
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 31	p. 1-272	jan./mar. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(in memoriam)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisoras: Carolina Rocha
Lourdes Nascimento

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecárias: Fernanda de Paula Moreira
Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Regime jurídico das concessões de serviço público municipal – Saneamento básico¹

Adriana da Costa Ricardo Schier

Mestre em Direito Público pela UFPR. Professora de Direito Administrativo da Unibrasil. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada na área de Direito Público.

Palavras-chave: Serviços públicos municipais. Saneamento básico. Serviço público de água. Lei Federal nº 11.445.

Sumário: I Introdução - II Desenvolvimento - 2.1 Uma devida compreensão do instituto da concessão de serviço público - III O serviço de saneamento básico - Referências

I Introdução

O presente artigo pretende tratar do tema das concessões de serviços públicos municipais a partir de um recorte específico, qual seja, a prestação do serviço de saneamento básico.

Deste modo, sua tratativa encontra-se dividida em uma primeira parte, na qual se faz uma brevíssima análise acerca do instituto das concessões, pontuando as nuances que lhe são atribuídas no contexto sociopolítico emergente desde a década dos 90.

Delimitados tais pressupostos, serão tratados alguns tópicos sobre o regime jurídico do serviço de água e saneamento básico. A matéria sofreu forte regulamentação em 2007, com a aprovação da Lei Federal nº 11.445.

A exposição, com isso, tem por objetivo demonstrar que, ainda que estejam sendo adotadas políticas de repasse de atividades essenciais para a iniciativa privada, o ordenamento jurídico constitucional fornece mecanismos suficientes para que o atendimento do interesse público seja plenamente assegurado, com a devida intervenção do Estado.²

II Desenvolvimento

2.1 Uma devida compreensão do instituto da concessão de serviço público

A concessão, enquanto forma de prestação de serviços públicos, é um

¹ Extrato da Palestra proferida no 3º Painel do VIII Congresso Paranaense de Direito Administrativo, em 22 de outubro de 2007, em Curitiba-Paraná.

² Sobre a matéria, ver, por todos, FREITAS. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 80 et seq.

dos institutos que, a partir da reformulação das funções do Estado, tem apresentado maior interesse no campo do Direito Administrativo.

O pressuposto, porém, no qual se pauta a ampla utilização deste mecanismo é, efetivamente, uma triste constatação: o Estado não dá conta de garantir aos cidadãos a felicidade prometida pelas Cartas Constitucionais dos Estados Sociais. Neste contexto, a verdade inexorável que se impõe aos olhos de todos aqueles que se debruçam sobre o direito público é de que o Estado não foi capaz de assegurar a todos as mínimas condições de vida digna; o Estado não foi capaz, enfim, de cumprir as suas promessas.³

Deste modo, seja partindo-se de um posicionamento neoliberal, ou de uma postura de defesa das instituições democráticas e cidadãs, tem-se vislumbrado uma crescente busca pelo particular, pelo privado. O Estado, reconhecendo sua incapacidade em atender os seus desideratos, se socorre da iniciativa privada, seja sob o argumento da solidariedade e da fraternidade — como temos visto no amplo desenvolvimento do terceiro setor⁴ — seja sob o argumento da eficiência, da qualidade e da diminuição de custos⁵ — contexto no qual se enquadra a ampla utilização do instituto da concessão, ao lado de outras formas de delegação de serviços públicos.

Assiste-se, então, à admissão de institutos privados no âmbito do poder público. Há uma forte tendência em busca da Administração Pública consensual, como fala Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁶ ou à Administração Paralela, de Agustín Gordillo,⁷ ou ainda a referência a uma Administração Pública contratual, utilizando-se a contratualização como um traço característico em substituição à Administração Pública autoritária, unilateral, de outrora, como refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁸

Mas, o curioso é que, se em um primeiro momento, os autores de direito público viram-se perplexos com as alterações propostas por governos de inspiração notadamente neoliberal, hoje tem-se partido do pressuposto de que é necessária a reconstrução dos clássicos institutos do direito administrativo em face das exigências da sociedade contemporânea,⁹ mas

³ LAUREL. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: *Estado e políticas sociais do neoliberalismo*, p. 76.

⁴ O tema do terceiro setor é tratado na doutrina nacional em diversas obras. Tome-se, por referência: FERRARI; FERRARI. *Controle das organizações sociais*.

⁵ PASTOR. *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 54. No mesmo sentido, na doutrina nacional, ver, por todos, PEREIRA. *A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle*, p. 12 et seq.

⁶ MOREIRA NETO. Coordenação gerencial da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*.

⁷ GORDILLO. *La administración paralela*.

⁸ DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*.

⁹ Neste sentido, conferir o interessante posicionamento de BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo*.

isso sem olvidar o sistema constitucional brasileiro, no sentido de conferir efetividade aos valores consagrados na Carta Magna, incompatíveis, em muitos aspectos, com a ideologia neoliberal.¹⁰

O presente trabalho, destarte, parte do pressuposto de que o estado, inteligentemente, para manter-se, busca a releitura de seus mecanismos tradicionais, pautando-se nos valores da Constituição Federal de 1988, compreendida como o jardim que precisa ser regado mesmo em tempos de guerra, como já sustentou, esperançosamente, a professora Carmen Lúcia Antunes Rocha.¹¹

Neste contexto, o tema das concessões tem sido revisitado, no Brasil, principalmente por aqueles que pretendem adotar, como norte político, o princípio da subsidiariedade.¹² De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto,¹³ o instituto tem sido redescoberto como a melhor solução para a execução de determinados serviços públicos que poderão ser entregues à iniciativa privada com vantagens mas, acima de tudo, sem comprometimento de seus princípios fundamentais.

Pode-se admitir, então, que a concessão vem sendo cada vez mais utilizada pelos Estados contemporâneos como uma técnica melhor e mais eficiente na prestação de serviços públicos.

Tal opção justifica-se porque a concessão é um mecanismo que, ao mesmo tempo em que permite à sociedade retomar a prestação de certas atividades que lhe tinham sido retiradas do âmbito do comércio, a sua adoção não permite que os serviços públicos deixem de ser garantias para os cidadãos e, nesta medida, instