serviço, fazia-se necessário recorrer-se ao agente privado que detinha o controle sobre a infra-estrutura das redes, vez que, sem a utilização do bem de acesso, não haveria como o serviço ser executado.

O problema surgiu quando o ente particular detentor do monopólio natural recusara-se a contratar com as demais empresas prestadoras do serviço, inviabilizando, portanto, o acesso destas ao bem essencial e, conseqüentemente, limitando a competição no setor. Em casos tais, faz-se mister que se faça presente a atuação do Estado, através da regulação econômica, no intuito de compelir o detentor do bem de acesso a contratar com os demais agentes econômicos, mesmo que com eles pratique competição, sob pena de prejudicar a livre concorrência.

A doutrina ressalta, fundamentado no acórdão proferido pela Suprema Corte norte-americana no julgamento acima citado, que o recurso a este princípio depende da existência de quatro requisitos: primeiro, que haja o controle de uma instalação essencial por um agente monopolista; segundo, que haja impossibilidade econômica, jurídica ou fática na reprodução da infra-estrutura pelo concorrente; terceiro, que exista negativa de contratação pelo titular da instalação essencial com os demais exploradores do serviço; e, por fim, que tal recusa seja tecnicamente injustificada, resultando, pois, na viabilidade do acesso⁹⁵.

Uma vez identificadas tais requisitos, o agente regulador tem o dever de intervir e proporcionar o acesso ao bem essencial para todas as empresas privadas, cujo serviço pressupõe o uso compartilhado das instalações controladas pelo agente monopolizador. Vislumbra-se, assim, uma ação estatal impositiva, no sentido de impor ao particular a prática de determinada ação (no caso, obrigação de contratar), diferindo do direito antitruste, no qual o Estado apenas fiscaliza os atos de concentração e de conduta realizados pelos agentes econômicos privados.

Outro ponto diferenciador entre a regulação econômica e o direito antitruste consiste na forma estatal de atuação no domínio econômico. Com efeito, a regulação estatal, nos moldes de sua origem anglo-saxônica, vem comumente sido exercido por entidades

⁹⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 92-93. No mesmo sentido: ORTIZ, Gaspar Ariño; GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Comares, 2001. p. 22.

administrativas diferenciadas⁹⁶, submetidas a um regime jurídico especial, e que exercem, como representantes do Estado, atuação coordenadora e normativa no âmbito do setor no qual atuam.

2.3 A regulação através de consórcios públicos

Com o advento da regulação econômica, resultante das privatizações e do modelo de Estado regulador, a composição da Administração Pública brasileira tem evidenciado uma inovação em seu modelo estrutural, com a criação de novas figuras administrativas.

Essa readaptação estrutural se evidenciou cada vez mais durante a década de noventa do século passado, com o surgimento das agências reguladoras como “entidades administrativas independentes”, e se intensificou ainda mais nos dias atuais, com a promulgação de normas e atos jurídicos cujo teor consiste em sedimentar a atuação dos particulares nesta nova empreitada administrativa.

Os exemplos são múltiplos, podendo-se citar, a título da ilustração, o desenvolvimento do terceiro setor, o crescimento das Organizações Sociais e as Organizações Civas de Interesse Público, as Parcerias Público-Privadas, as franquias, etc., consistindo, tais figuras, em novos modelos de atuação da iniciativa privada em atividades outrora reservadas ao Estado.

Também se vislumbra, neste contexto, a intensificação das agências reguladoras setoriais, cujo objetivo consiste exatamente em regular e fiscalizar a atuação dos particulares no desempenho de determinados setores, provenientes na realização de uma atividade econômica ou de um serviço público. Tais entidades, pertencentes à Administração Pública indireta, são dotadas de autonomia financeira e independência nas suas decisões, tendo surgido na égide da desestatização e da liberação de determinados setores da economia.

Concebidas como órgãos independentes, às agências reguladoras foi atribuída a missão de formular diretrizes gerais em área de competência restrita, implementando

⁹⁶ No direito francês, estas estruturas recebem o nome de “entidades administrativas independentes”, conforme noticia Alexandre Santos de Aragão, in ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2006, p. 293-317.

políticas, regulando a ação de particulares, arbitrando conflitos, garantindo a livre-concorrência e estabelecendo limites para a concentração do mercado. A função das agências seria, portanto, criar políticas e diretrizes para a atuação das empresas e oferecer, em troca, a garantia formal de um processo de integração econômica equilibrada, no qual as partes pudessem atuar e fazer valer seus direitos⁹⁷.

Outro objetivo das agências reguladoras seria assegurar a redistribuição, ou seja, buscar a universalização dos serviços e, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos usuários, cumprindo, assim, uma dupla função, qual seja, oferecer segurança jurídica para as empresas privadas e defender o direito dos cidadãos, definidos como usuários ou consumidores do serviço público⁹⁸.

A função regulatória exercida pelas agências constitui um híbrido de atribuições de natureza variada, que se traduz na outorga de determinadas prerrogativas, consubstanciadas nas três modalidades de funções típicas que são exercidas pelo Estado, isto é, a atividade executiva, preceituando que a atuação das agências reguladoras revelaria a concretização de políticas públicas e diretrizes fixadas pelo legislador, assim como a efetivação e cumprimento das normas relativas ao setor regulado⁹⁹; decisória, tendo como principal característica a possibilidade de resolver definitivamente as eventuais controvérsias oriundas do setor regulado¹⁰⁰; e, finalmente, normativa¹⁰¹, pela qual, de acordo com Conrado Hübner Mendes¹⁰², as agências teriam o exercício da regulação mediante “a produção de normas gerais e abstratas, que interferem diretamente na esfera de direitos do particular”.

Ao lado das citadas entidades, exsurge, no cenário brasileiro, a criação de consórcios públicos, com a possibilidade de exercerem, semelhantemente às agências

⁹⁷ NAVES, Rubens. Agências reguladoras: origens e perspectivas, in FIGUEIREDO, Marcelo (organizador). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros. p. 127.

⁹⁸ NAVES, Rubens. Agências reguladoras: origens e perspectivas, in FIGUEIREDO, Marcelo (organizador). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros. p. 128.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, jul./set. 2002, p. 301..

¹⁰⁰ MENEZES, Roberta Frago de. As agências reguladoras no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, jan./mar. 2002, p. 55.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, jul./set. 2002, p. 301.

¹⁰² MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129.

reguladoras, a atividade regulatória do Estado, ao menos no que tange às atividades relacionadas à prestação de saneamento básico.

Na realidade, a formação dos consórcios públicos traduz a necessidade de, em alguns pontos, o Estado valer-se da chamada “gestão pública associada” entre os entes federativos, para fins de realizar, sob alguns aspectos, determinados serviços públicos em concomitância, respeitando, todavia, as prerrogativas constitucionais concernentes a cada ente político envolvido, consoante será melhor estudado mais adiante.

Por ora, insta ressaltar apenas que a Lei n. 11.445/07, que disciplina a Política Nacional de Saneamento Básico, estabelece a possibilidade de tais consórcios exercerem a atividade regulatória conferida às agências reguladoras, com os mesmos caracteres dispensados às mesmas.

Este entendimento é resultado da interpretação dada ao art. 8º da referida legislação, cujo teor preceitua:

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Assim, oportuniza-se aos titulares dos serviços de saneamento básico a formação conjunta de um consórcio público setorial, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei n. 11.107/05, que disciplina a formação e a contratação de consórcios públicos, para fins de organização, *regulação*, fiscalização e prestação destes serviços, obtendo-se, para tanto, das mesmas funções exercidas pelas entidades administrativas independentes, isto é, atividade executória, normativa e decisória.

Tal raciocínio é confirmado mais adiante, quando, em seu art. 15, inciso II, a aludida legislação descreve que:

Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, **as atividades de regulação e fiscalização** poderão ser exercidas:

I - por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

II - por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Parágrafo único. No exercício das atividades de planejamento dos serviços a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores. (destacamos).

Vê-se, pois, que, no concernente aos serviços de saneamento básico, existe a possibilidade jurídica de se formarem consórcios públicos entre os entes federativos para fins de exercício da atividade regulatória, desde que sejam, por óbvio, respeitados os requisitos legais de titularidade do serviço e escolha da personalidade de direito público.

A questão relacionada à personalidade de direito público mostra-se, deveras, significativamente salutar, visto que os consórcios públicos podem, de acordo com a Lei n. 11.107/05, adotar tanto personalidade de direito público, caso em que serão consideradas autarquias, como personalidade de direito privado, hipótese na qual serão equiparadas às associações civis, devendo reger-se pelas normas do direito privado.

A problemática, porém, consiste no preenchimento do requisito da titularidade do serviço, visto que a Constituição Federal estabelece competir indistintamente a todos os entes federativos a prestação e a fiscalização do mesmo, o que induz ser tanto a União, como os Estados-membros e os Municípios, cada qual no âmbito de sua atuação (nacional, regional ou local, respectivamente), os titulares do serviço.

A viabilidade, portanto, da formação de consórcios públicos intermunicipais para regulação econômica dos serviços de saneamento básico exigem uma análise mais detalhada acerca do sistema constitucional de repartição de competências desenhado no contexto do federalismo brasileiro, bem como da observância dos requisitos básicos para a formação de tais consórcios, razão pela qual remetemos a matérias para os últimos capítulos deste trabalho, onde serão estudados mais pormenorizadamente.

3 Teoria geral dos serviços públicos.

Uma vez traçadas as premissas elementares acerca da atuação estatal na regulação econômica, faz-se mister, com o fito de dar prosseguimento ao objeto de estudo proposto nesta pesquisa, tecer alguns delineamentos sobre o enquadramento da questão relativa à distinção entre serviço público e atividade econômica, bem como a inserção da atividade de saneamento básico em uma dessas duas espécies.

Isto porque, na verdade, a mudança do Estado, da fase liberal para a fase social e, posteriormente, para o atual cenário de ente regulador, trouxe, concomitantemente à sua evolução, um contínuo processo de mutação no que tange à concepção de serviço público, especialmente no tocante à sua fase embrionária, ocorrida na França, por volta do século XVIII, até sua completa transformação com os chamados serviços públicos industriais e comerciais, nos quais se vê a possibilidade de serem prestados por entidades privadas, seguindo as regras do mercado.

Desse modo, por entender-se essencial para a desenvoltura do objeto de pesquisa traçado no presente estudo, este capítulo será dedicado à apreciação da teoria geral do serviço público, para fins de que, em seguida, após uma visão panorâmica acerca do surgimento e evolução do instituto, possamos adentrar na seara específica que se consubstancia na dicotomia existente entre os serviços públicos e as atividades econômicas, com especial enfoque no ordenamento jurídico brasileiro.

Como dito, a concepção de serviço público vem atravessando uma constante readaptação em torno de sua substância, levando-se à equivocada idéia de que o conceito de serviço público encontra-se em uma verdadeira “crise”¹⁰³, ora questionando-se a eminência de um regime jurídico de direito público na sua gestão, ora estabelecendo-se os parâmetros de sua prestação pelos particulares por meio de um regime jurídico privado.

Nesse contexto, explica Laubedère que existem três modos de gestão do serviço público: a forma direta, através dos agentes públicos do Estado; a forma de organização em

¹⁰³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, Serviço Público: crise e conciliação. *Revista de Direito do Estado*, Brasília – DF, v. 1, n. 4, out./dez 2006, p. 388.

estabelecimentos públicos, no qual pessoas estatais ganham personalidade própria para gerir o serviço (a exemplo das autarquias); e a forma de concessão de serviço para entes privados, no qual, segundo a definição do autor, o Poder Público conclui uma convenção com o particular, no sentido de que este preste o serviço por sua conta e risco e se remunere através dos preços cobrados dos usuários¹⁰⁴.

Nesse último aspecto, discute-se a possibilidade de tais organismos privados, ao desempenhar atividades de interesse público, valerem-se de um regime jurídico eminentemente privado, ou parcialmente público, alargando a concepção de “crise” existente na noção de serviço público.

Não é por outro motivo que Jacqueline Morand-Deville¹⁰⁵ considera o serviço público como um verdadeiro “camaleão”, cujo conteúdo e essência parece resplandecer um alternante feixe de cores variadas, tendendo, entre uma cor e outra, em um regime jurídico ora público e ora privado.

Reporta-nos Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰⁶, com base nas lições de *Chenot*, que tais ilações passaram a ser questionadas a partir do momento em que o Estado lançou-se (especialmente a partir dos anos 30 do século passado) na consecução de determinadas atividades comerciais e industriais, cuja desenvoltura encontrava-se sujeita a um regime jurídico distinto daquele aplicado ao serviço público. Segundo o autor, a atuação do Poder Público nos chamados serviços industriais e comerciais marcaram a participação de entes estatais em “campos tradicionalmente afetos à empresa particular”.

Do mesmo modo, outro aspecto que norteia a idéia de crise na noção do conceito de serviço público condiz ao fato de o particular esparzir-se, com o aval do Estado, na prestação e exploração econômica dos mencionados serviços, contornando-os com os caracteres inerentes às regras concorrenciais e rechaçando a fadigada idéia de dicotomia existente entre serviço público e atividade econômica.

Talvez este seja o ponto crucial da análise da noção que tornea o conceito de serviço público, que se torna, dada a disparidade de seus critérios e definições, algo fluido e variável, cujos desdobramentos, ainda hoje, não se mostram precisamente definidos pela

¹⁰⁴ LAUBEDÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 15. ed. Paris: LGDJ, p. 880-881.

¹⁰⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, Serviço Público: crise e conciliação. *Revista de Direito do Estado*, Brasília – DF, v. 1, n. 4, out./dez 2006, p. 395.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 155.

doutrina. Eis a razão pela qual se mostra procedente a afirmação de Renato Alessi, citado por Caio Tácio, segundo a qual o serviço público é “*un delle più incerte e nebuloze di tutto quanto il campo del diritto pubblico*”¹⁰⁷.

A busca de um paralelo entre os serviços públicos e as atividades econômicas, bem como um delineamento acerca da regulação estatal na ótica de uma ou outra modalidade, exige o desenvolvimento de um estudo mais acurado a respeito da noção de serviço público, desde sua origem embrionária (com especial destaque para os estudos promovidos na França, no século XIX), até a sua concepção na estrutura econômica globalizada dos dias atuais.

3.1 O serviço público à luz da jurisprudência francesa

O início da análise da concepção de serviço público a partir das decisões judiciais proferidas pelos tribunais franceses tem sua razão de ser no fato de existir, na França, um modelo de contencioso administrativo, segundo o qual as ações que envolvam atos relacionados à função administrativa não poderiam, ao menos em tese, ser apreciados pelo Judiciário comum, mas sim por órgãos de jurisdição administrativa. Essa diferenciação concebia-se no fato de a Administração Pública somente poder vir a ser condenada por órgãos administrativos, sendo vedada a ingerência do Judiciário nas ações do Estado¹⁰⁸.

O critério utilizado para a definição da competência de uma e da outra jurisdição (administrativa e comum) tinha por objeto de delimitação as ações que envolvessem, ao final, alguma forma de condenação que implicasse em pagamento, em favor do pleiteante, de qualquer parcela pecuniária em detrimento do Estado. Consistia, pois, no chamado *État débiteur*, segundo o qual não se concebia, com base na teoria da separação dos poderes, que a decisão de um poder (*in casu*, o Judiciário comum) causasse, de algum modo, repercussão nas diretrizes orçamentárias dos recursos financeiros de outro.

Ao lado de tais assertivas, não se concebia, da mesma forma, que um juiz administrativo apreciasse relações eminentemente particulares, submetidos, portanto, às

¹⁰⁷ TÁCIO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, p. 373.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52-53.

normas do direito privado, cuja incidência não abarcaria as relações que envolvessem o Estado.

A distinção, todavia, entre a competência das duas jurisdições era, muitas vezes, imprecisa e não suficientemente segura, vez que, com a intervenção cada vez mais crescente da atuação estatal no domínio privado (especialmente através dos serviços públicos industriais e comerciais), os casos trazidos às Cortes francesas possuíam um caráter extremamente híbrido, apresentando, de um lado, um ente público (geralmente representado por uma empresa estatal), que desempenhava, paradoxalmente, uma atividade submetida à égide do direito privado.

No afã de apaziguar tais discrepâncias, foi instaurado, em março de 1872, o Tribunal de Conflitos francês, com a missão de definir, nos casos concretos, de qual seria, entre os dois órgãos com atribuição jurisdicional (o órgão administrativo e a Justiça comum), a competência para o julgamento das lides.

Evidentemente o critério delimitador da atribuição de ambos os órgãos tendia a deixar de ser aquele formulado na idéia do *État débiteur* (A título de ilustração, pode-se vislumbrar o abandono da idéia de *État débiteur* no próprio teor do acórdão proferido no caso *Blanco* - abaixo mencionado -, cujo relator, o comissário de Estado francês David, expressamente declara o abandono definitivo do critério de delimitação das competências fundadas a partir da incumbência dos tribunais administrativos de declararem o “débito” do Estado¹⁰⁹), por mostrar-se deveras insuficiente para perquirir os objetivos que lhe foram propostos, passando-se a adotar, a partir de então, um novo parâmetro, pautado ora na concepção da *puissance publique*¹¹⁰, ora na noção de serviço público.

Segundo Andrea Nárriman Cezne¹¹¹, o serviço público passou a ser utilizado pelo Tribunal de conflitos francês como o critério diferenciador da determinação da competência de ambas as jurisdições a partir de dois julgados paradigmáticos, articulados nos casos *Blanco* e *Terrier*, elegidos como os arestos que, além de servir de supedâneo para o desenvolvimento da noção do serviço público, atuaram no incremento de todo o direito

¹⁰⁹ DEVOLVÉ, Pierre, *et all. Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 02.

¹¹⁰ O termo *puissance publique*, malgrado seja bastante utilizada pela doutrina nacional como sinônimo de poder público, ou potestade pública, não possui correspondente morfológico no idioma vernáculo, motivo pelo qual utilizamos, neste trabalho, referida expressão em sua língua oficial.

¹¹¹ CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./ set. 2005, p. 322.

administrativo, sendo, pois, ao mesmo tempo, “*le critère de la compétence administrative*” e “*le fondement du droit administratif*”¹¹².

3.1.1 O acórdão *Blanco*

O evento que resultou na formulação do acórdão *Blanco* é considerado paradigmático pela doutrina, vez que representa o primeiro julgado que definiu o serviço público como critério diferenciador da competência da jurisdição comum e do Conselho de Estado francês¹¹³.

Tratava-se de um acidente que ocasionou lesões corporais em uma pequena garota na cidade de Bordeaux, provocado por um vagão de trem pertencente a uma empresa de exploração de tabaco da referida municipalidade francesa. A questão envolvia o exercício de um serviço público industrial e comercial (as chamadas SPIC), cuja efetivação era perpetrada por um órgão pertencente a uma empresa estatal.

Em 08 de fevereiro de 1873 foi instaurado o conflito de competência perante o Tribunal de Conflito francês, para fins de se estabelecer qual órgão judicante seria incumbido de apreciar a questão (jurisdição comum ou jurisdição administrativa). Prevaleram os argumentos sustentados pelo Comissário David, segundo os quais caberia à jurisdição administrativa decidir o litígio, tendo em vista que os danos foram causados durante a prestação de um serviço público¹¹⁴.

De outro lado, ganha especial relevância o conteúdo do acórdão ante ao fato de ter estabelecido a possibilidade de um juiz administrativo apreciar e aplicar os princípios inerentes ao direito privado na solução dos litígios que envolvessem a gestão de serviços públicos, ainda que seu responsável seja uma pessoa jurídica estatal, como sucedeu no caso da manufatura de tabacos da cidade de Bordeaux¹¹⁵.

¹¹² DEVOLVÉ, Pierre, *et all. Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 03.

¹¹³ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22.

¹¹⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

¹¹⁵ DEVOLVÉ, Pierre, *et all. Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 02.

Essa decisão adquiriu especial importância pelo fato de ter se valido da noção de serviço público para definição da competência do Conselho de Estado francês, ultrapassando a idéia de que as atribuições do aludido órgão somente consubstanciar-se-iam quando se estivesse diante de litígios que visassem a condenação pecuniária do Estado, com base no critério do *État débiteur*¹¹⁶.

Insta lembrar, no entanto, que este critério não foi utilizado, no caso *Blanco*, de forma absoluta, restando ainda presente a idéia da competência do juízo administrativo com base na *puissance publique*, conforme reporta Pierre Devolvé¹¹⁷.

Além disso, malgrado o avançado passo trazido pelo acórdão *Blanco*, pode-se afirmar que a noção de serviço público somente alcançaria seu apogeu, sendo reconhecido como pedra angular do direito administrativo e como critério definitivo da competência da jurisdição administrativa francesa, cerca de trinta anos depois, quando seu conteúdo foi revigorado pelo Conselheiro de Estado Romieu, no julgamento proferido no caso do acórdão *Terrier*.

3.1.2 O acórdão *Terrier*

O caso *Terrier* dizia respeito a um prêmio oferecido pelas autoridades da localidade de Saône-et-Loire aos caçadores de víboras. Após a execução da atividade, o dinheiro relativo à recompensa inicialmente oferecida aos particulares que realizassem a tarefa exauriu-se inexplicavelmente, levando alguns caçadores, dentre eles M. Terrier, a pleitear indenizações referentes às expectativas que lhes foram frustradas¹¹⁸.

O Tribunal de conflitos francês, por entender estar-se diante de um serviço público prestado por particulares sob delegação da municipalidade, atribuiu a competência para o Conselho de Estado Administrativo para fins de apreciar e promover o julgamento do litígio.

Um ponto relevante decorrente do conteúdo do acórdão diz respeito ao abandono definitivo da idéia da *puissance publique* como sustentáculo da atuação estatal (noção esta

¹¹⁶ RIVERO, Jean. *Droit administrative*. 13. ed. Paris: Dalloz, 1990. p. 206.

¹¹⁷ DEVOLVÉ, Pierre, et all. *Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 03.

¹¹⁸ DEVOLVÉ, Pierre, et all. *Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 70.

baseada em um suposto poder de autoridade que o Estado detém em relação ao particular, que lhe serve de base e fundamento jurídico para legitimar sua atuação na esfera privada), elegendo o serviço público como critério absoluto da competência da jurisdição administrativa francesa.

Outro aspecto causado por esta decisão refletiu no fato de ter sido rompido o critério subjetivo para delimitar a incidência de uma determinada atividade como serviço público, abrindo-se a possibilidade de denominar “serviço público” atividades igualmente desenvolvidas pelos particulares¹¹⁹.

Assim, o acórdão *Terrier* obteve significativa importância dado ao fato de ter imputado a competência para o julgamento da lide à jurisdição administrativa, mesmo que as atividades fossem desenvolvidas pela gestão privada, sob delegação do Estado. Tais caracteres transferiram para o particular uma parcela de poderes outrora inerentes tão somente à Administração, e, em razão disto, ficou decidido que sempre que houvesse o desempenho estatal de determinadas atividades, seja direta, através de sua estrutura orgânica, ou indiretamente, mediante delegação ao setor privado, estar-se-ia diante da competência da jurisdição administrativa.

Esta noção culminou na separação entre serviço público e *puissance publique*, cuja dissociação restara inobservada no julgamento do caso *Blanco*. Segundo Andrea Nárriman Cezne¹²⁰, o acórdão “*Terrier*” teve como um dos seus principais efeitos a dissociação entre serviço público e a idéia de *puissance publique*, além do fato de ter desencadeado o início do declínio da noção do serviço público. A expressão *puissance publique*, palavra de origem francesa cuja tradução não possui similar na língua portuguesa, tem sua raiz na soberania do Estado e no seu poder de império em relação ao particular, a fim de preservar a ordem pública e a segurança coletiva¹²¹.

Nada obstante a relevância do referido acórdão, impende ressaltar que o maior destaque relativo às distinções entre estes dois conceitos (serviço público e *puissance*

¹¹⁹ CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./ set. 2005, p. 323.

¹²⁰ CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./ set. 2005, p. 323.

¹²¹ TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, p. 374.

publique) surge com maior intensidade no âmbito doutrinário, em especial com os trabalhos dos mestres das escolas de Bordeaux e Toulouse.

3.2 O serviço público à luz da doutrina francesa

A França destacou-se no desenvolvimento do Direito Administrativo por ter sido o palco das elaborações doutrinárias mais eloqüentes envolvendo as acepções acerca da idéia de serviço público, considerado, durante muito tempo, a peça primordial do objeto de estudo do Direito Público.

Dentre seus principais juristas, chamam atenção os escritos de Leon Duguit e Gaston Jèze, ambos acadêmicos da escola de Bourdeaux, que enfatizaram, respectivamente, os contornos sociais e jurídicos da noção de serviço público.

3.2.1 A concepção de Leon Duguit

Na égide das monarquias absolutistas, por volta dos séculos XV e XVI, à figura do rei, ente soberano que concentrava todo o poder em suas mãos, eram comumente atribuídas as funções de garantidor da ordem pública e promotor da paz social, numa esteira ideológica que demonstrava o caráter paternalista da relação entre o governante e governados.

O rei representava, ao mesmo tempo, um ente místico de inspiração divina, sinônimo de um verdadeiro representante de Deus na terra, e uma pessoa comum, indivíduo de carne e osso com caracteres materiais inerentes a qualquer ser humano. Nas palavras de Mescheriakoff¹²², o soberano consistia em uma “pessoa mista, com um corpo físico e um corpo místico”. Aos poucos, contudo, o aspecto da divindade foi perdendo espaço no cenário de crise instaurada com o declínio do *Ancien Régimen*, deixando, apenas, a percepção de um monarca idealizado em uma pessoa natural, cujas atribuições consubstanciariam na defesa e promoção do interesse social.

Com a queda das monarquias absolutas, a realização dos referidos interesses passou a ser incumbência do próprio Estado em si, agora personificado numa entidade autônoma e

¹²² MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2. ed. Paris: PUF, s/d. p. 20.

distinta do governante, criteriosamente estruturada. Cabia, portanto, à Administração Pública (e não mais ao soberano) atuar nas áreas consideradas essenciais para a satisfação dos anseios da sociedade ¹²³.

Essa atuação estatal, aos poucos, passou a insurgir em áreas outrora reservadas exclusivamente à iniciativa privada, sob o fundamento de que sobreditas áreas representavam zonas de interesses públicos, cuja ingerência teria de ser conferida primordialmente ao Estado, que tinha, por responsabilidade, a manutenção da paz social (característica que se destacou, ainda mais, com o advento do Estado Providência, como visto no capítulo anterior).

O intervencionismo estatal em tais campos era legitimado na idéia de um pretensão “poder de autoridade”, ou *puissance publique*, que o Estado detinha em relação ao particular. Em outras palavras, a Administração baseava-se na idéia de soberania estatal (ou Potestade Pública) para justificar sua participação nas atividades outrora desenvolvidas majoritariamente pelos particulares.

Todavia, nem todos os atos perpetrados pelo Estado eram concebidos com base nessa pretensa força soberana, visto que, não raras vezes, o Poder Público atuava no mesmo patamar jurídico dos particulares (como, por exemplo, na celebração de um contrato de natureza privada), derrogando-se o regime de direito público fundamentado na *puissance publique* e submetendo-se às mesmas regras do direito comum.

O problema que se insurgia na consumação de tais atos dizia a respeito à ausência de um critério objetivo para se enquadrar determinada conduta estatal em um ou em outro regime (público e privado), de modo que não se podia antever qual ou quais atividades estatais estariam emolduradas nos alicerces do direito comum. Nesse contexto, surge a teoria da autolimitação subjetiva ¹²⁴, desenvolvida pelo filósofo francês Julien Laferrière, cuja essência estabelecia que o Estado agiria com atos de autoridade sempre que fundamentado em sua *puissance publique*, ao passo que estaria agindo como uma pessoa comum (submetida, portanto, ao regime jurídico de direito privado) quando tal prerrogativa restasse inobservada.

¹²³ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17-18.

¹²⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 28.

Partindo dessa premissa, Laferrière buscou classificar os atos estatais em atos de império (baseados na *puissance publique*) e atos de gestão (inseridos no regime privado), classificação esta que serviria, de início, para delimitar a competência do Conselho de Estado francês perante os órgãos da jurisdição comum (A distinção entre atos de império e atos de gestão serviu de base para o julgamento proferido no caso *Terrier*, ficando ali consignada a competência da justiça administrativa sempre que se estivesse diante de uma “gestão pública” de uma dada atividade, ainda que a consecução da mesma fosse perpetrada por um particular¹²⁵). Nessa seara, as atividades da Administração classificadas como atos de gestão, nas quais o Estado atuava como se particular fosse (subsumindo-se, inclusive, ao regime de direito privado), estariam submetidas à jurisdição judiciária (ou comum), ao passo que as ações substanciadas em atos de império (ou *puissance publique*) estariam submetidas à apreciação da jurisdição administrativa¹²⁶.

Todavia, a demasiada inserção do Estado no domínio reservado aos particulares tornou insuficiente e imprecisa a concepção trazida pela teoria de Laferrière, levando a doutrina e a jurisprudência a buscar novos parâmetros para diferenciar a competência do Tribunal Administrativo Francês e a da jurisdição comum¹²⁷.

Contrariando o postulado trazido pela teoria da autolimitação subjetiva, o mestre da escola de Bourdoux, Leon Duguit, propendeu fornecer um novo enfoque para legitimar a atuação do Estado. Sua preocupação consistia em elaborar uma teoria que justificasse a crescente intervenção estatal nos domínios submetidos à exploração dos particulares, sem que tal ingerência tivesse por alicerce uma idéia pautada na supremacia estatal frente o indivíduo, a *puissance publique*¹²⁸.

Nesse sentido, o aludido mestre francês trouxe a concepção de que o Estado deveria estar submetido aos preceitos traçados pelo direito objetivo, que, por sua vez, se encontrava

¹²⁵ DEVOLVÉ, Pierre, *et all. Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 70-73.

¹²⁶ LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 2. Ed. Paris: Edition Domat Montchrestien, 1947, p.

¹²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27.

¹²⁸ De acordo com Andrea Nárriman Cezne, o conceito de serviço público trazido por Leon Duguit surge na busca de um novo critério de justificação da atuação do Estado, não mais alicerçada na idéia de soberania ou na expressão de uma autoridade (*puissance publique*). Dessa forma, o Estado deveria sujeitar-se a um direito objetivo e agir dentro dos limites por ele estabelecidos, sempre vinculado ao fim da solidariedade social. (CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./ set. 2005, p. 323).

vinculado aos auspícios da solidariedade social, cuja caracterização seria consubstanciada na lei. Desse modo, o filósofo francês lançou a premissa de que o Estado não seria o detentor de um *poder* subjetivo fundamentado na potestade pública, mas sim de uma série de *deveres* subjetivos criados pela lei para a satisfação dos interesses considerados essenciais para a sociedade.

A ideologia sustentada por Duguit, sob forte influência do socialismo social arquitetada por Émile Durkheim, consistiu no fato de todos os indivíduos de uma dada sociedade possuírem direitos sociais recíprocos, cabendo ao Estado atender a satisfação destes direitos mediante a prestação de serviços públicos. Tais obrigações estariam demarcadas e circunstanciadas na lei, demonstrando que o Direito se traduziria na cristalização de uma norma jurídica pré-existente no grupo social¹²⁹, tendendo, por conseguinte, a limitar a atuação estatal à observância dos preceitos traçados pelo direito positivo.

Duguit sustentava que a legitimidade do ente público somente se cristalizava se se verificasse que, em um determinado momento histórico, a atuação estatal fosse necessária para alcançar os interesses sociais, cuja satisfação adviria mediante a prestação de serviços públicos. Tais atividades seriam, dada à sua relevância para a sociedade, impassíveis de serem exercidas pelos particulares, devendo, portanto, serem assumidos pela intervenção da força governante¹³⁰.

O filósofo francês argumentava, ainda, que o conteúdo material dos serviços públicos prestados pelo Estado não ficaria à livre disposição do legislador, mas seria verificado de acordo com as necessidades evidenciadas na sociedade em uma determinada época. Celso Antonio Bandeira de Mello¹³¹ explica que a doutrina de Duguit rejeitava a idéia de serviço público como uma criação da vontade do Poder Público, conferindo-lhe uma fisionomia objetiva e variável de acordo com as mutações da realidade social. Assim, na medida em que a sociedade se desenvolvia e evoluía, as matérias inerentes às atividades

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 82.

¹³⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: La Memoire du Droit. 1923, p. 55.

¹³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 143.

suscetíveis de servir de suporte para o serviço público iriam surgindo no seio social em evolução¹³².

Dessa forma, o mestre de Bourdeaux traçou um critério objetivo para a aferição do que poderia, ou não, ser considerado um serviço público, cabendo à lei consignar uma determinada atividade como tal, de acordo com o curso natural do estado das relações sociais¹³³, não elencando, contudo, um conceito preciso e definitivo sobre qual ou quais atividades poderiam ser enquadrados em tal modalidade.

O doutrinador francês procurou, na verdade, afastar quaisquer acepções metafísicas da conceituação dos serviços públicos¹³⁴, partindo-se da premissa de que sua noção somente poder-se-ia ser estabelecida mediante a análise da realidade social, resultante de um processo científico de observância dos fatos sociais evidenciados em um dado contexto histórico.

Desse modo, seria impossível estabelecer-se uma definição *a priori* de serviço público, vez que sua delimitação ou seu objetivo cambiaria, inexoravelmente, conforme o processo natural de evolução no qual percorre o curso da sociedade. Os interesses sociais deveriam ser necessariamente observados pelos governantes e desenvolvidos através da prestação de serviços públicos, mostrando, nitidamente, que os ideais do filósofo de Bourdeaux, antes de conceber uma doutrina eminentemente jurídica, partia de uma concepção precipuamente sociológica, que pretendia mais informar ao legislador sobre a maneira de proceder, do que lançar uma teoria jurídica propriamente dita¹³⁵.

O Estado, assim, representava, para Duguit, um arcabouço de serviços públicos (substituindo-se a noção de soberania), caracterizado pelo desempenho de atividades materiais de necessidade social, cuja atuação pela livre iniciativa poderia se revelar deficiente¹³⁶.

A teoria do serviço público, por conseqüência, altera a legitimação da ação estatal de um regime fundamentado na *puissance publique* para a atuação pautada na satisfação

¹³² DUGUIT, Léon. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: La Memoire du Droit, 1999. p. 47.

¹³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 141.

¹³⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 32.

¹³⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140.

¹³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 83.

dos interesses sociais, buscando dar nova legitimação à intervenção do Estado no campo privado e, ao mesmo tempo, limitar a sua ingerência nos interesses sociais traçados pelo direito positivo¹³⁷.

Além de legitimar a presença estatal, a teoria sustentada por Duguit fez transcender o rol de atribuições do Estado, que, na égide do liberalismo, cingia-se à proteção da defesa externa, garantia de justiça e poder de polícia¹³⁸. O aumento das necessidades evidenciadas pela sociedade exigia uma maior participação do Estado na intromissão de tais misteres, sendo, pois, insuficiente um modelo estatal meramente espectador das condutas realizadas pelos particulares, tal como se evidenciava no período em que se consagrou o Estado liberal.

Percebe-se, com isto, que, malgrado o fato de o autor francês não ter almejado uma nova ideologia política, como observado por Monica Spezia Justen¹³⁹, sua teoria coincide exatamente com a fase de transição entre o Estado liberal e o Estado providência, cuja característica principal baseia-se exatamente na presença marcante do intervencionismo estatal.

Nada obstante os consideráveis progressos de sua doutrina, a teoria do serviço público formulada por Duguit carecia de alguns pontos essenciais para dar sustentabilidade à sua aceção. A noção de que a definição do serviço público dar-se-ia através da observância (segundo o autor, a “affirmation de la règle de droit reponse exclusivement sur un fait, le fait de l’interdépendance sociale, constatée par l’observation¹⁴⁰) dos interesses sociais, encarnadas dentro do comportamento social, trouxe certa imprecisão na concepção formulada pelo mestre de Bourdaux¹⁴¹.

Deveras, a necessidade de apreciar-se a realidade fática evidenciada na sociedade, em uma dada época, para fins de definir o conteúdo material do serviço público, tenderia a

¹³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

¹³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 82.

¹³⁹ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 34.

¹⁴⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: La Memoire du Droit. 1923, p. 70.

¹⁴¹ MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2.ed. Paris: PUF, s/d. p. 45.

tornar sua definição um tanto abstrata, uma vez que algo que possa ser considerado essencial hoje, talvez tenha sentido e natureza diversa amanhã¹⁴².

Além disso, a conceituação de serviço público trazida por Duguit oferece um aspecto demasiadamente amplo, fazendo incidir na noção de serviço público atribuições voltadas à idéia de função pública, tais como o exercício das atividades administrativas, legislativas e judiciais.

Por fim, urge frisar que o argumento segundo o qual o Estado não mais se valeria de sua Potestade Pública na delimitação do campo de sua atuação, rendeu a Duguit o título de anarquista, uma vez que questionava a idéia de soberania estatal, sendo seu trabalho alvejado pelas mais fervorosas críticas.

Nada obstante tais conjunturas, insta respaldar a relevância da doutrina de Duguit, que é considerada, hoje, um dos mais avançados pensamentos doutrinários para os moldes do contexto histórico evidenciado na época, tendo servido, durante muitos anos, de base para a objetivação dos pilares que fundamentam o Direito Administrativo clássico.

Dentre as críticas emanadas em desfavor da Escola do Serviço Público, sobressai as observações formuladas pelo jurista da escola de Toulouse, Marice Hauriou.

3.2.2 A Concepção de Maurice Hauriou

Malgrado tenha Maurice Hauriou sido o mais fervoroso crítico da escola do serviço público sustentada por Duguit, a doutrina aponta uma forte divergência acadêmica sobre quem deveria assumir a paternidade da expressão *serviço público*¹⁴³.

A questão que se impôs diz respeito ao fato de quem, efetivamente, sistematizou o conteúdo da teoria traçada para o serviço público, havendo ampla desarmonia na doutrina a este respeito. A título de ilustração, o professor Juan Carlos Casagne, citado por Dinorá Adelaide Grotti¹⁴⁴, enfatiza ser equivocado atribuir a paternidade intelectual da teoria do

¹⁴² Na França, por exemplo, os cultos religiosos eram considerados serviços públicos até o início do século XX.

¹⁴³ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40.

¹⁴⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41-42.

serviço público a Duguit, devendo tal noção doutrinária ser conferida ao decano de Toulouse, Maurice Hauriou.

Nada obstante tais ilações, o que se deve deixar salientado é que a noção trazida por Hauriou afronta abertamente a doutrina traçada pela escola do serviço público, consoante verifica Dinorá Adelaide Grotti¹⁴⁵. Segundo a autora, Hauriou contrapõe-se à teoria do serviço público protagonizada por Duguit ao inadmitir a regra de direito objetivo ofertado pelo mestre de Bourdaux. Na visão de Hauriou, disserta, “o poder público assume por si mesmo um poder jurídico”, sendo o serviço público apenas a *finalidade* da atuação estatal, e não sua *legitimação*.

No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão informa que, na concepção do mestre de Toulouse, o regime de direito público pressupõe um poder de império (*puissance publique*) do Estado sobre o particular, partindo, tal premissa, da superioridade do interesse público sobre o interesse privado¹⁴⁶.

Assim, mesmo reconhecendo que o serviço público seria o fim a ser almejado pelo Estado (demonstrando, dessa forma, a relevante importância do instituto), entendia Hauriou que a aludida finalidade somente poderia ser alcançada através da *puissance publique*, refratando a idéia duguista de que tal “potestade pública” não poderia ser conferida ao Estado.

Na verdade, o pensamento de Hauriou acerca do serviço público deve ser observado em quatro fases, segundo esclarece Monica Spezia Justen¹⁴⁷. A primeira, iniciada em 1892, malgrado o fato de ter considerado a *puissance publique* como o fundamento do Direito Administrativo, perfilhou pela linha de entendimento segundo a qual o serviço público representaria uma utilidade coletiva.

A segunda, idealizada em meados de 1897, definia que somente se estaria diante de um serviço público, baseado nas regras de Direito Administrativo, se o meio pelo qual tal serviço se exteriorizasse fosse alicerçado pela *puissance publique*, ou seja, mediante o poder de império.

¹⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40.

¹⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 91.

¹⁴⁷ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40-41.

A terceira fase é caracterizada pelo retorno do pêndulo para a percepção de serviço público como o centro das atividades do Estado, fase esta que é referida pelo próprio Leon Duguit em seus manuscritos, como base para a sustentação de sua teoria. Por fim, entre 1921 e 1927, Hauriou assume definitivamente sua posição de defensor da idéia de *puissance publique*, que seria o meio pelo qual a Administração Pública busca alcançar um interesse coletivo, hostilizando, definitivamente, o critério do serviço público como instituto legitimador da atuação estatal.

3.2.3 A concepção de Gaston Jèze

Sob a ótica da doutrina, destaca-se, ainda, a importante contribuição do filósofo francês Gaston Jèze, discípulo de Duguit na escola de Bourdoux, cujos delineamentos apontam para uma noção *subjetiva* da concepção de serviço público.

Segundo Jèze, a concepção objetiva de Duguit apresentava-se vaga e imprecisa, dificultando a definição do que viria compor o conteúdo material do serviço público. Desse modo, defendeu a tese de que caberia aos governantes eleger, de acordo com os interesses evidenciados em uma determinada época, tais ou quais atividades deveriam ser prestadas mediante um regime especial, rotulando-as, assim, de serviços públicos.

Jèze também destacava que o serviço público jamais poderia ser desempenhado sob um regime de direito privado, sendo esta a sua contribuição de maior destaque. Para o jurista de Bourdoux, o desenvolvimento de um serviço público exigia que a respectiva atividade fosse exercida sob a égide de um regime especial, o *regime público*, sendo inviável que os agentes públicos recorressem às regras procedimentais estabelecidas pelo direito privado na consecução de seus respectivos misteres.

A noção de serviço público, portanto, repousava, para o autor, sobre as premissas segundo as quais a existência, em uma determinada hipótese, de serviço público equivaleria a dizer que os agentes públicos, com o fito de dar satisfação regular e contínua a certas atividades destacadas como necessidades de interesse geral, poderiam aplicar os procedimentos do direito público (ou seja, um regime jurídico especial), sendo as leis e os regulamentos abarcados por este regime, passíveis de alteração a qualquer momento, no afã

de promover a organização do serviço, sem que isto configure qualquer empecilho na ordem jurídica¹⁴⁸.

Explica-nos Celso Antonio Bandeira de Mello que enquanto Duguit procurava alicerçar sua doutrina com base numa visão estritamente sociológica, Jèze partia de uma perspectiva eminentemente formal, traduzida em um regime peculiar, consubstanciada em uma “instrumentação do exercício da atividade pelo direito público administrativo”¹⁴⁹.

A instrumentação do serviço público, trazida por Jèze através de seu regime jurídico administrativo, constitui, nos dias atuais, um centro de divergências entre os doutrinadores que tratam da matéria. Para uns, o fato de o particular exercer a exploração de determinadas atividades tidas como de interesse geral, mas sob a égide de um regime privado, bem como o fato de o Estado se lançar no desempenho de áreas outrora reservadas exclusivamente à iniciativa privada (os chamados serviços públicos comerciais e industriais – SPIC), trariam uma nova roupagem à concepção trazida pelo autor francês, superando-se a idéia de que o regime jurídico de direito público seria exercido de maneira preponderante.

Tais considerações fizeram surgir uma propensa “crise” na noção do serviço público, vez que, por meio delas, os critérios usualmente utilizados para definir a determinada atividade como sendo um serviço público sofreram uma sensível readaptação em seus significados, configurando, conseqüentemente, preceitos substantivos distintos daquela concepção na qual foram originariamente concebidas.

Neste aspecto, cumpre afirmar que as tendências doutrinárias estabelecidas pelos filósofos franceses narrados acima foram, sem sombra de dúvida, de grande valia para a contribuição do desenvolvimento do que, por muito tempo, foi considerada a “pedra angular” do direito administrativo, qual seja, a noção de serviço público.

Contudo, o avanço social provocado pelo desenvolvimento econômico dos últimos séculos fez repercutir efeitos também na seara do serviço público¹⁵⁰, afastando-se, de certo modo, das concepções traçadas pela vanguarda francesa, impulsionando, como visto no capítulo anterior, uma forte tendência de aplicar, sobre a noção de serviço público, as regras

¹⁴⁸ JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. T. 2, Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 04.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 149.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122.

inerentes ao direito privado, com especial enfoque na questão das privatizações e das normas concorrenciais (ou seja, as regras típicas de mercado).

Esta variação doutrinária pode ser nitidamente vislumbrada na conjuntura atual da formação da União Européia, que praticamente extinguiu a idéia de serviço público, substituindo-a pela noção de “serviço de interesse econômico geral”, conforme será estudado no momento oportuno.

3.3 As “leis de Rolland”

Com base na doutrina tradicional francesa, as “leis de Rolland” correspondem aos princípios basilares que sustentam e definem as regras e caracteres que se impõem à prestação de todo o serviço público¹⁵¹, quais sejam, mutabilidade, igualdade e continuidade.

Pelo princípio da mutabilidade, a prestação de um determinado serviço público está passível de sofrer mudanças em seu regime de execução sempre que necessário para adaptá-lo ao interesse público, que é variável no tempo. Desse modo, não haveria que se falar em direito adquirido por parte dos pactuantes que celebram contratos com a Administração, visto que referidos contratos podem ser alterados a qualquer tempo, ou até mesmo rescindidos unilateralmente, sempre que tal providência for suficiente para satisfazer o interesse público¹⁵².

O segundo corolário, referente ao princípio da igualdade, diz respeito à prestação de um serviço público sem qualquer distinção de caráter pessoal¹⁵³, de modo que o serviço público possa ser executado de maneira uniforme, atendendo toda a população como um todo (princípio da universalidade)¹⁵⁴.

Por fim, a última lei de Rolland preceitua a continuidade na prestação do serviço público, significando que o serviço não pode ser cessado ou interrompido, mas sim ser aplicado de forma absoluta, em razão de sua extrema importância. Desta forma, os governantes possuem a obrigação de assegurar o regular curso do serviço público, devendo,

¹⁵¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100.

¹⁵⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. *Revista de Interesse Público*. São Paulo, n. 40, p. 41.

segundo Rolland, ser considerada ilícita qualquer fato que intente paralisar seu funcionamento normal¹⁵⁵.

No Brasil, as leis de Rolland ganharam força normativa, e, ao lado de novos princípios, encontram-se idealizados no art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95, que, ao estabelecer o conceito de serviço adequado, determina que:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Nesse contexto, urge assentar que tais corolários devem ser observados na prestação de todo e qualquer serviço público, seja ele desempenhado pelo Poder Público ou pela iniciativa privada. Essa questão remete à temática relacionada ao regime jurídico no qual o instituto do serviço público se insere, uma vez que tais postulados podem ser mitigados caso determinada atividade deixe de ser um serviço público para ser considerada uma atividade econômica propriamente dita, sujeita, portanto, às regras típicas do direito comum, conforme será estudado no capítulo seguinte.

Contudo, pode-se ressaltar, por oportuno, que a redefinição destas atividades para o contexto das relações jurídicas submetidas ao direito privado parece ganhar forte tendência na nova conjuntura econômica globalizada, na qual se busca transferir aos particulares a exploração econômica destes serviços, em nítida contraposição à noção de serviço público concebida pelo clássico direito francês.

Essa mudança é visualizada especialmente no contexto da Comunidade Européia, cujos contornos acerca da matéria conferiram-lhe substanciais alterações.

3.4 A influência da Comunidade Européia

Como visto no primeiro capítulo, o aumento da concentração dos serviços públicos nas mãos do Estado proporcionou uma crescente burocratização na prestação de tais

¹⁵⁵ ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1937. p. 18.

atividades, bem como uma forte crise financeira, com conseqüentes repercussões no aumento da carga tributária.

O fato de o Estado assumir a consecução de tais misteres ante o fato de estar-se diante de uma atividade de relevante interesse social foi, aos poucos, perdendo seu substrato fundamental, uma vez que tal concepção foi substituída pela idéia de que o Poder Público estaria apto a proporcionar os serviços de interesse público de maneira mais satisfatória se passasse a agir como ente regulador, e não mais como explorador¹⁵⁶.

Desse modo, a gestão dos serviços públicos tenderia a passar para as mãos da iniciativa privada, que a exerceria segundo as regras do direito concorrencial, mas sob a intensa fiscalização da atividade reguladora exercida pelo Estado. Nesse cenário, o interesse público, máxime do fundamento do serviço público, seria alcançado de acordo com o cumprimento das metas traçadas pelo Poder Público regulador, em paralelo ao atendimento dos interesses lucrativos substanciados na exploração econômica desempenhada pelos particulares.

Há quem sustente certa incongruência na conjugação de tais interesses, pois o particular, ao visar tão somente o lucro, não tenderia a atender os interesses sociais. Esse conflito resultou na formulação da Escola do Interesse Público e da Escola neoclássica, que propunham visões antagônicas a respeito de qual seria o objetivo da regulação; a primeira com vistas à promoção do interesse social, e a segunda focada na proteção do mercado (*vide* capítulo I). Na verdade, o que deve ser buscado é uma zona de equilíbrio na qual ambos os interesses se tornem convergentes (de um lado o lucro almejado pelo particular que explora o serviço público, e de outro a universalidade e a continuidade exigida pela consagração do interesse público), cabendo ao Estado, através de políticas de regulação econômica, atuar como mediador na consecução de tal desiderato.

Toda essa conjuntura demonstra que o serviço público tem se afastado da noção de função pública para se aproximar à idéia de utilidade econômica¹⁵⁷, resultando na atuação da iniciativa privada na prestação de tais serviços, submetidos a um regime jurídico misto (Ainda há uma forte resistência a respeito do regime jurídico no qual são submetidos os

¹⁵⁶ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral – nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. *Revista IOB de Direito Administrativo*. P. 15.

¹⁵⁷ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral – nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. *Revista IOB de Direito Administrativo*. P. 16.

serviços públicos quando prestados por particulares. Utilizamos aqui a denominação regime jurídico *misto* adequando-nos à concepção da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem os entes privados desempenham serviços delegados sob um regime de direito parcialmente público).

Nessa nova perspectiva, os serviços públicos deixam de ser eminentemente públicos (malgrado persista o paradoxo de sua denominação) para adequarem-se a uma noção de conteúdo econômico, no qual se encontram inseridas as regras de direito privado.

Com base nessas mudanças, a União Européia forneceu uma nova nomenclatura às atividades outrora consideradas serviços públicos. Tratam-se dos *serviços de interesse econômico geral*, que hoje se inserem no conteúdo dos tratados e das convenções celebrados no âmbito do bloco econômico.

Claro que essa denominação sofreu certa resistência em alguns países, particularmente na França, em razão de ter a doutrina francesa sustentado ser o *service public* a própria essência do Estado, motivo pelo qual não se podia admitir, ao menos de início, uma mudança substancial no contexto da noção de serviço público, tal como preconizada pela União Européia.

A alusão à expressão “serviços de interesse econômico geral” veio consubstanciada na nova redação dada pelo Tratado de Amsterdã ao art. 16 do Tratado da Comunidade Européia, cuja dicção passou a dispor nos seguintes termos:

Artigo 16. Sem prejuízo no disposto nos arts. 73, 86 e 87, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

Vê-se, pois, que a alteração trazida no dispositivo em análise traduz, além de uma mera transformação semântica, uma mudança axiológica de seu significado¹⁵⁸, vez que evidencia o caráter social de tais atividades (como se vislumbra na expressão “coesão social e territorial”), atrelado a uma função econômica, parecendo querer subsumir as duas noções dentro do mesmo vocábulo.

¹⁵⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no Direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 221.

O que resta claro, dentro desta perspectiva, é que a idéia de serviço público, na verdade, não se encontra em meio a um cenário de “crise”, tal como demasiadamente apontado por alguns, mas sim se insere em um contexto de mudança de concepção, na qual se conjuga a adoção de um regime jurídico de direito privado ao lado de um regime jurídico de direito público¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Nesse prisma, destaca Mescheriakoff que já houve uma tendência, a partir do início do século XX, em se reconhecer a natureza jurídica de direito privado dos contratos celebrados entre os prestadores dos serviços públicos industriais e comerciais e seus usuários. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2. Ed. Paris: PUF, s/d. p. 57.

4 Os serviços públicos e as atividades econômicas na Constituição de 1988.

A questão relacionada à concepção de serviço público, no cenário jurídico atual, traduz a preocupação existente em se enquadrar determinada atividade como componente do regime jurídico estabelecido para a consecução destes serviços, ou, em sentido oposto, no âmbito do sistema jurídico adotado no tocante às atividades econômicas em sentido estrito, submetidas à égide das regras consensuais do mercado.

Isto porque os regimes jurídicos estabelecidos para cada modalidade (serviço público e atividade econômica em sentido estrito) são diametralmente contrapostos, face à submissão, quando à primeira, a uma série de princípios que implicam a necessidade de o particular, no momento de sua consecução, prestar atenta observância aos imperativos do interesse social, sempre sob a supervisão estatal, e, quanto à segunda, a total ausência desse compromisso por parte do agente econômico, que se vê submetido a um arcabouço jurídico bastante distinto, tendo ampla liberdade de atuação para o aferimento de seus interesses particulares.

Em outras palavras, podemos afirmar que a diferenciação de uma determinada atividade como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito remete na adequação desta atividade em um ou outro regime jurídico, juridicamente não congruentes, e que ressalta, ainda mais, a dicotomia existente entre ambas as modalidades, conforme será visualizado em seguida.

4.2 Análise da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas

A acepção “atividades econômicas”, entendida em seu sentido amplo, compreende, segundo lição de Eros Roberto Grau¹⁶⁰, os serviços públicos e as atividades econômicas em

¹⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93.

sentido estrito, cuja diferenciação, como visto, consiste no regime jurídico adotado em cada modalidade.

Na verdade, a adequação do serviço público como espécie de atividade econômica surgiu com a necessidade de submeter o serviço público às regras concorrenciais do mercado, através da desestatização, resultando em um processo cuja característica principal foi romper com os padrões clássicos do instituto, especialmente no que tange aos seus critérios identificadores.

Assim, a idéia de “crise”, na qual a doutrina sustenta o declínio da noção de serviço público, é um reflexo da polêmica relacionada à imprecisão dos conceitos relacionados aos critérios identificadores da idéia de serviço público. Estes critérios são usualmente divididos em três, a saber: o critério orgânico ou subjetivo, o critério material ou funcional, e, por fim, o critério formal.

Pelo critério orgânico (ou subjetivo), somente poderiam ser enquadrados como serviços públicos as atividades prestadas pelo organismo estatal. É dizer, a concepção orgânica ou subjetiva define o serviço público pela pessoa ou ente que o realiza ou o desempenha, abordando, assim, uma noção ampla, vez que submete à idéia de serviço público toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Poder Público¹⁶¹.

Malgrado a relevância do aludido critério, impende-se ressaltar que sua análise tornou-se insubsistente na conjuntura econômica atual, visto que, em determinadas situações, certos serviços públicos podem tanto ser desempenhados pelo setor público como também pela iniciativa privada, a exemplo do que ocorre na prestação de serviços de saúde e educação¹⁶².

Nestes casos, a própria Constituição Federal estabelece, em seus artigos 199 e 209, a prerrogativa de os particulares atuarem, ao lado do Estado, na exploração dos mencionados serviços, conforme se observa na redação dada aos aludidos dispositivos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

¹⁶¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 43.

¹⁶² COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006, p. 200.

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Além disso, a concepção orgânica sofreu profundas alterações no cenário histórico evidenciado após o fenômeno da regulação econômica, eis que, com o progressivo aumento da participação dos particulares na execução de determinados serviços públicos, mormente após o advento do Estado regulador, o desempenho destas atividades diretamente pelo Poder Público deixou de ser sua característica principal.

Todavia, insta salientar que a atuação dos particulares na prestação de tais atividades, via delegação estatal, não desnatura a existência de um serviço público, vez que a atividade pública desenvolvida não perderá o caráter de “pública” se desempenhada por pessoa física ou jurídica estruturada nos moldes do direito privado¹⁶³. O que se pretende demonstrar, contudo, é que o reconhecimento da utilização do critério subjetivo ou orgânico como fundamento da definição de serviço público tornou-se insubsistente, especialmente após a atuação cada vez mais reiterada da iniciativa privada na consecução dos aludidos serviços.

Outro aspecto elencado pela doutrina consiste no critério material ou funcional, segundo o qual o serviço público incide sobre toda e qualquer atividade que tenha por objetivo satisfazer um interesse social. Dessa forma, toda atividade material cujo foco seja a realização ou promoção de um interesse público deve ser considerada, por este critério, um serviço público.

A crítica que se levanta contra esta característica consiste no fato de que nem sempre se é possível mensurar, materialmente, tal ou qual atividade corresponde necessariamente à concepção de interesse social, visto que, como se sabe, alguns serviços essenciais (como saúde e educação, por exemplo) podem, nada obstante a essencialidade que lhes é peculiar, ser desenvolvidos mediante exploração econômica da iniciativa privada, ao revés de sua prestação mediante um serviço público tipicamente regido por um regime diferenciado¹⁶⁴.

Entretanto, nada obstante as observações produzidas acima, insta assinalar que, dentre os elementos utilizados para caracterizar os critérios identificadores do serviço

¹⁶³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

¹⁶⁴ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006, p. 200.

público (orgânico e formal), somente o critério material sobreviveu às modificações trazidas pela nova concepção de serviço público brotada no contexto da globalização econômica e da aceção regulatória do Estado¹⁶⁵.

Por fim, quanto ao critério formal, diz-se estar-se diante de um serviço público sempre que a atividade investigada for desempenhada mediante um regime jurídico diferenciado, ou seja, o regime jurídico administrativo (ou derogatório do direito privado), sendo certo que este critério preceitua a principal característica que difere os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito.

De acordo com o critério em questão, os serviços públicos devem ser prestados sob um regime jurídico de direito público (especial), ao passo que as atividades econômicas permanecem sendo exploradas sob os auspícios do regime privado (direito comum).

A diferença entre os dois regimes, como pondera Ubirajara Costódio Filho, longe de ser um mero diletantismo acadêmico, ganha especial relevância quando observados os efeitos jurídicos que a inclusão de uma dada atividade em uma ou outra modalidade pode resultar, vez que, se, por um lado, referida atividade for enquadrada como serviço público, produz o dever de o Estado desempenhá-la diretamente, sob um regime jurídico administrativo, ou mediante delegação à iniciativa privada, sempre por meio de outorga estatal, ao passo que, se subsumida no regime das atividades econômicas, submete-se às normas típicas do direito privado, marcadas pela livre iniciativa e pela consensualidade¹⁶⁶.

A origem da pretensa dicotomia “serviço público e atividade econômica” originou-se desde meados da década de oitenta, quando começou a ser implantado no Brasil, bem como na esmagadora maioria dos países ocidentais, um contínuo processo de desestatização consubstanciada na delegação de atividades, outrora prestadas com exclusividade pelo Estado, para a iniciativa privada¹⁶⁷.

Neste ponto, vale destacar a valiosa lição de Odete Medauar, para quem a expressão *desestatização* deve ser interpretada como sendo um processo no qual se confere mais autonomia para a sociedade reger seu destino, com menos participação do Estado. Assim,

¹⁶⁵ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 47.

¹⁶⁶ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006, p. 198.

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 248-249.

dentro desta concepção ampla de desestatização estariam abarcadas a desregulamentação e a privatização. A primeira consiste na total ou parcial eliminação da influência estatal sobre o mercado, enquanto a segunda (privatização) pode aparecer, num sentido amplo, como um meio de redistribuição de atividades do setor público para o setor privado, e, em sentido estrito, um processo de transferência de empresas estatais para os particulares.

E foi justamente neste contexto que se fez brotar na doutrina nacional uma série de divergências envolvendo as concepções de serviços públicos e atividades econômicas, visto que, conforme salientado, o arcabouço jurídico traçado pela Constituição Federal de 1988 estabeleceu diferentes efeitos no que diz respeito ao regime jurídico estabelecido.

Quando uma atividade é classificada como serviço público, o seu desempenho pelo particular somente pode ser perpetrado mediante concessão ou permissão pública, sempre precedida de procedimento licitatório, conforme determina o art. 175 do texto constitucional, *in verbis*:

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

Em contrapartida, as atividades ditas “econômicas” independem de qualquer procedimento licitatório, visto serem livres à iniciativa privada, prescindindo de qualquer manifestação da Administração Pública, salvo em alguns casos específicos, previstos em lei, nos quais se exige autorização, conforme preceitua o parágrafo único do art. 170 da Magna Carta, abaixo transcrito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A partir da análise destes dispositivos, percebe-se que tal distinção submete o tratamento das atividades inseridas no rol de serviços públicos em um regime jurídico diverso daquelas atividades que são livremente exploradas pelos particulares (submetidas às regras emanadas do direito privado), qual seja, o regime jurídico administrativo.

Nesse prisma, alguns juristas, a exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello, destacam que o elemento formal, ou seja, a submissão a um regime jurídico diferenciado, confere à noção de serviço público um caráter jurídico, sendo, portanto, decisiva a sua observância para fins de caracterizar determinado serviço como sendo “serviço público”¹⁶⁸. Segundo o autor, serviço público seria exatamente aquela atividade que se consubstanciava através de um regime jurídico especial, exorbitante do direito privado, instituído pelo Estado com o objetivo de consagrar determinados fins¹⁶⁹.

No mesmo sentido é a posição de Marçal Justen Filho¹⁷⁰, para quem “a atividade de serviço público é subordinada ao regime de direito público como consequência de sua natureza funcional”, e José Eduardo de Alvarenga, segundo quem o regime jurídico a ser conferido ao serviço público há de ser “o de direito público”, a fim de outorgar-lhe prerrogativas e privilégios diversos do direito comum¹⁷¹.

O que se vislumbra das opiniões dos mencionados autores é que o critério formal, ou seja, o regime jurídico administrativo derogatório do direito privado, consiste, na estreita linha vanguarda do Direito Administrativo, na principal característica do serviço público, sendo, pois, considerando a “pedra angular” da concepção deste instituto.

Todavia, com a atuação cada vez mais marcante do particular na consecução de atividades enquadradas como “serviços públicos”, via delegação estatal, bem como o contínuo processo de ingerência do Estado na exploração de atividades privadas, essa perspectiva formal, na qual se baseiam os partidários da ideologia formalista descrita acima, começa a encontrar certa resistência por parte dos adeptos de uma mudança de concepção do Direito Administrativo clássico, ocasionando um fenômeno cuja concreção a doutrina tem comumente denominado de “crise do serviço público”¹⁷².

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 625.

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 170.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico – vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 379.

¹⁷¹ ALVARENGA, José Eduardo de. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico – vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 333.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico – vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 396.

Tais tendências são evidenciadas no alargamento da prestação de serviços públicos mediante as regras concorrenciais conferidas ao regime da livre iniciativa, bem como o substancial aumento dos chamados serviços públicos industriais e comerciais (SPIC), que, segundo Almiro de Couto e Silva, muito embora tenham natureza jurídica de direito privado, não devem ser expelidos da concepção de serviço público¹⁷³.

No mesmo sentido parece tender a doutrina de Andrea Nárriman Cezne, segundo a qual a noção de serviço público, especialmente após os avanços delineados no campo do Direito Administrativo, já há muito abandonou aquela estreita vinculação a um regime jurídico de direito público¹⁷⁴.

Nesse ponto, aparenta caminhar a doutrina em dois caminhos distintos e dificilmente convergentes: um no sentido de atribuir ao serviço público um regime jurídico especial, estritamente público, sendo este o alicerce que serviria de fundamento para a consubstanciação do serviço público; e outro no sentido de que se deve mitigar tal concepção a fim de considerar determinadas atividades regidas pelo direito privado (a exemplo dos SPCI) como igualmente integrantes no rol dos serviços públicos.

Em meio a tal divergência, demonstra-se possível, ainda, elucidar o nascimento de uma terceira corrente doutrinária (uma espécie de teoria eclética), na qual se considera o serviço público um instituto jurídico *parcialmente* submetido a um regime jurídico administrativo. Esta parece ser a concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷⁵, para quem o serviço público vem a ser toda atividade material submetida a um regime jurídico *total* ou *parcialmente* público.

No mesmo caminho parece trilhar a lição de Carlos Ari Sunfeld, que entende que o conteúdo da noção de serviço público deve adaptar-se aos novos tempos e ao novo modelo de regulação econômica, não mais se devendo discutir o seu caráter público ou privado, mas sim de que forma o serviço é regulado pelo Estado¹⁷⁶.

Comungando do mesmo raciocínio, Ubirajara Costódio Filho lança sua análise crítica acerca da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas, concluindo que

¹⁷³ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 47.

¹⁷⁴ CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./ set. 2005, p. 321.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

¹⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32-33.

o traço distintivo entre os dois institutos não deveria recair sobre seu regime jurídico, mas sim sobre a existência do dever estatal de prestá-los à população, sempre presente no primeiro caso, e, via de regra, ausente no segundo¹⁷⁷.

A exposição desses fatores, assim como o nítido dissenso doutrinário que envolve a noção de serviço público, bem demonstra a nebulosa e difícil aceção acerca da conceituação do instituto, com especial relevância acerca de seu regime jurídico. A proeminência de tais postulados, contudo, evidencia-se na zona de demarcação entre os limites da atividade econômica privada e o campo inerente aos serviços públicos, visto que, conforme reporta Marçal Justen Filho, a qualificação de uma atividade como serviço público exclui a aplicação do regime próprio do direito privado¹⁷⁸.

Logo, a submissão de uma determinada atividade no campo do serviço público reduz significativamente a órbita de atuação da iniciativa privada, que nele só pode atuar mediante o adimplemento das condições constitucionalmente estabelecidas, quais sejam, através de concessão ou permissão, sempre precedida de procedimento licitatório. Em contrapartida, se dita atividade for considerada uma atividade econômica em sentido estrito, a atuação do particular reveste-se de plena liberdade, vez que submetida às regras do mercado, dentre as quais se destaca a livre iniciativa.

Vale ressaltar, contudo, que determinados serviços públicos, por conveniência do legislador constituinte, podem, conforme o caso, serem inseridos tanto no regime jurídico de direito público (como naturalmente ocorre), como (e eis aqui a novidade) no campo do direito privado, sendo, neste caso, a outorga conferida ao particular instrumentalizada mediante uma autorização (e não concessão ou permissão, conforme requerida no que concerne aos serviços públicos).

Quer isto dizer que o legislador constituinte determinou que, em alguns casos, o regime jurídico de determinados serviços públicos não seria aquele estabelecido no art. 175 da Lei Maior, a ensejar um regime jurídico diferenciado, mas aquele previsto no art. 170 do texto constitucional, visto que, em tais espécies, o instrumento de outorga não seria apenas a concessão ou permissão, mas também a autorização.

¹⁷⁷ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Brasília, n. 15, jul./set. 2006, p. 223-224.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico* – vol. I. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 382.

É o caso dos serviços de difusão de telecomunicações, radiodifusão sonora, e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e, por fim, a exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres, conforme preceitua o art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante **autorização, concessão** ou **permissão**, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante **autorização, concessão** ou **permissão**:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (grifos do autor)

Nesse contexto, assevera Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁷⁹ que o uso do termo “autorização” em tais hipóteses fez com que a doutrina levantasse três possibilidades para se considerar a referência constitucional:

- 1) O art. 175 deixou de mencionar a “autorização” como instrumento de delegação de serviços públicos;
- 2) A inserção da “autorização” nos referidos dispositivos se deu por equívoco do legislador (sendo esta a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello);
- 3) O termo “autorização” indica que os serviços referidos nos dispositivos citados, malgrado desempenhem relevante interesse social, não são considerados públicos, mas sim atividades econômicas em sentido estrito.

Nada obstante as ponderações idealizadas acima, parece-nos, contudo, que a pretensão do legislador constituinte foi exatamente transportar alguns serviços elencados nos incisos XI e XII do art. 21 para o campo das atividades econômicas em sentido estrito,

¹⁷⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação, in SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 66.

(desde que, evidentemente, o instrumento de outorga seja uma autorização), deixando os demais serviços (cuja outorga seja uma concessão ou permissão) submetidos ao regime jurídico derogatório do direito privado.

Tais ilações acentuam ainda mais a inegável importância de se estabelecer um paralelo entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, visto que, como já demonstrado, a aceção das noções de serviço público e atividade econômica foi concebida, pelo constituinte brasileiro, seguindo modelos jurídicos diferenciados, em conformidade com o que dispõe os artigos 170, parágrafo único, e 175, já analisados.

O problema consiste em saber quais atividades se enquadram em um ou outro sistema, uma vez que o texto constitucional não conceitua, de maneira precisa, o que vem a ser serviço público ou atividade econômica.

Na verdade, a única menção que a Magna Carta faz a respeito de serviço público encontra-se no art. 30, inciso V, que prevê, dentro do rol de competência dos Municípios, a prestação do serviço público de transporte local:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Desse modo, pode-se afirmar, com absoluta precisão, que as atividades de transporte coletivo local são *serviços públicos* de competência dos Municípios (por expressa determinação constitucional), não podendo, desta forma, ser desenvolvidas como atividades econômicas¹⁸⁰.

No entanto, no que tange às demais atividades (energia elétrica, telecomunicações, saneamento básico, etc.), peca a Constituição por não inseri-las em uma ou outra categoria, nem, tampouco, por formular um conceito objetivo de serviço público apto a fazer tal distinção.

Neste diapasão, face à omissão constitucional, coube a doutrina elaborar uma noção de serviço público à luz da Constituição, resultando na formação de duas correntes

¹⁸⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul./set. 2006, p. 132.

doutrinárias consubstanciadas nas teorias convencionalista (formalista ou legalista) e essencialista do serviço público¹⁸¹.

Segundo a teoria convencionalista, caberia ao legislador, no momento da formulação da lei, estabelecer as atividades que seriam consideradas serviços públicos. Desse modo, a concepção de uma dada atividade como serviço público dependeria de expressa disposição constitucional ou legal¹⁸², cujo delineamento estaria adstrito às convicções predominantes da sociedade.

Essa parece ser a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸³, para quem o Estado escolhe, por meio de lei, quais as atividades que, em um determinado momento, são consideradas serviços públicos.

Ao lado desta corrente doutrinária, alguns autores sustentam que não é a lei ou a Constituição que define uma atividade como sendo um serviço público, mas tal percepção deve ser extraída da própria natureza do serviço que se está sendo desempenhado.

Esta é a conceituação trazida pela teoria essencialista, que, contrapondo-se ao aspecto formal da primeira, preceitua como serviço público toda atividade considerada essencial para a satisfação dos interesses da sociedade, em um determinado momento.

Percorre por este caminho a doutrina de Eros Roberto Grau¹⁸⁴, para quem, ainda que o legislador possa atribuir uma determinada atividade como sendo um serviço público, se ela não se subsumir em seu conceito essencial, dita atividade não poderá ser considerada um serviço público.

Malgrado a discrepância dos referidos preceitos doutrinários, certo é que a falta de uma definição precisa, no corpo do texto constitucional, acerca de uma classificação envolvendo as atividades consideradas como serviço público, leva-nos a uma zona de incerteza e obscuridade, que tende, ainda mais, a dificultar a compreensão da matéria.

A divergência doutrinária, contudo, pode dilacerar-se ao se analisar o propósito do enquadramento de uma dada atividade como sendo um “serviço público”. Na verdade, a doutrina é consente em afirmar que todo o serviço público serve como meio para o

¹⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação, in SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47-48.

¹⁸² AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 267.

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 99.

¹⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, p. 145.

implemento dos interesses sociais mais relevantes, que são, por isso mesmo, elencados como direitos subjetivos fundamentais.

Dessa forma, não se pode conceber que o interesse social seja eficazmente desempenhado se submetido, sem quaisquer ponderações, às “leis do mercado”. Faz-se, pois, imprescindível a existência e o delineamento de um arcabouço jurídico mais preciso e melhor arquitetado a ser conferido na consecução de tais atividades, com corolários próprios e específicos que confirmam ao prestador do serviço (quer seja o Estado diretamente, quer seja o particular, mediante delegação) o *dever* de observar os direitos fundamentais inerentes ao serviço que se está executando, mesmo que se aplique, ainda que parcialmente, as regras inerentes à livre iniciativa.

Neste ponto, propõe-se que o objetivo dos serviços públicos (qual seja, satisfazer, mediante o desempenho de uma atividade material, um interesse relevante socialmente reconhecido) imponha ao seu prestador o dever de observar os corolários inerentes à atividade que está sendo realizada, atrelado ao interesse público que se visa suprir, sendo, portanto, inaceitável a idéia de submissão total e irrestrita do serviço público no contexto das leis do mercado.

Dentro desta análise, destacam-se os princípios de ordem pública colacionados à percepção formulada pelo jurista francês Louis Rolland, estudados no capítulo anterior, bem como os demais corolários estabelecidos na nossa legislação, com fundamento na Constituição, que estabelece, como lembra Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁸⁵, a prestação de um serviço público adequado como um direito fundamental.

Neste contexto, a legislação infraconstitucional subtempera que um serviço público só pode ser considerado adequado quando satisfaz, concomitantemente, as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, sendo certo que, sempre que quaisquer destes princípios forem desrespeitados pelos agentes particulares que exploram serviços públicos, faz-se preciso a intervenção precisa do Poder Público, para que, agindo como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 da Constituição Federal), reпреenda o particular

¹⁸⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação, in SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49

ou encampe ele mesmo o serviço, a fim de prestá-lo da forma mais eficaz possível, sob o ponto de vista do usuário.

4.2 Saneamento básico: serviço público ou atividade econômica?

Tendo-se em conta tais ponderações, e voltando-se, agora, para o foco central do tema proposto na presente pesquisa, resta-nos estabelecer uma compreensão acerca do enquadramento da questão atinente aos serviços de saneamento básico, no afã de visualizar em qual regime jurídico tais atividades encontram-se inseridas.

Malgrado seja consentida a dicotomia existente entre o regime jurídico aplicável ao serviço público e às atividades econômicas, tem-se, hoje, a idéia de que o serviço público é, inobstante possa parecer uma idéia paradoxal, uma espécie de atividade econômica *lato sensu*. Desse modo, as atividades econômicas, tidas como quaisquer atos cujo substrato material confira ao seu exequente a prerrogativa de granjear valores em razão de sua prestação, podem ser classificadas, segundo a doutrina majoritária, em duas modalidades, a saber, os serviços públicos e as atividades econômicas *stricto sensu*.

Com efeito, a acepção de que, em qualquer das espécies mencionadas acima, resta conferido ao particular, quer seja quando exerça livremente uma atividade econômica, quer seja quando age como outorgado de um serviço público, a possibilidade de auferir lucro, faz com que fique demonstrada a viabilidade de se aceitar a assertiva segundo a qual ambas pertencem ao gênero atividade econômica em sentido lato.

Todavia, deve-se reconhecer que, entre elas, existe uma grande diferença relacionada tanto ao seu aspecto material, quanto, principalmente, ao seu aspecto formal.

No primeiro caso, diferencia-se o serviço público da atividade econômica pelo fato de o primeiro consistir em algo que consubstancie uma utilidade ou comodidade imprescindível para a satisfação das necessidades essenciais dos administrados¹⁸⁶ (como água, energia elétrica, etc.), ao passo que as atividades econômicas, nada obstante envolverem, na maioria dos casos, serviços relacionados aos interesses de uma comunidade (como serviço de telefonia móvel, por exemplo), não traduzem uma necessidade absoluta a

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 18-19.

ser desempenhada pela Administração ou por seus delegados, de modo que podem ser exercidas livremente pela iniciativa privada sem o rigor exigido na prestação de um serviço público.

Assim, a título de ilustração, a aquisição de pães em uma padaria, por não ser considerada uma necessidade essencial para a população, jamais pode ser enquadrada como uma prestação de um serviço público, podendo, dessa forma, a iniciativa privada proceder ao livre desempenho de tal atividade, desde que, evidentemente, respeitadas os princípios colacionados no art. 170 da Constituição.

Já em relação ao transporte coletivo no âmbito dos Municípios, por exemplo, a Constituição Federal entendeu tratar-se de uma atividade de relevante interesse local, somente executável, portanto, mediante a prestação de um serviço público. Nesse caso, o particular que deseja explorar este tipo de atividade deverá submeter-se a processo licitatório e receber a outorga da municipalidade licitante para a prestação do serviço, outorga esta que pode ser realizada mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 175 do texto constitucional, já analisado linhas acima.

Estas diferenças relacionadas aos interesses sociais relevantes conferem ao serviço público um regime jurídico próprio e distinto daquele no qual se encontram inseridas as atividades econômicas, qual seja, o regime jurídico público, sendo este seu aspecto formal.

Desse modo, as atividades enquadradas na concepção de serviço público, ao submeterem-se a um regime de direito público, devem ser regidas por um conjunto de postulados e regras próprio e específico, formado por princípios e preceitos cuja característica principal consiste na supremacia do interesse público sobre o particular, além de algumas restrições especiais¹⁸⁷.

É sabido, contudo, que existe forte divergência doutrinária acerca da natureza do regime jurídico dos serviços públicos, quando desempenhados por particulares, havendo quem disserte tratar-se de um regime jurídico *parcialmente* público. No entanto, deve-se frisar que, qualquer que seja a classificação adotada, os princípios gerais atinentes à atividade administrativa (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), bem como os corolários específicos dos serviços públicos (continuidade, mutabilidade,

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. p. 19.

impessoalidade, modicidade das tarifas, cortesia, etc.), são de observância obrigatória para o desempenho de tais ofícios, sejam eles prestados diretamente pela Administração, ou pelos particulares, mediante concessão ou permissão.

O problema que se vislumbra no ordenamento brasileiro consiste no fato de inexistir, como já visto, uma definição objetiva no direito positivo do que venha a ser, efetivamente, emoldurado como um serviço público ou atividade econômica, deixando para a doutrina a difícil tarefa de definir os preceitos relacionados a uma e outra modalidade.

Nesse aspecto, surge a questão de saber em qual das duas modalidades estariam definidos os serviços de saneamento básico. Seriam tais serviços atividades econômicas *stricto sensu*, ou serviços públicos?

Para responder a aludida indagação, deve-se fazer uma curta dilação a respeito de qual seria o conceito de saneamento básico, a fim de perquirir se se preenche, ou não, o substrato material do serviço público. Isto porque se referido aspecto restar demonstrado, dúvida não haverá de que a prestação do serviço de saneamento básico deverá ser perpetrada segundo as regras oriundas do regime de direito público (aspecto formal).

De acordo com Vitor Rhein Schirato¹⁸⁸, o serviço de saneamento básico

Compreende as atividades de produção, adução e distribuição de água, bem como coleta, tratamento e disposição final dos esgotos, de forma que sua prestação implica a instalação de uma rede de provimento de serviços que transportará a água a ser fornecida aos consumidores finais bem como o esgoto produzido para tratamento em estações próprias.

Na mesma linha, assevera Caio Tácito que o saneamento básico compreende serviços de água e de esgoto que pode, em razão disto, valer-se da interligação de fontes e destinação de recursos que excedem os limites territoriais de um determinado ente municipal¹⁸⁹.

O que se depreende da análise dos conceitos fornecidos pelos autores é que o saneamento básico consiste em um conjunto de medidas envolvendo serviços de condução e tratamento de água e esgotos, no intuito de proporcionar uma situação higiênica saudável para os habitantes de uma determinada localidade.

¹⁸⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, jul./set. 2004, p. 120.

¹⁸⁹ TÁCITO, Caio. Serviços de saneamento básico. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, jul./set. 2002, p. 1.

Tal acepção permite-nos enquadrar o saneamento básico como sendo um serviço que tem por finalidade promover a satisfação de uma necessidade tida como essencial para a sociedade (aspecto material), visto envolver questões relacionadas ao fornecimento e tratamento de um bem considerado indispensável para o bem-estar da população.

Assim sendo, as atividades envolvidas no conceito de saneamento básico devem ser definidas como serviços públicos, fazendo, portanto, incidir sobre elas um regime jurídico de direito público¹⁹⁰.

Há, todavia, quem considere o saneamento básico como uma atividade econômica voltada ao abastecimento de água potável encanada e à coleta, tratamento de esgoto e controle de pragas e qualquer tipo de agente patogênico, visando a saúde das comunidades.

Entretanto, deve-se ter em mente que o enquadramento do saneamento básico como atividade econômica somente pode ser considerada viável se se estiver tratando da concepção genérica de atividade econômica (*lato sensu*), da qual são espécies os serviços públicos (no qual se encontra inserido o saneamento básico) e as atividades econômicas *stricto sensu*.

Neste diapasão, entendendo tratar-se o saneamento básico um serviço público, resta definir-se qual o ente federativo competente para implementá-lo e fiscalizá-lo. Isto porque, como se sabe, em se tratando de um serviço público, a atuação da iniciativa privada depende sempre de outorga (concessão ou permissão) do ente político que detém a competência para viabilizar tal delegação.

De acordo com o modelo federativo implantado no Brasil, a competência para exercer a regulação sobre um determinado serviço corresponde ao ente político detentor da competência para instituí-lo. Exemplificando, somente à União compete exercer a regulação sobre os serviços de telecomunicações, uma vez que, de acordo com o art. 21, inciso XI, é da competência exclusiva da União explorar, diretamente ou através de particulares, referida atividade.

Se, no que tange às telecomunicações, não resta dúvidas de que cabe à União atuar como Poder concedente, a situação se torna um pouco mais complexa quando tratamos de

¹⁹⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, jul./set. 2004, p. 121.

atividades relacionadas aos serviços de saneamento básico, visto que todas as esferas federativas detêm competência para sua implantação (a chamada competência concorrente).

A complexidade de tais circunstâncias, bem como o delongado embate teórico que abrange a matéria, exige um delineamento mais acurado acerca da questão envolvendo os conflitos de competências e o sistema federativo brasileiro, razão pela qual será dedicado um capítulo específico para a sua análise.

5 Regulação dos serviços de saneamento básico: competências constitucionais e federalismo brasileiro.

Definido o saneamento básico como um serviço público, insta, agora, estabelecer os parâmetros concernentes aos aspectos relacionados ao marco regulatório do aludido serviço, no intuito de se vislumbrar qual seria o Poder concedente (federal, estadual ou municipal) detentor da aptidão para regulá-lo. Isto porque, como se sabe, a atribuição de exercer a regulação econômica sobre um determinado serviço público depende, inexoravelmente, da competência constitucional traçada para cada ente federativo desempenhar o serviço objeto da regulação.

Assim, por exemplo, somente à União compete regular o setor de telecomunicações, visto que a Constituição Federal lhe impõe, expressamente, a competência para prestar, diretamente ou sob delegação, o serviço público de fornecimento de energia elétrica¹⁹¹. Neste caso, os particulares que desejam explorar economicamente a prestação de tais serviços devem submeter-se às regras regulatórias estabelecidas pela União, que, nesse campo, atua através de uma agência reguladora.

Sob este prisma, resta-nos elucidar sobre qual ente político recairia a competência para, dada as particularidades existentes no federalismo brasileiro, desempenhar as atividades de saneamento básico, no intuito de, em um segundo momento, traçar-se um marco regulatório preciso para o serviço público em questão.

Esse arquétipo regulatório exige, todavia, uma análise mais detalhada sobre o modelo de Estado federativo implantado no Brasil. Dita análise se mostra relevante para entender-se o contexto no qual foram traçadas as competências constitucionais de cada um dos entes federativos, assim como o tratamento fornecido pelo constituinte aos serviços de saneamento básico.

Diante destas perspectivas, o presente capítulo tem o objetivo de tecer algumas considerações acerca do modelo de federação adotado pelo Brasil, bem como, em um momento posterior, estabelecer o parâmetro de classificação e de definição das

¹⁹¹ Conforme dispõe o art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988.

competências executivas conferidas a cada ente federativo, conforme determinado pelo texto constitucional, para, ao final, situar a questão do saneamento básico dentro de seu respectivo marco regulatório.

5.1 O Federalismo

Entender o modelo de estado federal, todavia, exige um conhecimento prévio a respeito do processo de formação desse novo arquétipo estatal, elaborado no seio do processo de independência dos Estados Unidos em meados do século XVIII.

A história remonta à revolução americana, com o subsequente processo de independência das treze colônias britânicas, como sendo o berço da formação do Estado federal. Na verdade, após declararem a sua independência em relação ao governo britânico, as treze colônias situadas no norte do continente americano transformaram-se em verdadeiros mini estados soberanos, cada qual dotado de extrema autonomia e poder.

Este foi o resultado da declaração de independência de 1776, cujo artigo segundo previa que as antigas colônias inglesas passavam a ser estados livres e independentes, enunciando, logo em seguida, a pretensa formação de uma confederação¹⁹².

A concepção de uma confederação entre os estados independentes da região norte do continente americano se deu em razão da necessidade da união desses pequenos estados para própria prosperidade do processo de independência, a fim de que, juntos, pudessem suplantar recursos e granjear forças suficientes para combater eventuais tentativas de re-colonização.

Além disso, dita união se avistava necessária para o bom desenvolvimento do progresso econômico e social daqueles povos, uma vez que referido avanço social, como se pode imaginar, não poderia jamais ser implantado de maneira isolada por cada Estado.

Em razão disto, partiu-se para a idéia de confederação, ou seja, o aglutinamento dos treze estados soberanos em uma espécie de convênio político, no qual restariam preservadas a autonomia e a soberania de cada um deles.

¹⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 216.

Neste convênio, os estados em cooperação pactuavam entre si a obrigação de fornecer, cada qual, recursos e subvenções financeiras e de logística para manter a estabilidade do desenvolvimento das antigas províncias inglesas, preservando, todavia, a sua soberania. Por estes acordos, existia, ainda, a possibilidade de cada ente associado retirar-se da confederação a qualquer momento, sempre que seus interesses não fossem mais condizentes com os da agremiação. Do mesmo modo, inexistia um poder central, com força coercitiva, que fosse superior à soberania dos estados independentes.

Tais características demonstram a fragilidade da adoção do sistema de confederação. Os habituais conflitos de interesses entre os estados independentes ameaçavam a própria subsistência da confederação em si¹⁹³. Seria, pois, necessária a concepção de um novo modelo de organização estatal no qual os estados tivessem de se submeter a um poder político central, sem, contudo, perder a sua autonomia política. É nesse contexto que surge os ideais de preconizam a formulação de um estado federal, buscando elencar as balizas necessárias para a superação do modelo de confederação existente.

Nesse novo modelo, os treze estados unir-se-iam em uma única unidade política e, cedendo parcela de seus poderes em prol do estabelecimento de um governo federal, comprometer-se-iam a respeitar, dentro de seus ordenamentos internos, as normas editadas pelo poder central. Manteriam, em contrapartida, grande parte de sua autonomia, vez que cada estado permaneceria com sua aptidão para tratar dos assuntos de seus interesses, desde que fossem respeitadas, evidentemente, as normas gerais delineadas pela União.

Referidas normas de cunho geral, usualmente, disciplinavam apenas matérias relacionadas a questões que envolvam o interesse nacional, não retirando dos Estados-membros a incumbência de pormenorizar os temas concernentes aos interesses de sua população.

Claro que esta passagem da confederação para a federação não se deu de forma pacífica. Alguns estados, receosos de, ao ceder sua soberania, perder parcela substancial de seu poder, viam na formação de um estado central a possibilidade de retornar ao modelo de

¹⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 217.

submissão existente na época do período colonial, sendo que, desta vez, ao invés de serem explorados pelos ingleses, seriam subordinados a um poder local.

Esta situação gerou um descontentamento entre os representantes de tais estados e os adeptos à elaboração de um modelo de Estado federal (os federalistas), cuja consequência foi a realização de imensos debates. O resultado desta disputa foi a vitória dos federalistas, ficando estabelecido, todavia, que a carta constitucional somente entraria em vigor após a adesão de, pelos menos, nove membros da confederação.

Com a superveniente ratificação destes estados, restou confirmada a promulgação do texto constitucional de 1789, sob a égide da qual foi criada a união das treze ex-colônias como uma nação, a qual passou a se chamar de Estados Unidos da América do Norte.

5.2 Características do Federalismo

A formação de uma federação no continente americano inspirou o processo de instauração desse novo modelo estatal em vários outros países, inclusive o nosso. Porém, as características básicas de cada Estado federal apresentam-se de forma discrepantes em relação ao modelo originariamente traçado no contexto norte americano, especialmente em razão das diferentes realidades políticas, econômicas e sociais evidenciadas nos particularismos de cada país, bem como em função do contínuo processo de evolução social no qual a história de tais sociedades se insere.

Assim, de acordo com a lição de Luis Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior¹⁹⁴, o modelo de federalismo norte americano, “quando aplicado à realidade institucional de cada país, interagiu com fatores políticos, sociais, econômicos e culturais autóctones, ensejando, nas respectivas Constituições, a adoção de particularidades a cada um desses Estados”.

Na verdade, as razões históricas de cada nação conduziram à variação do modelo federativo no momento de sua adoção nos diversos países. No Brasil, por exemplo, o federalismo surge como uma forma de descentralização do poder central para os estados-membros (chamado de federalismo por desagregação), ao passo que nos Estados Unidos,

¹⁹⁴ ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 160.

como se sabe, o sistema federativo foi oriundo da delegação dos poderes dos estados-membros para o governo central (federalismo por agregação) ¹⁹⁵.

A ausência de um critério uníssono de formação do federalismo, somado à sua adaptabilidade às circunstâncias históricas de cada Estado, resultou na falta de uniformidade na definição das características do sistema federativo. A doutrina, contudo, buscando delinear traços característicos do federalismo, findou por determinar uma série de caracteres pertinentes ao aludido sistema, variando sua composição de acordo com o ponto de vista adotado por cada autor.

Celso Ribeiro Bastos ¹⁹⁶, por exemplo, aponta como sendo as características do federalismo: a união de entidades políticas autônomas para finalidades comuns; a divisão dos poderes legislativos entre o governo federal e os estados-membros; a atuação direta de cada um desses centros de governo de função executiva e judiciária; e a supremacia do governo federal, em caso de conflito com a ordem local.

Para Michel Temer ¹⁹⁷, os elementos caracterizadores do federalismo seriam a descentralização política fixada na Constituição; a participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional; e a possibilidade da existência de Constituições locais.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior ¹⁹⁸, por seu turno, consideram como caracteres do federalismo a repartição constitucional de competências e rendas; a possibilidade de auto-organização por uma Constituição própria; a rigidez constitucional; a indissolubilidade do vínculo; a participação da vontade das ordens parciais na elaboração da norma geral; a existência de um tribunal constitucional que controle a repartição de competências; e a possibilidade de intervenção federal nos Estados-membros.

Nesse contexto, entendemos, não obstante os apontamentos trazidos pelos autores acima, que as características consideradas imprescindíveis para o desenvolvimento de um

¹⁹⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 155.

¹⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 253-254.

¹⁹⁷ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 61.

¹⁹⁸ ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 169.

modelo de Estado federal são aquelas apontadas por Carlos Eduardo Dieder Reverbel¹⁹⁹, em função da sua necessária visualização em um modelo de federativo. Tais características se reduzem a descentralização política, a união de estados autônomos, a participação na vontade nacional, a ausência do direito de secessão, a subsidiariedade e a repartição constitucional de competências, sendo esta última, segundo pensamos, o elemento essencial do federalismo.

5.2.1 Descentralização política

A acepção de um modelo de estado federal correlaciona-se impreterivelmente com a de um estado descentralizado, ou seja, um arquétipo de organização estatal no qual o poder político não se encontra fixado nas atribuições de uma pessoa política central.

Dita descentralização consubstancia-se na existência de outras entidades políticas, componentes do Estado federal, igualmente competentes para exercer o poder político nos limites de sua autonomia, com uma gama de atribuições específicas e pré-determinadas.

Em geral, essa descentralização se refere aos entes federativos que compõem um determinado estado, via de regra de caráter dual, composto pela União e pelos Estados-membros.

A formação da federação, com base nesse requisito, pode dar-se através da impulsão de uma força centrípeta, ou seja, da união de estados independentes para a composição de uma unidade política só, resultando em um movimento da periferia para o centro (tal como sucedeu nos Estados Unidos), ou da influência de uma força centrífuga, isto é, do acometimento de uma ideologia federal em um dado estado centralizador, que, em razão disto, passa a descentralizar parcelas de seu poder em prol de unidades federativas menores, como ocorreu, por exemplo, no Brasil, com a Constituição de 1891.

Uma das características mais visualizadas no processo de descentralização política consubstancia-se na formação de um sistema dual de federação, ou seja, a construção de um estado federal composto por dois entes federativos, a União e os Estados-membros.

¹⁹⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coords.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 53.

Todavia, existe uma tendência de se implantar um modelo tripartite de federação, no qual os Municípios, outrora entidades administrativas sem autonomia política, passam a se enquadrar na modalidade de ente federativo. Tal se sucedeu, por exemplo, na Suécia, cuja Constituição, malgrado a forte característica de Estado unitário daquele país, consagrou, já em seus primeiros dispositivos, os entes municipais como entidades componentes da federação, determinando, inclusive, a realização de eleições diretas para o preenchimento das assembleias municipais²⁰⁰.

O mesmo fenômeno incidiu na Constituição brasileira de 1988, cujo art. 18 determina a composição da República Federativa do Brasil em União, Estados-membros e Municípios, nada obstante o fato de ter o ente municipal surgido no cenário nacional antes mesmo da promulgação da Constituição imperial de 1824, conforme relata Fernanda Dias Menezes de Almeida²⁰¹. Segundo a autora, a participação municipal sofreu substancial redução com a edição da Lei de 1º de outubro de 1828, a qual estabeleceu o município como mera organização administrativa, bem como com o advento da carta republicana de 1891, que, nada obstante ter instaurado o modelo federativo no Brasil, considerou os municípios como meras questões internas dos Estados-membros²⁰².

Desse modo, o processo de descentralização política instaurado na concepção atual da federação brasileira pode ser classificado como tripartite, visto que, assim como em outros Estados, o Brasil optou expressamente pela adoção do Município, ao lado da União e dos Estados-membros, como parte integrante do Estado federal.

5.2.2 União de estados autônomos

A simples descentralização do poder político, todavia, não é suficiente para caracterizar um modelo de Estado federal. Faz-se necessário, para tanto, que as figuras daí resultantes detenham autonomia político-administrativa suficientemente definida, em

²⁰⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 59.

²⁰¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A federação brasileira e o município. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 307.

²⁰² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A federação brasileira e o município. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 309.

relação ao poder central, de modo que cada entidade federativa possa livremente desempenhar suas funções, sem qualquer tipo de ingerência do poder central.

Dita autonomia política pode ser caracterizada pela formação de um governo próprio de cada ente federativo, assim como a possibilidade de tais entidades proverem, por si sós, os cargos governamentais inerentes à sua esfera de poder²⁰³, sem que haja, para tanto, a necessidade de nomeação dos governantes mediante indicações políticas provenientes do governo central, como usualmente ocorre nos regimes ditatoriais.

Essa relação de independência política reveste os entes federativos de extrema autonomia na consecução dos serviços públicos e das atividades administrativas que lhes competem gerir, assim como no processo de realização dos atos normativos que devem reger as relações jurídicas dentro de seus limites geográficos.

Insta, porém, ressaltar que, em alguns casos, nada obstante a Constituição ter estabelecido as funções concernentes a cada ente federativo (como será abordado em seguida), o próprio texto constitucional permite a atuação conjunta de entes federativos para o desempenho de certas competências, sejam de natureza legislativa ou administrativa.

Tal circunstância, todavia, não afasta, como reporta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁰⁴, a autonomia dos entes federativos, nem, tampouco, a submissão destes às normas de caráter geral proferidas pelo governo central.

Além da possibilidade de elegerem seus próprios governantes, os entes federativos detém autonomia financeira em relação ao governo central, possuindo, desse modo, fontes de recursos próprios para compor seus respectivos orçamentos. Isto porque, como se verá adiante, cada ente federativo é dotado de um rol de atribuições administrativas, as quais exigem, para a sua consecução, dotações orçamentárias suficientes para que possam desempenhar satisfatoriamente os encargos recebidos²⁰⁵, sem necessidade de recorrer-se, a todo o momento, aos recursos do governo central.

No Brasil, a própria Constituição Federal estabelece os percentuais a serem respeitados pela União no que tange à repartição das receitas tributárias, estabelecendo o montante a ser impregnado para cada ente federativo (Para os Estados-membros e Distrito

²⁰³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 97.

²⁰⁴ Op. cit. p. 99.

²⁰⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. In BASTOS, Celso (coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

Federal, 20% da arrecadação dos impostos criados em sua competência residual, 10% do Imposto sobre Produtos Industrializados, 29% da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre combustíveis, 21,5% do Imposto de Renda para o Fundo de Participação estadual e distrital; Para os Municípios, 50% do Imposto de Propriedade Territorial Rural, 23,5% do Imposto de Renda para o Fundo de Participação dos Municípios).

5.2.3 Participação da vontade nacional

Outro ponto de bastante relevância para a configuração do estado federal consiste na participação dos entes federados na formação das políticas públicas consideradas de interesse nacional.

Essa participação ocorre, conforme lição de Rafael Munhoz de Mello²⁰⁶, pela adoção do bicameralismo nos Estados federais, ou seja, a composição do Parlamento nacional em duas câmaras, uma integrada pelos representantes da Nação, outra por representantes do Estados-membros.

Vale lembrar, todavia, que, neste aspecto, o Brasil conta com uma particularidade em função de seu modelo federativo tripartite. Isto porque, como bem lembra Marlon Alberto Weichert²⁰⁷, malgrado o fato de os Municípios sejam integrantes da Federação, referidos entes não participam da formação das normas federais, nem tampouco das estaduais, não participando, portanto, da formação da vontade nacional, apontada como uma das características do federalismo.

Contudo, não se deve olvidar que as características do modelo de Estado federal não são absolutas, mas podem (e devem) ser relativizadas pelo legislador Constituinte, sempre que necessário for para a adaptação de tal modelo nos moldes dos interesses políticos evidenciados naquele momento histórico, condicionado pelo desenvolvimento econômico e social.

²⁰⁶ MELLO, Rafael Munhoz. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 10, n. 41, out/dez. 2002, p. 140.

²⁰⁷ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 157.

5.2.4 Ausência do direito de secessão

Um dos pontos mais marcantes acerca do estado federal diz respeito à ausência do direito de secessão por parte dos seus membros integrantes. Isto significa que os entes federativos não podem, por deliberação própria, desassociarem-se do poder central e tornar a ser Estados independentes, vez que esta possibilidade fragilizaria sobremaneira a subsistência do Estado federal.

A substituição da soberania dos antigos estados independentes pela autonomia política e financeira revela a alternância da supremacia do poder político regional em prol de um poder político centralizado, no qual todos os demais estados se encontram vinculados. Esta, aliás, é a principal diferença entre a federação e a confederação, uma vez que, nesta última, a faculdade de separar-se do todo unitário é, de fato, uma das prerrogativas mais relevantes que se mantém no âmbito da competência dos entes confederados, tal com se sucedia na antiga confederação das treze colônias norte americanas.

No Brasil, inobstante a história nos mostrar alguns casos de tentativas frustradas de segregação, como sucedido na guerra dos farroupilhas na região sul do país, tal possibilidade, atualmente, se revela impossível face à expressa determinação constitucional no sentido de ser a República Federativa do Brasil formada pela união *indissolúvel* dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal, conforme previsto no art. 1º da Magna Carta.

5.2.5 Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade diz respeito às prerrogativas constitucionais inerentes à atribuição das competências de cada ente federativo. Vale dizer, existe uma ordem estabelecida na Constituição acerca das atribuições que são conferidas a cada ente federativo, devendo prevalecer, em um dado caso concreto, a atuação de um em detrimento de outro.

Em outras palavras, o corolário insculpido na subsidiariedade traduz que um determinado ente federativo deve limitar-se a atuar nos limites de sua competência traçada

pela Lei Maior, somente podendo intervir em outras áreas de maneira residual. Assim, por exemplo, o Município só possui legitimidade para gerir determinado serviço se este não for considerado de interesse nacional ou regional, vez que, do contrário, estar-se-ia adentrando na esfera de atribuições dos outros entes federativos, a saber, União e Estado-membro, respectivamente.

Neste aspecto, constata-se que a maior parte dos serviços estatais, bem como a multiplicidade da capacidade para editar normas, se encontra concentrado no rol de competências da União, deixando para os Estados-membros uma parcela meramente residual de atribuições. Tal circunstância evidencia o caráter centralizador da nossa Constituição²⁰⁸, o que torna o nosso estado uma federação desequilibrada. Segundo Paulo Bonavides, nunca foi implantado no Brasil um federalismo autêntico, face ao alargamento progressivo das atribuições acometidas ao poder central²⁰⁹.

Urge, contudo, ressaltar que, malgrado o fato de termos uma excessiva concentração de pertinências em prol da União, não se pode afirmar que existe, em um modelo de estado federal, uma hierarquia entre os entes federativos, vez que, inobstante as tarefas serem atribuídas de maneira não uniforme, o poder político de cada entidade é equivalente²¹⁰.

Outra questão inerente a perspectiva da subsidiariedade diz respeito à forma de execução de serviços, que pode ser de acordo com o sistema de administração *direta* ou *indireta*. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²¹¹, no sistema de administração direta cada ente federativo é encarregado de “superintender os serviços outorgados às suas respectivas decisões”, havendo, portanto, duas organizações administrativas, a administração pública federal e estadual. Neste sistema, os agentes públicos tanto podem pertencer ao quadro de servidores lotados na administração federal, como também existe a possibilidade de agentes públicos proverem cargos pertencentes à administração estadual.

No que tange ao sistema de administração indireta, o governo nacional não possui, nos espaços geopolíticos regionais, organização administrativa própria para gerir os assuntos de sua incumbência, valendo-se, para tanto, da estrutura administrativa própria dos

²⁰⁸ BISCH, Isabel da Cunha. A federação brasileira: a ordem nacional e as normas gerais. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 290.

²⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. O federalismo e a revisão da forma de Estado. *Revista forense*. v. 241, Rio de Janeiro, 1973, p. 13.

²¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 22.

²¹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 87-88.

Estados-membros. Sendo assim, os servidores estaduais (ou municipais) exercem, sob delegação do Estado federal, as tarefas acometidas ao ente central.

5.2.6 Repartição das competências constitucionais

Finalmente, temos como último requisito do Estado federal a repartição constitucional das competências concernentes a cada ente federativo. Trata-se de postulado fundamental, vez que, como cada entidade da federação recebe atribuições específicas, definidas no plano constitucional, retira-se do poder central a prevalência na concentração de funções, característica esta que é típica dos estados unitários.

A distribuição destas funções se dá em razão de função de vários fatores, dentre os quais se destaca as condições especiais de cada Estado. Assim, o legislador constituinte esforça-se, na promulgação da competência de cada membro da federação, em adaptar os valores culturais de cada povo, subordinando-se aos fatores climáticos, geográficos e aos motivos de tradição histórica²¹².

Neste aspecto, vislumbra-se que as flagrantes disparidades econômicas, sociais, financeiras e administrativas de cada ente federativo induzem o legislador constituinte à formalização de um federalismo de equilíbrio²¹³, no qual, além de competências exclusivas de cada ente, observa-se, em alguns casos, uma ampliação no campo da competência comum, a fim de possibilitar a atuação conjunta das entidades políticas sobre as áreas de interesses mais homogêneos²¹⁴.

Outro importante fator para definir os interesses de cada componente do estado federal consiste no sistema de predominância de interesses²¹⁵, no qual as matérias de relevância nacional são incumbidas à União, ao passo que as questões envolvendo assuntos de interesse regional e local são, desde que não ultrapassem os limites territoriais do ente federativo menor, via de regra, deixados a cargo dos Estados-membros e dos Municípios, respectivamente.

²¹² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 81.

²¹³ SCHULER, Anelise Domingues; LIMA, Márcia Rosa de. Competências exclusivas e compartilhadas na federação brasileira, in SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coords.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 350.

²¹⁴ HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 22, n. 87, jul./set. 1985, p. 15.

²¹⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 77.

O problema relacionado ao princípio da prevalência dos interesses diz respeito à dificuldade em se delimitar as matérias que devam ser consideradas de interesse nacional, regional ou local, pois, conforme preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello²¹⁶, os assuntos definidos como de interesse nacional são, por evidência, além de interesse da União, também interesse dos Estados-membros, assim como os de nível meramente regional, interessantes tanto aos Estados-membros como aos Municípios, e vice-versa.

Desse modo, o que se deve atentar na aplicação deste princípio é o critério da especificidade do interesse, ou seja, o que for de interesse especificamente nacional deve ficar no âmbito da União, ao passo que a prevalência do interesse regional sobre o nacional transfere a competência ao respectivo Estado-membro, e assim por diante.

A inclusão dos entes municipais na repartição de competências se deu em virtude de sua adoção como entidade federativa, fazendo-o atuar, ao lado da União e dos Estados-membros, na composição do modelo federativo.

Sua autonomia, contudo, sofre uma restrição natural aos assuntos relacionados à sua respectiva área territorial²¹⁷, devendo, desse modo, os Estados assegurarem aos seus Municípios a prevalência da atuação destes no que tange aos interesses considerados de relevância eminentemente locais. Essa característica foi observada na nossa Constituição de 1988, vez que, de acordo com art. 30, estabeleceu-se ser da competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Urge salientar, ainda em relação ao processo de distribuição de competências, que, em um sistema federativo, tal procedimento deve sempre ser realizado no corpo do próprio texto constitucional, que constitui a lei fundamental da nova organização política. Desta forma, garante-se aos membros da federação a perpetuidade de suas competências, que não podem ser alteradas para atender os interesses do governo central²¹⁸. Dita garantia ganha mais efetividade com a previsão, na própria Constituição, da instituição de um tribunal

²¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discriminação constitucional das competências legislativas: a competência municipal. In MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 272-273.

²¹⁷ NUNES, José Castro. *Do Estado Federado e sua organização municipal*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982, p. 43.

²¹⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 74.

habilitado para resolver questões envolvendo os possíveis conflitos de competência entre os entes federativos²¹⁹.

O exercício das funções estabelecidas na Constituição para cada entidade da federação constitui um modo de satisfação dos interesses sociais consubstanciados nas características peculiares de cada ente. Tais interesses, por vezes, possuem tamanha relevância e abrangência que não podem ficar adstritos à competência individual de cada ente, sendo, pois, objeto de incumbência simultânea dos três entes federativos.

Em casos tais, a própria Constituição assegura o desempenho em conjunto das aludidas atribuições, elencando meios para, nas palavras de Anelise Domingues Schuler e Márcia Rosa de Lima²²⁰, “operacionalizar a descentralização e potencializar a conjugação dos esforços dos entes federativos”, como sucede na formulação dos convênios e dos consórcios públicos, aos quais se dedicará, por consistir no objeto central da pesquisa, um capítulo específico.

5.2 Competência

A técnica de repartição de competências é, sem dúvida, a característica mais importante do federalismo. Através dela, são distribuídas as diversas atribuições que o legislador constituinte estabeleceu, diante do modelo federativo adotado de acordo com os aspectos políticos, sociais e econômicos de seu país, para cada um dos entes que compõem o Estado federal.

Nesse sentido, é íntima a relação entre competência e federalismo, vez que é através dela que se pode vislumbrar a presença, em um determinado Estado, de um sistema federativo autônomo, ou seja, uma estrutura federativa na qual inexistem excessos na concentração de poderes por parte do governo central em detrimento dos entes federativos que compõem o mesmo sistema.

²¹⁹ BISCH, Isabel da Cunha. A Federação Brasileira: a ordem nacional e as normas gerais. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coords.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 279.

²²⁰ SCHULER, Anelise Domingues; LIMA, Márcia Rosa de. Competências exclusivas e compartilhadas na federação brasileira, in SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007. p. 356.

A palavra “competência” em si traduz, no direito, uma expressão com diversos significados. No Direito Processual, por exemplo, a competência está intimamente ligada com os limites que o magistrado possui, de ordem funcional, material ou territorial, no âmbito de sua jurisdição²²¹.

Já no Direito Administrativo, a palavra competência está relacionada com a atribuição funcional que determinado servidor possui para fazer ou deixar de fazer alguma atividade

Não são esses, contudo, o sentido que se pretende fornecer ao termo ora em estudo. No contexto do estudo acerca do federalismo, a competência vem a ser o poder jurídico atribuído a cada ente federado, através do qual tais entidades podem, livremente, exercer suas atribuições com autonomia e independência, estando estas distribuições presentes nas normas contidas na Constituição Federal²²².

Quanto mais descentralizado estiver o poder central, maior será o poder dos Estados-membros, e, conseqüentemente, mais próximo estará o Estado federal do denominado modelo de federalismo centrífugo. Por outro lado, na medida em que, em um determinado Estado, haja uma tendência de concentrar as competências no âmbito do poder central, estar-se-á diante do denominado federalismo centrípeto²²³.

A variação entre uma e outra forma de federalismo está relacionada ao modelo de competência adotado em cada país, segundo o critério de classificação de competências adotado nesta dissertação, com base no trabalho de Marlon Alberto Weichert²²⁴.

Por este critério, a competência classifica-se:

a) Quanto às funções dos órgãos estatais:

- a. Material;
- b. Legislativa;
- c. Jurisdicional.

b) Quanto à divisão de matérias:

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41.

²²² MELLO, Rafael Munhoz. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 10, n. 41, out/dez. 2002, p. 143.

²²³ MELLO, Rafael Munhoz. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 10, n. 41, out/dez. 2002, p. 144.

²²⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 154-165.

- a. Horizontal ou dual;
- b. Vertical ou cooperativa.
- c) Quanto à delegabilidade:
 - a. Delegáveis;
 - b. Não-delegáveis.

Passemos à análise de cada um dos itens citados acima.

Quanto à função dos órgãos estatais, a competência pode ser material, legislativa ou jurisdicional. Esse critério de classificação adota como circunstância elementar de cada poder jurídico ou atribuição dos entes federativos as três funções básicas de Estado, quais sejam, a função executiva ou administrativa (material), a função legislativa ou normativa e a função jurisdicional. Assim, todo ente que compõe uma Federação é investido com cada uma dessas funções, podendo ocorrer, face às particularidades específicas de determinados países, exceções a regra, sem que, com isso, reste descaracterizado o modelo de Estado federal. É o que ocorre, por exemplo, com o Brasil, no qual os Municípios, malgrado façam parte da Federação, não detêm competência jurisdicional²²⁵.

Quanto à divisão de matérias, os Estados federais podem distribuir a competência de seus entes componentes através do sistema horizontal (federalismo dual) ou vertical (federalismo por cooperação). No primeiro, as competências são outorgadas de forma estanque entre a União e os Estados-membros, de modo que inexistente qualquer forma de compartilhamento entre eles. Em outras palavras, “o que é de um não pode ser de outro²²⁶”, de modo que cada unidade detém integralmente o poder jurídico sobre as atribuições que lhe foi conferida pelo legislador constituinte.

Essa técnica de repartição de competência, explica Rafael Munhoz de Melo, surgiu nos Estados Unidos no contexto do Estado liberal, com o objetivo de conferir mais liberdade e autonomia jurídica aos Estados-membros, frente ao governo central. As competências da União encontravam-se taxativamente enumeradas no texto constitucional, deixando os poderes remanescentes na órbita dos Estados-membros. Referidas entidades

²²⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 157.

²²⁶ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 160.

atuavam “como dois entes completamente independentes e separados, não havendo cooperação alguma no exercício de suas atribuições²²⁷”.

Esse tipo de técnica de distribuição de competências, nada obstante sua origem liberalista, foi adotado pelo nosso legislador constituinte na Constituição social brasileira de 1988, em relação às chamadas competência exclusiva e privativa da União. A primeira diz respeito à competência material ou administrativa, ao passo que a segunda está relacionada à competência legislativa ou normativa, sendo ambas disciplinadas, respectivamente, nos arts. 21 e 22 da Lei Maior.

De maneira inovadora, o texto constitucional de 1988 acrescenta, ao lado das competências atribuídas à União, a competência material e legislativa dos Municípios, estabelecidas no art. 30 da Constituição Federal, deixando para os Estados-membros a chamada competência residual. Ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²²⁸ que essa competência residual consiste naquele rol de atribuições deixadas em aberto na Carta Constitucional, ante o fato de a Constituição não poder delimitar completamente a distribuição das competências dos entes federativos, face à possibilidade de surgirem novos interesses impossíveis de serem previstos pelo legislador. Assim, como no nosso ordenamento os poderes da União e dos Municípios já se encontram previamente estabelecidos, resta aos Estados-membros o exercício desta competência residual.

Já no sistema vertical as matérias são atribuídas de forma conjunta à União e aos Estados-membros, daí falar-se em federalismo por cooperação. A repartição de competências pela forma vertical comporta, ainda, uma subdivisão: a distribuição cumulativa e a não-cumulativa ou limitada. Na distribuição vertical cumulativa, todos os entes possuem competência integral sobre a matéria (material e legislativa), devendo prevalecer, em caso de eventual conflito, a de um ente em relação aos demais, de acordo com o que determinar o texto constitucional. No que tange à distribuição vertical não-cumulativa, também conhecida como limitada, atribui-se à União a competência para editar

²²⁷ MELLO, Rafael Munhoz. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 10, n. 41, out/dez. 2002, p. 146.

²²⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 86.

normas gerais, conferindo aos Estados-membros uma competência complementar, de edição de normas de caráter mais específico²²⁹.

Ao lado dessas competências genérica (de edição de normas gerais, ou, no dizer de Canotilho²³⁰, de “normas quadro”) e complementar, a técnica de repartição vertical compreende, ainda, a competência supletiva, que consiste no fato de o ente que detém a competência complementar adquirir a competência legislativa plena, em caso de ausência de norma geral²³¹.

No Brasil, por exemplo, compete à União editar normas de caráter geral sobre licitações e contratos administrativos, devendo os Estados-membros, no âmbito da sua competência supletiva, promulgar, respeitando-se a norma geral da União, as normas específicas sobre licitações e contratos administrativos, de acordo com as particularidades existentes dentro de seu contexto político. Todavia, na hipótese de não existir norma geral promulgada pela União, disciplinando determinada matéria, a Constituição Federal assegura aos Estados-membros, em seu art. 24, § 3º, a capacidade legislativa plena para atender suas peculiaridades, até que sobrevenha a norma geral omissa, caso em que a norma estadual terá sua eficácia suspensa, nos pontos em que com ela forem incompatíveis.

Ainda a respeito da competência legislativa, a doutrina registra a competência implícita dos entes municipais²³². Aludida classificação concerne à ausência dos entes municipais no rol dos legitimados para exercer a competência legislativa concorrente, prevista no *caput* do art. 24 da Constituição, tendo a doutrina, para suprir tal omissão constitucional, estabelecido a competência suplementar do Município delimitada implicitamente na cláusula genérica do interesse local.

No tocante à delegabilidade, as competências podem ser delegáveis ou não delegáveis. As primeiras, como o próprio nome sugere, são aquelas que admitem transmissão de um ente federativo para outro, desde que obedecidos os critérios procedimentais estabelecidos na Constituição. Diversamente, as competências não-delegáveis são aquelas que somente podem ser exercidas por um determinado ente

²²⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 160.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Almedina, 1993. p. 679.

²³¹ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 161.

²³² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 156.

federativo, sendo impassível a transferência de seu exercício para outro membro da Federação.

Ressalta Marlon Alberto Weichert que as matérias indelegáveis confundem-se com aquelas que são consideradas inerentes à pessoa do ente federal, como, por exemplo, a emissão de moedas ou declaração de guerra ou de paz, ao passo que as matérias delegáveis são as que o legislador constituinte, por mera opção política, conferiu à União em detrimento dos Estados-membros²³³.

A Constituição brasileira traça algumas matérias que, malgrado sejam de competência exclusiva da União, são passíveis de delegação para os Estados-membros, desde que aludida incumbência seja realizada mediante Lei Complementar (art. 22, parágrafo único).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²³⁴ descreve, ao lado das competências materiais e legislativas, as competências paralelas da União e dos Estados federados. Trata-se da possibilidade de tais entes exercerem facultativa e cumulativamente determinadas atribuições traçadas pelo texto constitucional, sem que a atribuição da União prevalecesse sobre a dos Estados-membros. Referido autor cita, como exemplo desta competência paralela, a competência tributária prevista na Constituição de 1891, quando a mesma estabelecia, além dos tributos privativos da União e dos Estados, os tributos cumulativos de ambos, mesmo que disto resultasse a imposição de exação tributária sobre um mesmo fato gerador.

Vislumbrada a classificação constitucional de competências, resta identificarmos em qual tipo de enquadramento se pode subsumir o marco regulatório dos serviços de saneamento básico.

5.3 Competência em relação ao saneamento básico

A Constituição Federal, ao tratar do saneamento básico, estabelece ser da competência material comum dos entes federativos, isto é, da União, dos Estados e dos

²³³ WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 161.

²³⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948, p. 79.

Municípios, a promoção a melhoria das condições na prestação destes serviços, conforme enuncia o art. 23, inciso IX:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Dita competência, contudo, não define a titularidade do serviço, mas tão somente a possibilidade de ação de quaisquer entes estatais visando ao melhor resultado da matéria²³⁵.

Outro ponto traçado pela Constituição acerca do saneamento básico concerne à competência exclusiva da União para a fixação das diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo, entre elas, o serviço de saneamento básico, conforme preceitua o art. 21, inciso XX da Lei Maior:

Art. 21. Compete à União:

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos

Estas diretrizes, mencionadas acima, estão disciplinadas na Lei federal n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, e serão objeto de análise pormenorizada no próximo capítulo.

Analisando, mais uma vez, o texto constitucional, percebe-se que o terceiro comando relacionado à prestação do serviço de saneamento básico encontra-se insculpido em cláusula genérica, contida dentro da competência material dos Municípios, pela qual compete a esta entidade federativa desempenhar serviços de interesse local:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

²³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan/mar 2002, p. 260.

A definição do saneamento básico dentro deste preceito genérico corresponde à aplicação do princípio da *subsidiariedade*, segundo o qual os serviços de *interesse local* são, via de regra, arrolados dentro da competência dos entes municipais.

Segundo Luis Roberto Barroso²³⁶, qualquer serviço é de interesse tipicamente local, visto que todo serviço repercute sobre os Municípios e seus habitantes. Todavia, deve-se frisar que certas atividades, mesmo se enquadrando na definição de interesse local, devem ser, por expressa determinação constitucional, exercidas por outros entes, a exemplo do serviço de telefonia, que pertence exclusivamente à União. Para os demais serviços, cuja titularidade a Carta Constitucional é silente, deve o aplicador do Direito valer-se do critério da predominância do interesse, a exemplo do que ocorre com o serviço de saneamento básico²³⁷.

Observando, portanto, o sistema de predominância de interesses, a doutrina é praticamente uníssona em afirmar a competência municipal para a prestação dos serviços de saneamento básico²³⁸, ressalvada, evidentemente, a competência material comum dos entes estatais na promoção de programas de melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, inciso IX, da Constituição Federal), bem como a competência exclusiva da União para fixar as diretrizes para o desenvolvimento urbano, nas quais, evidentemente, se inclui o saneamento básico (art. 21, inciso XX, da Lei Maior).

Um ponto importante a ser ressaltado dentro da análise da competência municipal para a prestação dos serviços de saneamento básico diz respeito à forma em que aludido serviço pode ser desempenhado. De acordo com a Constituição (art. 175), a execução desta atividade pode se realizada diretamente pelo Município ou mediante celebração de concessão ou permissão.

²³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan/mar 2002, p. 261.

²³⁷ Insta, neste contexto, ressaltar que a definição de interesse local consiste em conceito essencialmente relativo, visto que determinados serviços, hoje considerados de interesse local, podem, por razões diversas, tomar proporções maiores, passando, com isto, a ocupar as esferas de interesse regional ou nacional, extraindo-se, desta forma, a competência municipal em prol do Estado ou da União, conforme o caso.

²³⁸ Neste sentido: BARROSO, Luiz Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan/mar 2002, p. 261; SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul/set 2004, p. 125; TÁCITO, Caio. Serviços de saneamento básico. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, jul/set 2002, p. 01; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal – saneamento básico. *Revista de direito administrativo e constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar 2003, p. 202; entre outros.

Vale ressaltar, neste prisma, que a Constituição não permite a outorga destes serviços via autorização, vez que, conforme reporta Vitor Rhein Schirato²³⁹, referido instrumento não é adequado para transferir a particulares serviços cuja titularidade pertença ao Poder Público, mas sim para o exercício, no âmbito dos interesses eminentemente privados, de atividades consideradas como serviços públicos. Em outras palavras, a autorização seria o instrumento de ordenação pública para a exploração econômica de atividades de titularidade privada²⁴⁰, não se amoldando, pois, nesta concepção, os serviços de saneamento básico.

Questão um pouco controversa diz respeito à forma de prestação destes serviços, uma vez que, malgrado sejam de competência municipal, sua execução é habitualmente realizada por companhias estaduais, a exemplo do que ocorre em diversos Municípios brasileiros. De acordo com os dados levantados por Adriana da Costa Ricardo Schier, existem, no Brasil, pelo menos 27 companhias estaduais de saneamento básico, que atendem cerca de 3.600 Municípios²⁴¹. Na maioria destes casos, os entes estatais envolvidos celebram um convênio administrativo, usualmente prescindindo, por óbvio, de procedimento licitatório, cujo objetivo consiste no desenvolvimento econômico deste tipo de serviço público.

A polêmica relacionada à formatação de tais convênios concerne ao contínuo processo de privatização encabeçada pela Constituição Federal em relação à participação da iniciativa privada na prestação de determinados serviços públicos, circunstância que se revela incompatível com a natureza da execução do fornecimento de saneamento básico por uma empresa estadual.

Neste sentido, Fernando Herren Aguilar²⁴² entende não ser viável o fornecimento dos serviços de saneamento básico por esta via, visto que, segundo o autor, “há candidatos privados a desempenhar os mesmos serviços”, inexistindo qualquer vinculação entre o serviço e a empresa pública estadual. Desse modo, conclui o jurista, se as empresas

²³⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul/set 2004, p. 129.

²⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 151.

²⁴¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal – saneamento básico. *Revista de direito administrativo e constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar 2003, p. 203.

²⁴² AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 289.

estaduais pretenderem desempenhar os serviços de saneamento básico, deveriam concorrer em igualdade de condições com as empresas privadas.

Igualmente, um ponto de pouca convergência acadêmica está relacionado ao regime jurídico do saneamento, quando desempenhado por empresas estaduais. A questão que aqui se põe é concernente ao fato de serem, ou não, aplicáveis, no âmbito dos convênios administrativos entre Municípios e empresas estatais, as regras estabelecidas para o contrato de concessão de serviços.

Para Marçal Justen Filho, em tais situações inexistente a figura de concessão de serviços, uma vez que, conforme o pensamento do jurista, no convênio administrativo será o próprio Poder Público que prestará o serviço²⁴³. Este entendimento não é compartilhado por Vitor Rhein Schirato²⁴⁴, para quem, tomando por base a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, “haverá concessão sempre que o prestador dos serviços não for controlado pelo ente competente para a prestação de tais serviços”.

A discussão, todavia, parece ter sido superada com o advento da Lei federal n. 11.445/07, que regulamenta a Política Nacional de saneamento básico no Brasil. De acordo com esta norma, a participação de entidades estatais na prestação do serviço ora em análise somente poderá ser concretizada mediante celebração de um contrato, nos moldes da Lei n. 8.666/93, ou através de um consórcio público.

Assim, não resta dúvida da obrigação, por parte das companhias estaduais de saneamento, de firmar um contrato com os entes municipais, a não ser que haja a celebração de um consórcio público específico para o gerenciamento de tal setor. Essa determinação é oriunda do art. 10 da supramencionada lei, que estabelece que “quando a prestação do serviço for feita por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato...”.

Urge, contudo, ressaltar que o fato de a lei exigir a celebração de um contrato na prestação do serviço de saneamento não necessariamente implica dizer que existe a obrigação de o ente estatal submeter-se a procedimento licitatório. Isto porque, de acordo com a lei de licitações, as empresas estaduais, por serem, geralmente, as únicas prestadoras

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral da Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 117.

²⁴⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul/set 2004, p. 125-126.

do serviço público (provavelmente em função de deterem um monopólio natural), podem ser contratadas diretamente pelo ente municipal, sendo inexigível a licitação, nos termos do art. 25 da Lei n. 8.666/93.

Do mesmo modo, a eventual formação de consórcios públicos entre Estados e Municípios para o gerenciamento do setor se enquadra no rol de dispensa de licitação, consoante se vislumbra na redação dada ao art. 24, inciso XXVI, da lei geral de licitações, cuja dicção estabelece:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Por derradeiro, ainda quanto às competências constitucionais dos serviços de saneamento básico, urge esclarecer que a titularidade somente permanece no âmbito municipal enquanto o serviço for atinente à satisfação de um interesse local. Desse modo, a doutrina majoritária é convergente em afirmar que caso o serviço seja prestado em zonas metropolitanas, o interesse transmuta-se para o âmbito regional, e a sua competência, por conseguinte, passa para as mãos do ente público estadual²⁴⁵.

As regiões metropolitanas têm, portanto, a força de trazer para a entidade estadual a competência para desenvolver os serviços de saneamento básico, ocasionando, conseqüentemente, a alteração do marco regulatório de tais serviços do Município para as entidades estaduais. Sua instituição consiste em competência privativa dos Estados membros, conforme determina o art. 25, § 3º, da Constituição Federal, e se concretiza mediante lei complementar estadual.

Importante salientar que a formatação destas regiões constitui mera faculdade do Estado-membro, impassível de insurgência por parte dos entes municipais envolvidos, visto

²⁴⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luiz Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan/mar 2002, p. 263; SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul/set 2004, p. 135; TÁCITO, Caio. Serviços de saneamento básico. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, jul/set 2002, p. 01; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal – saneamento básico. *Revista de direito administrativo e constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar 2003, p. 203; entre outros.

que, de acordo com o sistema de preponderância, os interesses locais não podem prevalecer contra os interesses regionais²⁴⁶.

Desse modo, estabelecida, por meio de lei complementar estadual, uma zona metropolitana, os Municípios envolvidos na aglomeração perdem, em prol do Estado, a competência para exercerem a regulação dos serviços de saneamento básico, que passa a ser tratada como de interesse *supra local*.

Problema pode surgir quando, face à ausência de aglomeração metropolitana, determinados Municípios limítrofes, com interesses comuns, estabelecerem, entre si, um consórcio público para gerenciar a regulação dos serviços de saneamento básico. Entretanto, as questões relativas às competências constitucionais relacionadas ao marco regulatório que podem surgir deste fenômeno exigem uma análise mais acurada da matéria, tanto em função da complexidade do assunto abordado, bem como em razão de corresponder ao tema principal do objeto de pesquisa deste trabalho.

²⁴⁶ Para Luis Roberto Barroso, caso inexistisse essa força compulsória dos Estados, não haveria eficiência na instituição de uma zona metropolitana cujo objetivo visa o atendimento de um interesse público regional. Ver BARROSO, Luiz Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan/mar 2002, p. 263.

6 Os consórcios públicos intermunicipais e a regulação dos serviços de saneamento básico

O principal ponto a ser superado acerca da viabilidade da utilização de consórcios públicos intermunicipais para fins de regulação dos serviços de saneamento básico consiste em traçar, *a priori*, as premissas básicas sobre as quais se fundamenta o marco regulatório do respectivo setor, especialmente após a Lei 11.447/07.

Desta forma, este capítulo final, cujo conteúdo abraça o cerne central da pesquisa, iniciar-se-á analisando as questões relacionadas à regulação delineadas na nova lei, para, em seguida, abordar de maneira específica a questão dos consórcios públicos.

6.1 O Marco Regulatório na Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico

A questão relativa à regulação dos serviços de saneamento básico constitui, deveras, um ponto de significativa relevância, vez que, como visto nos capítulos anteriores, há uma forte tendência, nos dias atuais, de se entregarem aos particulares a execução de determinados serviços públicos, mediante delegação do poder concedente, incumbido ao Poder Público a tarefa de promover a efetiva fiscalização e regulação desta atuação pela iniciativa privada.

Para tanto, mostra-se de extrema importância ter em vista o critério de competências traçado para cada ente federativo, no intuito de se poder vislumbrar, no plano concreto, qual deles (União, Estados e Municípios) detém a titularidade para exercer a regulação dos serviços de saneamento básico, aplicando-se-lhes os princípios regulatórios pertinentes²⁴⁷.

Como visto, o saneamento básico, via de regra, é apontado como pertencente ao elenco da competência material traçada pela Constituição Federal para os entes federativos de nível municipal, em razão de dizerem respeito a assuntos de interesse eminentemente

²⁴⁷ Ver capítulo I.

local, ao passo que, quando se está diante de uma região metropolitana, tal competência transmuda-se imediatamente para o rol de competências dos Estados-membros²⁴⁸.

A importância destas características consiste exatamente em definir precisamente qual o ente político competente para gerenciar os serviços de saneamento básico, a fim de se estabelecer um marco regulatório capaz de fornecer, ao serviço de saneamento, um modelo de outorga passível de se implementar, por intermédio da iniciativa privada, a prestação de um serviço com qualidade e eficiência, sempre com observância, evidentemente, dos preceitos e corolários específicos da regulação econômica.

Esta foi, aliás, uma das principais preocupações do nosso legislador, ao instituir, no ordenamento brasileiro, a lei geral sobre o Programa Nacional de Saneamento Básico, consubstanciada na Lei federal n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, cujos objetivos versam, dentre outros aspectos, na formação da política pública de saneamento básico com base na prestação deste serviço, pelo seu titular, de forma direta ou mediante delegação, devendo, neste último caso, definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação (conforme previsão do art. 9^a, inciso II da mencionada lei).

Igualmente, a relevância da regulação destes serviços é mais uma vez constatada no inciso VII do referido art. 9^o, que estabelece a possibilidade de intervenção na concessão, *por indicação da entidade reguladora*, nos casos e condições previstos na lei ou no contrato.

Bem se vê, dentro desta seara, que o legislador deixou evidente o seu interesse, em se tratando de política de saneamento básico, em definir um modelo de regulação econômica no qual se traduza a possibilidade da execução e exploração deste serviço pela iniciativa privada, sempre com a fiscalização do ente público titular. Daí a necessidade de se traçar um quadro delineador preciso e consistente, capaz de averiguar, em um determinado caso, a quem incumbe a titularidade do serviço, dentro da tênue linha que divide a competência comum do Estado-membro e do Município.

Chama atenção a novel legislação sobre a política do saneamento básico quando, ao tratar da prestação regionalizada do aludido serviço, abre a possibilidade de tal marco

²⁴⁸ Nesse sentido, ver, por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83.

regulatório poder ser desempenhado através de *consórcios públicos* ou *convênios de cooperação*, mediante a implementação de uma gestão associada de serviço público, consoante se observa na redação dada ao art. 15 da norma em referência:

Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

II – por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Antes de aprofundar-se a análise da questão atinente à regulação via gestão associada, insta tecer algumas considerações importantes acerca do dispositivo em epígrafe. A primeira, e mais evidente, é a superação da dicotomia serviços públicos *versus* atividades econômicas em relação às atividades de saneamento básico, pois que a legislação, abraçando a posição da doutrina majoritária, estabelece ser o saneamento básico um *serviço público*, devendo, assim, o particular, no seu desempenho, atender aos requisitos constitucionais previstos no art. 175 da Magna Carta.

A segunda, e talvez a mais pertinente, diz respeito à ausência do legislador em definir, expressamente, qual ente federativo detém a titularidade do serviço, deixando, como se vê na dicção do inciso I, uma expressão vaga e imprecisa²⁴⁹.

Neste aspecto, entende Luiz Henrique Antunes Alochio²⁵⁰ ser possível aplicar em relação à titularidade dos serviços de saneamento básico, face à ausência de definição pelo legislador, a lei do Sistema Único de Saúde (Lei n. 8.080/90), cujo art. 18, inciso IV, alínea “d”, estabelece competir à direção municipal do sistema de saúde (SUS) executar os serviços de saneamento básico. Ressalva o autor, todavia, que, nada obstante a regra ser a da competência municipal, esta competência passa a ser do respectivo Estado-membro da Federação quando tais serviços estejam sendo executados em regiões metropolitanas.

²⁴⁹ Essa mesma imprecisão é verificada no parágrafo único do art. 18 da Lei 11.445/07, que estabelece competir à entidade de regulação instituir regras e critérios de estruturação de sistema contábil e do respectivo plano, sem, todavia, deixar claro qual o ente federativo competente para exercer aludida regulação.

²⁵⁰ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do Saneamento* – introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007). Campinas: Millennium editora, 2007. p. 42.

Na verdade, a omissão legislativa envolve questão um pouco mais complexa. O texto original do Projeto de Lei que deu origem à Lei n. 11.445/07 determinava, como lembra Karine Silva Demoliner²⁵¹, que a competência para o gerenciamento do setor incumbiria aos Municípios, que exerceriam, segundo a pretensão do aludido projeto, a titularidade exclusiva para prestação dos serviços de saneamento básico, inclusive sobre regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e micro-regiões, permitindo, ainda, a formação de consórcios públicos intermunicipais para o cumprimento de tais desideratos.

Entretanto, mesmo prevendo a obrigatoriedade de os entes municipais submeterem seus ordenamentos à legislação estadual, em respeito à competência supletiva dos Estados-membros, entendeu-se que, em assim procedendo, estaria a norma infraconstitucional usurpando competência de um ente federativo em favor de outro, em flagrante vício de constitucionalidade.

Tais razões fizeram com que fossem retiradas do texto legal as regras atinentes à competência municipal para a regulação do setor, substituindo-as, contudo, por uma redação imprecisa e obscura, no qual se estabelece, em vários dispositivos, o âmbito de atribuições do *ente regulador titular*, sem que a lei esclarecesse quem são esses entes titulares²⁵². Esta opção legislativa, ao invés de encerrar o debate no oportuno momento da formulação da Política Nacional do Saneamento Básico, resultou na prolongação da polêmica envolvendo o assunto.

Voltando à questão da gestão associada, a legislação em análise estabelece duas possibilidades para a atuação do Poder Público: primeira, a regulação econômica mediante a celebração de consórcios públicos e convênios de cooperação (art. 15); e, segunda, a prestação direta de tais serviços mediante a formação de consórcios públicos (art. 16), deixando evidente que, no que tange à prestação direta, inexistente a possibilidade de celebrar-se um convênio de cooperação para este desiderato.

Deste modo, resta evidente que os convênios administrativos usualmente celebrados entre companhias estaduais e entes municipais para a execução direta dos serviços de saneamento básico devem, a partir da promulgação desta lei, ser tidas como ilegais, vez

²⁵¹ DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico – Regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 175-176.

²⁵² ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do Saneamento – Introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007)*. Campinas: Millennium editora, 2007. p. 42.

que, como visto, apenas se é possível a utilização deste instrumento de gestão associada para fins de regulação, e não de prestação direta²⁵³.

Outro ponto de acentuada relevância, cuja análise constitui o cerne do objeto de pesquisa deste trabalho, diz respeito à possibilidade de Municípios limítrofes associarem-se para a formação de um consórcio público visualizando proceder à regulação dos serviços de saneamento básico dentro dos respectivos territórios, mediante a implementação de uma gestão pública associada.

Questiona-se se, nestes casos, haveria a possibilidade de tais consórcios intermunicipais exercerem a aludida regulação, ou se se faria incidir, na hipótese, a eventual usurpação de competência dos entes federativos estaduais, vez que, como se sabe, os serviços prestados nestas áreas trariam para os Estados-membros a titularidade da prestação e regulação de tais serviços.

Em uma visão geral do texto legal, talvez este tenha sido o intento da norma em epígrafe, vez que referido diploma estabelece expressamente a possibilidade de formação de consórcios públicos entre os entes titulares para a prestação conjunta do gerenciamento de saneamento básico, incluindo tanto a prestação direta quanto a regulação. Todavia, a problemática envolvendo a competência do setor ainda permanece obscura, vez que tais aspectos não foram (nem de longe) trazidos à baila pela lei geral do saneamento básico, deixando uma “lacuna legislativa” que dificulta, se não impede, a elaboração de um marco regulatório preciso para a prestação dos serviços ora abordados.

A resposta para esta complexa postulação impescinde de uma análise mais acurada acerca do regime jurídico traçado para os consórcios públicos, nos moldes de sua legislação específica (Lei federal 11.079/04), razão pela qual optamos por incorrer, em um primeiro momento, acerca destas estruturas administrativas, para, em seguida, voltarmos à problemática ora exposta.

²⁵³ Salvo, evidentemente, nos casos em que referidas empresas estaduais prestem serviços em zonas metropolitanas, pois que, desse modo, a titularidade do serviço é retirada do Município e transferida para o Estado-membro.

6.2 Os Consórcios Públicos

Como se sabe, o modelo de federalismo adotado no Brasil possui uma particularidade em relação às Constituições dos demais países, qual seja, a forma de federação tripartite. Esta, contudo, não é a única peculiaridade existente no sistema de federação traçado pelo nosso legislador constituinte, vez que, ao lado deste modelo de organização tripartite, existe a possibilidade de pessoas públicas pactuarem, entre si, a chamada gestão associada para a prestação conjunta de determinados serviços públicos, através de consórcios públicos e convênios de cooperação.

A sistemática da atuação conjugada destas entidades já era observada desde a época da Constituição republicana de 1891. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto²⁵⁴, este diploma constitucional remetia às Constituições estaduais as questões atinentes ao aparelhamento administrativo dos Municípios, permitindo, dessa forma, que tais normas procedessem à formalização de associações municipais para a realização de serviços de comum interesse.

Com a Carta de 1937, estabeleceu-se a primeira referência constitucional à possibilidade de associação intermunicipal para instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns, concedendo, inclusive, a tais organizações, personalidade jurídica limitada a seus fins, cabendo, no entanto, aos Estados regular as condições dos aludidos agrupamentos.

O texto constitucional de 1946 foi silente em relação ao tema, assim como a Carta de 1967, apesar desta última admitir, em seu art. 16, § 4º, a *pactuação convencional* entre os entes municipais.

A Constituição de 1988 trouxe, em relação ao tema, duas inovações atinentes à estruturação federativa. A primeira delas, como já visto, foi a classificação dos Municípios como componentes da Federação. A segunda adveio com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, que, ao trazer uma nova redação ao art. 241 da Lei Maior, permitiu que os entes federativos exercem, entre si, a chamada gestão associada, através de

²⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. *Revista de Direito do Estado*. São Paulo, a. 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 306.

consórcios públicos ou convênios de cooperação, conforme dicção do dispositivo em apreço:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Este texto normativo traduz, na realidade, a possibilidade de se implantar a chamada gestão pública associada, como corolário do federalismo cooperativo²⁵⁵, cuja utilização mostra-se bastante estimulada nas legislações mais modernas dos países ocidentais, especialmente os que adotam o sistema federativo (pode-se citar, a título de ilustração, o *consorcio* espanhol, o *consorzio* italiano e o *Interessengemeinschaft* alemão²⁵⁶). Até mesmo em países de formação unitária, a exemplo da França, pode-se encontrar disciplinamento jurídico que versam sobre institutos similares a tais tipos de organizações administrativas (lá denominadas *groupements d'intérêt public*²⁵⁷).

Na verdade, a possibilidade de formação de convênios e consórcios públicos, segundo lição de Maria Silvyia Zanella Di Pietro²⁵⁸, já se encontrava, no Brasil, implicitamente inserida no contexto do art. 23 da Constituição Federal, que trata da competência concorrente dos entes federativos, tal como saúde, assistência social, proteção aos deficientes, etc.

No entanto, com a nova redação dada ao art. 241, acima referido, a possibilidade de se estabelecer modelos de gestão associada passou a ser previsto de forma expressa. A legislação infraconstitucional tratou de regulamentar o referido dispositivo da Lei Maior através da Lei federal n. 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e formação de convênios de cooperação.

²⁵⁵ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 114.

²⁵⁶ DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 159.

²⁵⁷ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos – comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 14.

²⁵⁸ DI PIETRO, Maria Silvyia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 248.

O advento deste novel diploma normativo trouxe, deveras, significativas alterações no que tange à formação dos consórcios públicos no cenário nacional, especialmente no tocante à sua nomenclatura e ao seu regime jurídico.

Insta salientar, por oportuno, que a gestão associada na organização administrativa brasileira não configurava nenhuma novidade, pois que, mesmo antes do advento da lei, já se formalizaram, no Brasil, várias espécies de consórcios públicos, especialmente entre entes municipais, a exemplo do consórcio das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba e Capivari, no Estado de São Paulo, celebrado em 1991, conforme registra Vladimir Passos de Freitas²⁵⁹.

A diferença trazida pela nova legislação, em seu regramento acerca dos consórcios, consiste na forma pela qual tais organizações, bem como os convênios de cooperação, passaram a ser organizados, com uma série de características outrora inexistentes. No afã de estabelecer uma visão didática e sistêmica destes caracteres, enfrentar-se-á cada um deles em tópicos específicos.

6.2.1 A questão da nomenclatura

A primeira distinção em relação ao antigo modelo de gestão comum protagonizado no Brasil diz respeito ao próprio *conceito* de consórcio e convênio, que possuía, na lição da antiga doutrina administrativista, significado diverso daquele fornecido após o advento da Lei federal n. 11.107/05.

Com efeito, entendiam-se usualmente por consórcios públicos os acordos de vontade para formação de gestão associada envolvendo entes federativos do mesmo nível²⁶⁰, ou seja, entre Estado-membro e Estado-membro ou entre Município e Município (por óbvio a União, por ser singular dentro de sua respectiva espécie, ficava afastada desta concepção), numa relação que se situava, em razão disto, no plano horizontal²⁶¹.

²⁵⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Silvy Zarella. O Consórcio Público. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 775.

²⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. *Revista de Direito do Estado*. São Paulo, Ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 302.

Inexistia, portanto, a possibilidade de celebração de consórcios públicos entre entes federativos de nível diverso, a exemplo de Estado-membro e Município, ou União e Estado-membro, vez que estes acordos comumente recebiam o nome de *convênios administrativos*. Por conseguinte, os convênios eram acordos celebrados para a promoção do gerenciamento cooperativo de serviços públicos envolvendo relações verticais de entes federativos.

Aliás, esta característica peculiar dos convênios era o ponto essencial que diferenciava tal tipo de acordo administrativo da figura dos consórcios públicos, vez que, no que tange aos demais caracteres, todos os outros princípios e preceitos regedores dos primeiros eram aplicáveis a estes últimos, conforme apontava Hely Lopes Meirelles²⁶².

Mesmo era o entendimento de Diógenes Gasparini, para quem a distinção entre consórcios e convênios estava na diversidade, ou não, dos partícipes, vez que, nos primeiros, somente poderiam participar pessoas públicas (excluindo a possibilidade de compartilhamento da gestão com a iniciativa privada) que estivessem na mesma espécie federativa²⁶³.

Nesse contexto, a Lei federal n. 11.107/05 introduz nova concepção de organização de consórcios públicos, configurando uma nova modalidade de negócio jurídico de direito público²⁶⁴, permitindo a atuação conjunta entre União, Estados-membros e Municípios, com a ressalva de que, no que diz respeito à União, somente será possível a sua participação no consórcio caso haja, concomitantemente, o ingresso do Estado-membro em cujo território estejam situados os Municípios consorciados (art. 1º, § 2º).

²⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 389.

²⁶³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 403. No mesmo sentido, ver: DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 158; e BORGES, Alice Gonzalez. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Numero 03, julho/agosto/setembro de 2005, Salvador, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-3-JULHO-2005-ALICE%20GONZALEZ.pdf>, acesso em 18 de março de 2009.

²⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2006. p. 190.

6.2.2 A questão da formação

Na antiga concepção assinalada pela doutrina, os consórcios públicos consistiam em *acordos de vontade* firmados entre os entes federativos de mesmo nível para fins de gestão associada de determinados serviços públicos.

Com o advento da Lei n. 11.107/05, referidas organizações consorciadas passaram a ser formalizadas mediante a celebração de um *contrato* entre as entidades políticas partícipes, conforme determinação expressa do art. 3º da norma em análise:

Art. 3º O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.

Critica-se a adoção desta modalidade contratual em razão do fato de que, via de regra, os contratos representam a celebração de acordos de vontade envolvendo partes com interesses distintos, usualmente divergentes, nos quais uma consente em conceder determinação prestação em função do comprometimento da outra em, igualmente, cumprir sua parte da avença²⁶⁵.

Nota-se, contudo, que tais circunstâncias são exatamente o oposto do que acontece nos consórcios públicos, nos quais inexistem interesses divergentes das partes envolvidas, mas sim, ao contrário, uma zona de interesses comuns que serão desenvolvidos conjuntamente.

Parecem seguir esta mesma linha de raciocínio as lições trazidas pela professora Odete Medauar²⁶⁶, para quem os convênios diferenciam-se dos contratos pelo fato de que nestes há interesses opostos ou divergentes, enquanto no convênio há interesses paralelos ou convergentes. Segundo a autora, no contrato há a realização de uma composição de interesses opostos, consubstanciados na vontade das partes envolvidas, ao passo que, no convênio, não há partes, mas sim partícipes com as mesmas pretensões.

Com efeito, pensamos ter agido mal o legislador ao enquadrar a natureza jurídica dos consórcios em uma modalidade de contrato. Melhor seria se houvesse sido mantida a

²⁶⁵ Como sucede em um contrato de compra e venda, por exemplo, na qual uma parte compromete-se a entregar um determinado bem, enquanto a outra obriga-se a prestar uma certa quantia em dinheiro.

²⁶⁶ MEDAUAR, Odete. *Convênios e Consórcios Administrativos*. Aula magna ministrada no 2º Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado no Rio de Janeiro, de 28.5 a 2.6.95, promovido pela Editora NDJ Ltda.

mesma posição que a doutrina já sustentara acerca do instituto, qual seja, a de que os consórcios públicos possuíam natureza de convenção, sem que tal proposta resultasse na formação de uma pessoa jurídica autônoma e distinta dos entes federativos consorciados, conforme se verá a seguir.

6.2.3 A questão da personalidade jurídica

Um dos pontos de maior controvérsia enfrentado pelos juristas que se dedicam a matéria diz respeito ao fato de que, após o advento da Lei n. 11.107/05, ficou estabelecido que os consórcios públicos consistiriam em pessoas jurídicas autônomas e distintas das entidades consorciadas que os compõe, desfrutando, inclusive, de personalidade jurídica própria.

Como sabido, enquanto os consórcios figuravam um mero acordo de vontades entre os participantes, não havia, na organização associada, a constituição de uma pessoa jurídica propriamente dita, visto tratar-se de um simples convênio entre as entidades federativas. Tampouco havia a possibilidade de estas associações deterem personalidade jurídica própria, vez que a existência de personalidade jurídica dos entes federativos agremiados já se demonstrava, por si só, suficiente para a consecução dos objetivos traçados no pacto.

Nestes casos, pelo fato de os consórcios serem carentes de personalidade, não lhes caberia, conforme orientação de Diógenes Gasparini²⁶⁷, celebrar contratos de compra e venda ou de locação, assim como contratar ou distratar negócios, doar ou receber doação, enfim, realizar quaisquer tipos de atos negociais que implicassem na assunção de direitos ou obrigações. Desse modo, para a execução e gerenciamento dos consórcios (bem como dos convênios), a doutrina apontava a possibilidade de se formar uma *comissão executiva específica*, composta por representante de cada ente partícipe, que atuava nos limites dos termos estabelecidos no acordo, sempre sob a responsabilidade das entidades federativas associadas²⁶⁸.

²⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 281.

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. O Consórcio Público, in *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 772.

A nova legislação, entretanto, preferiu alterar a natureza jurídica dos consórcios públicos, dando-lhes, como visto, personalidade jurídica para, em nome próprio, promoverem o gerenciamento das atividades que lhes foram conferidas por instrumento de formalização.

Neste aspecto, a lei em referência apresenta certa incongruência ao dispor sobre *normas gerais de contratação de consórcios públicos*, pois que, ao que parece, não há uma regulamentação sobre formalização de contratos, mas sim uma norma que versa sobre a instituição de uma nova pessoa jurídica, o consórcio público, formada pela união de entes federativos.

Igualmente, inova a legislação ao dispor que estas pessoas podem ser formadas tanto com a natureza de direito público, caso em que são consideradas associações públicas, como de direito privado, sendo, nesta hipótese, consideradas associações civis sem fins lucrativos, regendo-se pelas normas do Código Civil. Esta é a dicção do disposto no art. 6º da Lei n. 11.107/05, cuja relevância de seu conteúdo impõe-nos a transcrição de seu inteiro teor:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

No caso de consistir em pessoa jurídica de direito público, o consórcio será considerado uma associação pública e terá a mesma natureza jurídica das autarquias, face à alteração proferida no art. 41 do Código Civil, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas

Além disso, insta observar que a entidade consorciada integrará a administração indireta de cada ente federativo partícipe, conforme determina o § 1º do art. 6º da Lei de regência, acima exposto. Tal circunstância, contudo, pode levar a uma série de incongruências atinentes ao próprio processo de descentralização administrativa, que exige, na sua consecução, lei específica de cada entidade consorciada, consoante será demonstrado no processo de constituição dos consórcios.

6.3 A constituição dos consórcios

A lei federal n. 11.107/05 estabelece normas gerais sobre contratação de consórcios públicos, induzindo, talvez, os mais desavisados a pensar que as entidades consorciadas são formalizadas diretamente mediante a celebração de um contrato. Todavia, não é bem assim que acontece.

Com efeito, analisando-se o texto legal, pode-se vislumbrar que a formalização de um consórcio público impescinde da observância de uma série de atos administrativos sucessivos, demonstrando que a constituição dos mesmos se efetua através de um *processo administrativo*, e não por meio de um contrato em si²⁶⁹. Ademais, a celebração do contrato vem a ser, na verdade, o último passo do processo de constituição do consórcio, corroborando, assim, a necessidade de efetivação de um conjunto de atos prévios e preparatórios.

Explica Maria Silvyá Zanella Di Pietro²⁷⁰ que a constituição de um consórcio público deve, necessariamente, de acordo com a lei, seguir as seguintes etapas:

- a. Subscrição de um protocolo de intenções (art. 3º);
- b. Publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º);

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Silvyá Zanella. O Consórcio Público, in *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 778.

²⁷⁰ DI PIETRO, Maria Silvyá Zanella. O Consórcio Público, in *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 778.

- c. Ratificação, total ou parcial, do protocolo de intenções (art. 5º) através de lei, promulgada por cada um dos partícipes, ou disciplinando a matéria (art. 5º, §4º);
- d. Celebração do contrato (art. 3º);
- e. Atendimento das disposições do Código Civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (art. 6º, II).

O protocolo de intenções consiste em um documento no qual se estabelecerão os objetivos a serem alcançados pelo consórcio. Segundo a lei, sua formatação se consubstancia em um momento prévio da realização do contrato de consórcio, sendo uma espécie de acordo preliminar no qual se firmará o planejamento e a especificação das atividades a serem desempenhadas pelos entes consorciados, no âmbito da gestão pública associada²⁷¹.

Interessante notar que, nada obstante a realização de um protocolo de intenções, não há obrigatoriedade de os entes federativos celebrarem o contrato de consórcio. Desse modo, a existência de um protocolo de intenções não impede que uma determinada entidade política decida, por razões de conveniência política, retirar-se do pacto inicialmente firmado, mesmo que haja participado das propostas lançadas na elaboração do protocolo. Do contrário, obrigar uma pessoa pública a celebrar o consórcio seria invadir o âmbito da autonomia dos entes da Federação, o que é seguramente contra os interesses traçados na Constituição.

Após a firmação do protocolo, a lei n. 11.107/05 exige que seu conteúdo seja ratificado por lei específica de cada ente federativo, somente dispensando tal exigência se já houver, no âmbito da entidade consorciada, lei disciplinando a matéria. Insta observar, porém, que, nesta última hipótese, não implicará em ratificação do acordo se a lei disciplinadora contrariar, no todo ou em parte, os objetos e as finalidades estabelecidas no protocolo.

Uma questão intrigante pode surgir neste contexto. É que, como se sabe, a instituição de autarquias, no processo de descentralização administrativa, se efetua através

²⁷¹ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos* – comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 47.

de lei específica, conforme comando constitucional, insculpido em seu art. 37, inciso XIX, *in verbis*:

Art. 37, CF/88.

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Nesse sentido, em se tratando de consórcio público com personalidade de direito público (que possui, como visto, natureza autárquica), difícil se torna admitir que uma lei simplesmente *ratifique* sua criação, levando à conclusão de que a entidade autárquica, na verdade, já fora criada em momento prévio, ficando sua *instituição* sobrestada até o advento da lei ratificadora.

Impende observar, igualmente, que a entidade consorciada, após ratificada pelo ente federativo participante, passa imediatamente a compor a administração pública indireta da respectiva pessoa política que a ratificou, conforme determinação do art. 6º, §1º da lei n. 11.107/05.

O problema que se vislumbra, nesta hipótese, consiste no fato de um determinado ente federativo aprovar, em sua lei interna, a formação do consórcio público (que passará a fazer parte de sua administração indireta), mas a mesma lei ratificadora não houver sido promulgada pelos demais participantes. Nesta situação, malgrado o consórcio público já componha a administração indireta de um dos consortes, não será possível afirmar que exista uma pessoa jurídica associativa²⁷².

Urge afirmar, ainda, que a lei n. 11.107/05 somente traz como integrante da administração indireta os consórcios formados com personalidade de direito público, deixando de fora as associações com natureza de direito privado. Neste aspecto, entende parte da doutrina que tanto uma como outra forma de consórcio (de natureza pública ou privada) deve integrar a administração indireta, visto ser inconcebível, nas palavras de Pedro Durão²⁷³, que o “Estado crie uma pessoa jurídica e a exclua de organização político-administrativa”.

²⁷² DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. O Consórcio Público, in *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 780.

²⁷³ DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 161.

Para esta corrente, os consórcios de natureza privada constituem a administração indireta como espécie de empresas estatal, desde que, evidentemente, se enquadrem na modalidade de *empresas públicas prestadoras de serviço público*, em razão da impossibilidade de tais entidades exercerem atividade econômica.

Mesmo que sejam regidos pelo direito privado, os consórcios com tal natureza recebem, ainda, alguns privilégios inerentes à administração pública, tais como possibilidade de contratação com dispensa de licitação (art. 2º, §1º, III), promoção de desapropriações (art. 2º, §1º, II), valores percentuais diferenciados para dispensa de licitação na aquisição de bens ou serviços (art. 24, parágrafo único, Lei n. 8.666/93), etc., razão pela qual se entende que seu estatuto jurídico, em face de algumas regras derogatórias do direito comum, se insere em um regime jurídico *misto*.

6.4 Contrato de rateio e contrato de programa

A lei federal n. 11.107/05 inovou ao trazer, para o ordenamento jurídico brasileiro, duas novas espécies contratuais, quais sejam, o contrato de rateio e o contrato de programa. Malgrado não tenha o legislador definido o conceito de tais figuras²⁷⁴, a lei geral dos consórcios públicos tratou de preceituar o âmbito de sua aplicação em alguns dos seus dispositivos.

De acordo com o art. 8º da referida lei, os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio. Tais contratos consistem em um documento no qual deverão constar as obrigações econômico-financeiras de cada ente federativo, entendendo-se, pois, que somente será permitido aos consorciados injetarem recursos dentro do consórcio após a celebração do respectivo contrato de rateio²⁷⁵.

Além de estabelecer o critério de destinação das dotações orçamentárias através do contrato de rateio, a lei federal n. 11.107/05 impôs, também, que os entes consorciados

²⁷⁴ Segundo Alice Gonzalez Borges, a falta de definição destes conceitos pode dificultar o acesso à compreensão dos operadores do direito, bem como os cidadãos em geral, o que certamente seria evitado caso o legislador tivesse o cuidado de suprir referidas falhas. BORGES, Alice Gonzalez. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Numero 03, julho/agosto/setembro de 2005, Salvador, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-3-JULHO-2005-ALICE%20GONZALEZ.pdf>, acesso em 18 de março de 2009.

²⁷⁵ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos – comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

estabelecessem um título no qual fossem designadas as finalidades e as obrigações inerentes aos serviços a serem desempenhados pelo consórcio. Esse conjunto de deveres relacionados à prestação do serviço público de interesse comum é firmado através de um contrato de programa.

Com efeito, esta figura contratual foi inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio do art. 13 da lei geral dos consórcios públicos, condicionando a elaboração deste contrato como requisito *sine qua non* para a validade da gestão associada. O modo como os serviços serão organizados, bem como o regime de transferência total ou parcial de encargos, pessoal ou bens relacionados à consecução destes serviços, deverá ser designado através do contrato de programa.

Apesar de ser um conceito novo no direito brasileiro, registram Odete Medauar e Gustavo Justino²⁷⁶ que os contratos de programas já eram previsto em outras legislações, tal como no direito francês e italiano, nada obstante possuírem, nestes países, concepção diversa daquela adotada pelo nosso legislador infraconstitucional.

Na França, aludem os autores, o contrato de programa consiste em um processo de celebração contratual entre o Estado e suas empresas públicas, visando formar uma gestão industrial e comercial de grande eficácia.

Já na Itália, os contratos de programa são acordos formados entre o Estado e as empresas do setor privado, no intuito de fomentação dos planos econômicos elaborados pelo governo.

Percebe-se, portanto, que distintas são as concepções trazidas acerca da referida figura contratual nos moldes do modelo utilizado na Europa e daquele adotado pelo legislador brasileiro, vez que, como visto, os contratos de programa instituídos pelos consórcios públicos têm por objetivo a elaboração da forma na qual a gestão associada será organizada para fins de promoção dos serviços comuns.

²⁷⁶ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos* – comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 101.

6.5 A regulação econômica por consórcios públicos

Dentre as finalidades dos consórcios públicos, existe a possibilidade destas entidades serem constituídas com o fito de exercerem a atividade regulatória sobre um determinado setor.

O ponto relacionado ao marco regulatório através de consórcios públicos traz, em sua análise, a necessidade de se perquirir o objeto de sua consecução. Isto porque, como visto, o consórcio tanto pode ter natureza de direito público como de direito privado, e esta última forma de constituição (que se submete, segundo a lei, à égide do Código Civil) seria, a toda evidência, inviável para a prática de uma atividade estatal de regulação.

Com efeito, a execução de determinadas funções estatais, dentre elas a atividade regulatória, não podem, em razão de sua natureza e complexidade, serem acometidas a instituições formadas sob o regime jurídico de direito privado, mesmo que tais entidades sejam compostas por entes públicos, como sucede nos consórcios.

Certo é que o instituto do consórcio público recebeu da legislação a prerrogativa de outorgar determinados serviços públicos à iniciativa privada, o que faz subentender que a lei, em assim procedendo, deu ao consórcio a possibilidade de fiscalizar, através da regulação, o desempenho destes serviços, quando delegado a particulares.

Todavia, esta atribuição somente pode ser desenvolvida caso o consórcio receba a natureza de direito público, visto ser a regulação econômica uma atividade tipicamente estatal, exigindo, portanto, para a sua consecução, a necessidade de seu exercício ser praticado por uma pessoa pública.

Some-se a tais considerações o fato de a responsabilidade civil do Estado ser, em regra, objetiva, o que não incorreria caso o consórcio recebesse o tratamento do regime jurídico traçado pelo direito privado (salvo se se tratasse de hipótese de atividade de risco, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, o que, certamente, não seria o caso). Deve-se lembrar, neste contexto, que, mesmo que as pessoas consorciadas tenham natureza de direito público, a formação de um consórcio cria uma pessoa jurídica com personalidade própria, isto é, distinta dos partícipes que a constituiu. Assim, os entes federativos participantes não respondem diretamente pelos atos praticados, mas a responsabilidade recai sobre a própria associação em si.

Desta forma, depreende-se que se o consórcio for constituído sob a forma de uma associação civil, a incidência da legislação civilista traz para ela uma responsabilidade de cunho eminentemente subjetiva, contrariando o preceito constitucional traçado no art. 37, §6º, da Lei Maior, bem como toda a teoria objetiva que permeia as atividades estatais, dentre as quais se destaca a regulação.

O objetivo do consórcio, por outro lado, caso tenda a ser o desempenho da atividade regulatória, deve ser especificamente discriminado no protocolo de intenções, a fim de constar, após o processo de ratificação legislativa, no contrato de programa a ser observado pela gestão associada.

Isto porque, como se sabe, os objetivos e as finalidades dos consórcios impescindem das suas devidas inscrições no corpo do protocolo de intenções a ser implementado pelos entes consorciados, compondo, desta forma, um complexo de obrigações a ser efetivamente desempenhado pelo consórcio.

Desse modo, pode-se concluir que é plenamente possível a atuação regulatória através de um consórcio público, desde que tal atividade esteja definida no protocolo de intenções e que a respectiva entidade seja constituída com personalidade de direito público, detendo a mesma natureza jurídica das autarquias.

Este último requisito, inclusive, encontra-se expressamente positivado na Lei de Diretrizes de Saneamento Básico, cujo art. 15, inciso II, estabelece que a formação de consórcios públicos para fins de exercício de atividade regulatória somente seria possível caso aludida aglomeração assuma uma personalidade de direito público. Confira-se:

Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

II - por consórcio público de **direito público** integrado pelos titulares dos serviços. (Destacamos).

No que tange ao setor de saneamento básico, fácil é constatar a possibilidade de estas entidades exercerem a regulação econômica, vez que a própria legislação que cuida da Política Nacional do Saneamento Básico descreve, em seu art. 8º, a possibilidade de os titulares do serviço de saneamento delegarem aos consórcios esta prerrogativa.

Com efeito, dispõe o mencionado dispositivo que:

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Essa mesma idéia é reforçada no já mencionado art. 15 do referido diploma, cujo teor, dada a sua relevância, merece uma transcrição completa:

Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

I - por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

II - por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Parágrafo único. No exercício das atividades de planejamento dos serviços a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores.

O problema que se constata, a partir da análise do dispositivo em referência, diz respeito a qual ente federativo incumbe a tarefa de exercer a titularidade do serviço de saneamento, para fins de delegação da atividade regulatória, vez que a lei que disciplina a matéria, como já salientado, foi silente em relação ao tema.

Em face desta dúvida, surge a questão atinente à possibilidade de entes municipais formarem, entre si, um consórcio público para fins de exercerem, nos termos da legislação em vigência, a regulação econômica sobre os serviços de saneamento básico. Nesta hipótese, atuariam tais entidades como verdadeiras autarquias intermunicipais, com atribuições específicas de desempenharem o marco regulatório sobre as atividades relacionadas ao saneamento básico, cuja consecução abarcaria todos os Municípios consortes envolventes.

Segundo Alaôr Caffé Alves²⁷⁷, a criação de uma entidade consorciada, nos moldes de uma autarquia intermunicipal, para o gerenciamento do saneamento ambiental, jamais poderia avocar para o consórcio a titularidade da prestação e da regulação deste serviço, visto estar-se diante de um assunto de interesse regional que, em razão disto, confere ao Poder Público estadual a constitucional atribuição desta função.

²⁷⁷ ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos*. Bauru: Edipro, 1998. p. 31-32.

Deste modo, ainda de acordo com o pensamento do autor, nada obstante o fato de o serviço de saneamento ser da competência de todos os níveis de governo, a especificidade do interesse regional afastaria a competência dos Municípios a respeito, como certamente ocorre em regiões metropolitanas, sendo tais circunstâncias suficientes para demonstrar a inviabilidade do desempenho da regulação deste serviço por meio de consórcios intermunicipais.

Ressalta o publicista, contudo, a possibilidade de a estas entidades serem acometidas a execução dos serviços de saneamento (tais como captação, tratamento e adução a grosso da água), ficando, por outro lado, ao Estado-membro “os poderes de regulamentação, controle e fiscalização, inerentes ao exercício da titularidade dos serviços de saneamento ao nível de sua competência”²⁷⁸.

Nada obstante os argumentos sustentados pela corrente doutrinária liderada pelo autor acima citado, insta ressaltar que o serviço de saneamento básico ainda é, conforme determinação constitucional, assunto de interesse local, a definir a competência dos entes municipais para o desempenho de seus respectivos desideratos.

O que há, no que tange à constituição de um consórcio intermunicipal, é uma união de entes munícipes com o objetivo de se realizar, através de uma entidade que represente a atuação conjunta de serviços comuns, atividades relacionadas à competência própria e individual de cada participante (inclusive traçada pela Constituição Federal), qual seja, o gerenciamento do marco regulatório atinente ao saneamento básico.

Assim, o que se forma a partir destas gestões associadas intermunicipais não consiste em uma zona de interesse regional, como equivocadamente parece soar a idéia, mas sim um sistema jurídico-regulatório no qual entes federativos de mesmo nível se juntam, mediante a concepção de um consórcio público, para, em uma ação conjunta, proceder ao desempenho de atividades específicas que lhes são constitucionalmente asseguradas, nos ditames do art. 30, inciso I, da Carta Magna em vigor.

Dentro deste aspecto, a titularidade do serviço continua a pertencer a cada Município consorte, de modo que, no âmbito de sua competência, nada impede seja

²⁷⁸ ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos*. Bauru: Edipro, 1998. p. 32.

delegada a regulação do serviço de saneamento a uma entidade consorciada, de acordo com o art. 8º da Lei n. 11.445/07, e em consonância com o texto constitucional.

Neste cenário, é de se concluir que inexistente qualquer óbice jurídico, relacionado à estrutura federalista adotada no Brasil, que impeça um ente municipal de, dentro de sua atribuição constitucional, outorgar a um eventual consórcio intermunicipal do qual faça parte, o direito de exercer o marco regulatório sobre os serviços atinentes ao saneamento básico, mesmo que esta regulação seja desempenhada em uma região metropolitana.

Hely Lopes Meirelles²⁷⁹ define a zona metropolitana como sendo uma divisão administrativa cujo gerenciamento e organização são de incumbência do ente federativo estadual. Segundo o administrativista, a complexidade e o custo das obras e serviços de caráter intermunicipal não permitem que os governos locais os efetuem isoladamente de maneira satisfatória, razão pela qual o interesse para a prestação destas atividades deixa de ser meramente local e passa a ganhar proporções de natureza regional, afetando a administração de todo o Estado ou, às vezes, da própria União.

Por tais razões, afirma-se que a competência para a consecução das atividades relacionadas às regiões metropolitanas é, devido à sua índole regional (e não local), da titularidade dos Estados-membros²⁸⁰, em concordância, inclusive, com o disposto no art. 25, § 3º da Constituição Federal, que estabelece:

Art. 25. § 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Assim, corroborando o argumento idealizado acima, afirma-se que o aludido art. 25, § 3º da Lei Maior outorgou ao Estado-membro da Federação a competência para instituir região metropolitana, na qual o serviço, em função de adquirir o caráter de interesse comum, passará para a sua respectiva titularidade²⁸¹.

²⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 84.

²⁸⁰ Neste sentido: ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos*. Bauru: Edipro, 1998. p. 186.

²⁸¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal – saneamento básico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 11, a. 3, jan./mar. 2003, p. 203.

Nada obstante tais observações, faz-se mister vislumbrar que, na verdade, o que a Constituição Federal visa assegurar, no que tange às regiões metropolitanas, é a competência do Estado-membro para instituir, por meio de lei complementar, as delimitações geográficas sobre as quais ditas regiões, envolvendo entes municipais limítrofes, irão se subsumir, no intuito de promover a organização, o planejamento e a execução dos serviços de interesse comum.

Não há, desta feita, qualquer transferência constitucional da competência para o desempenho de serviços municipais, relacionados às regiões metropolitanas, para a titularidade dos Estados-membros da Federação, visto que a estes incumbe, tão somente, a instituição das mencionadas zonas, sem qualquer possibilidade de interferência nas atribuições inerentes aos Municípios envolvidos nestes conglomerados.

Neste contexto, não é correto afirmar que o serviço de saneamento básico, pelo fato de ser realizado em uma zona metropolitana, constitui, por si só, na titularidade do Estado-membro para seu desempenho, vez que, se assim fosse, haveria uma indevida ingerência de um ente público no âmbito de atribuições de outro, causando um verdadeiro conflito do pacto federativo traçado pela nossa Constituição.

Com estas ressalvas, pode-se concluir que, ainda que haja uma região metropolitana definida pela respectiva legislação estadual, nada impede que os Municípios limítrofes envolvidos nesta aglomeração formem, entre si, um consórcio público de âmbito intermunicipal e a ele deleguem a aptidão para exercer, por meio da gestão associada, a atividade regulatória sobre o serviço de saneamento básico, sem que isto implique em afronta ao texto constitucional ou à Política Nacional de Saneamento, instituída pela famigerada lei n. 11.445/07.

Considerações finais

A intervenção econômica exercida pelo Estado não constitui, de fato, um fenômeno relativamente novo na conjuntura neoliberalista atual. Sua implantação correlaciona-se com os acontecimentos ocorridos nos primórdios do Século XX, quando as imperfeições do liberalismo, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram para as mãos do Estado a incumbência desta nova função.

Contudo, o acréscimo de funções a cargo do Estado, em consequência da instauração do chamado “Estado Social”, findou por causar uma desproporcional ingerência do Poder Público na liberdade do indivíduo, além de conduzir, por outro lado, à ineficiência na prestação de determinados serviços públicos.

Diante deste quadro, algumas atividades, antes exercidas exclusivamente pelo Estado, passaram a ser desempenhadas pelo setor privado, reservando-se, porém, à Administração Pública, diretamente ou através de entidades administrativas independentes, a regulação da exploração econômica dos serviços prestados pelos particulares.

Vislumbra-se, neste período, um contínuo processo de readaptação da estrutura da Administração Pública, seja através da criação das agências reguladoras e das Parcerias Público-Privada, seja mediante a implantação de consórcios públicos, exigindo do estudioso do direito uma nova visão acerca das mutações ocorridas no Direito Administrativo.

Nesse contexto, introduz-se no ordenamento jurídico pátrio a chamada “gestão pública associada”, através da Emenda Constitucional n. XX, e da Lei n. 11.107/04, emergindo, com isto, a possibilidade de entes federativos reunirem-se, através de consórcios públicos, para regularem, de forma conjunta, os aspectos econômicos de determinados serviços públicos, cuja execução esteja delegada a entidades privadas.

A inserção desta “nova” figura administrativa no contexto brasileiro, especialmente em regiões metropolitanas (formando uma espécie de “agência reguladora intermunicipal”), pode ser vista como grande encômio por parte de alguns municípios, tendo-se em vista que

muitos deles não dispõem de recursos técnico-financeiros suficientes para desenvolver isoladamente (e eficazmente) ditas funções.

Por esta razão, a nova lei que regulamenta a Política Nacional de Saneamento Básico abre a possibilidade de entes federativos (dentre eles, os municípios) valerem-se de consórcios públicos para o desempenho das diretrizes nela consubstanciadas, sendo, portanto, o primeiro ato normativo a versar expressamente sobre a inserção desta forma de “gestão pública associada” na prestação e regulação de um determinado serviço público.

A análise da viabilidade da implantação de consórcios intermunicipais para o desempenho das aludidas atividades, bem como sua interligação com as demais estruturas administrativas (especialmente as de âmbito estadual) constituiu o objeto de estudo deste trabalho, ficando demonstrado, ao menos a princípio, a plena possibilidade da criação destas instituições para fins de consecução de tais misteres, sem que, com isso, importasse em configuração de intromissões de um ente federativo (no caso, o Município) no âmbito da competência constitucional delineada para os Estados-membros.

Para tanto, exige-se, apenas, que a formação destes consórcios obedeçam a determinados requisitos legais, tais como a necessidade de adoção de uma personalidade jurídica de direito público, bem como o respeito à questão da titularidade do serviço, que, como visto, nunca saíram do âmbito dos Municípios.

Urge, por fim, asseverar que, em face de as atividades de saneamento básico possuírem marcado caráter de atividade econômica de prestação de serviços, a presente pesquisa serviu de base para a instalação de futuros consórcios públicos entre entes municipais que desejam exercer a atividade regulatória sobre as mencionadas atividades, resultando em um aumento do poder econômico dos Municípios em razão da regulação econômica proveniente do setor.

Referida característica coaduna-se com o desenvolvimento local e caminha para uma constante acentuação das desigualdades regionais, na medida em que fornece aos entes municipais a capacidade para, ao atuarem de forma consorciada, regerem sua própria economia, circunstância inalcançável se desempenhada isoladamente.

Claro que os riscos também seriam consideráveis, tendo-se em vista que, exercendo a regulação econômica a nível estritamente local (no âmbito de dois ou mais municípios), aumentar-se-iam o poder de captura dos agentes econômicos face aos governantes que

desempenhassem o processo político local, razão pela qual se faz imprescindível, para o sucesso dos consórcios intermunicipais, uma atuação regulatória séria e condizente com os ideais delineados no interesse público.

Diante de todo o exposto, a presente pesquisa estabeleceu nítida comunicação intermitentemente com o Direito Público Econômico, explorando a atuação do Estado no gerenciamento de tal setor, através de uma nova espécie de entidade administrativa (qual seja, o consórcio público), permitindo enquadrar este estudo na linha de pesquisa “Reforma do Estado e atuação do Estado no domínio econômico”.

Referências

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

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do Saneamento – introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007)*. Campinas: Millennium editora, 2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2005.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A federação brasileira e o município. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2002, p. 296.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, p. 313.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. In BASTOS, Celso (coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. *História do Pensamento Econômico: uma abordagem introdutória*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 133.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, jul./set. 2002, p. 285.

BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras, in MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 116-117.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan/mar 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BISCH, Isabel da Cunha. A federação brasileira: a ordem nacional e as normas gerais. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coord.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007.

BONAVIDES, Paulo. O federalismo e a revisão da forma de Estado. *Revista forense*. v. 241, Rio de Janeiro, 1973.

BORGES, Alice Gonzalez. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Numero 03, julho/agosto/setembro de 2005, Salvador, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-3-JULHO-2005-ALICE%20GONZALEZ.pdf>, acesso em 18 de março de 2009.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17-18.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: Impacto sobre a prestação de serviços públicos, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 143.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 06.

CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32-33.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Almedina, 1993.

CEZNE, Andréa Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, jul./set. 2005.

COELHO, André Felipe Canuto. A necessária interação entre o Direito e a economia diante da regulação do Estado na ordem econômica. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, 1999, p. 194.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Direito e neoliberalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 192.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DEVOLVÉ, Pierre, *et all.* *Les grands arrest de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris, Dalloz, 1999. p. 02.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico – Regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

DI PIETRO, Maria Silvyia Zanella. O Consórcio Público. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006.

DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliveira. O repensar do Conceito de Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 06, p. 75-88.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: La Memoire du Droit. 1923.

DUGUIT, Léon. *Les Tranformations du Droit Public*. Paris: La Memoire du Droit, 1999.

DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

FEIJÓ, Ricardo. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 49.

FEITOSA, Maria Luiza P. de Alencar. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003, p.78.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, p. 238.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

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

_____. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. *Revista de Interesse Público*. São Paulo, n. 40, p. 41.

HERNÁNDEZ, José Gpe. Vargas. Liberalismo, Neoliberalismo y Postneoliberalismo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 6, n. 21, abr./jun. 2008.

HEILBRONER, Robert L. *A Formação da Sociedade Econômica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1999. p. 76.

HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 22, n. 87, jul./set. 1985, p. 15.

JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. T. 2, Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. *Revista do Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 9, n. 43, maio/jun. 2007, p. 24-25.

LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 2. Ed. Paris: Edition Domat Montchrestien, 1947.

LAUBEDÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 15. ed. Paris: LGDJ, p. 880-881.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: regime jurídico das OSCIP's*. São Paulo: Método, 2006. p. 19.

ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1937.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. *Revista de Direito do Estado*. São Paulo, a. 1, n. 2, abr./jun. 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 228, p. 15.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77-78.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos – comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60-77

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 155.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discriminação constitucional das competências legislativas: a competência municipal. In MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: 1948.

MELLO, Rafael Munhoz. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 10, n. 41, out/dez. 2002, p. 140.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, jan./mar. 2002, p. 47.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2. ed. Paris: PUF, s/d.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 42.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1988. p. 21.

MORAES, José Geraldo Vinci. *Caminhos das Civilizações – História integrada: Geral e Brasil*. São Paulo: Atual, 1998. p. 121.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, Serviço Público: crise e conciliação. *Revista de Direito do Estado*, Brasília – DF, v. 1, n. 4, out./dez 2006, p. 388.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 14.

NAVES, Rubens. Agências reguladoras: origens e perspectivas, in FIGUEIREDO, Marcelo (organizador). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros. p. 126.

NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176-186.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

NUNES, José Castro. *Do Estado Federado e sua organização municipal*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982

PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro, in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 149.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Interesse Público da Economia*. São Paulo, n. 15, p. 135-136.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coords.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007.

RIVERO, Jean. *Droit administrative*. 13. ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROSA, Renata Porto Adri de. Reflexões sobre a função reguladora das Agências Estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 244.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

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

SANTIAGO, Luciano Amaro. *Direito da Concorrência - doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 377.

SUNFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 47.

SIPINA, Antonio La; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Mulino: Saggi, p. 123.

SCHULER, Anelise Domingues; LIMA, Márcia Rosa de. Competências exclusivas e compartilhadas na federação brasileira, in SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (coords.). *Direito do estado – estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: editora Dora Luzzato, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, jul./set. 2004, p. 120.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. (tradução: Luiz João Baraúna). 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p. 104.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados, in SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 203-204.

VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito* (tradução: Agassiz Almeida Filho). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 79.

WEICHERT, Marlon Alberto. O Sistema Único de Saúde no Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, a. 8, n. 32, jul/set. 2000, p. 155.

XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral – nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. *Revista IOB de Direito Administrativo*. P. 15.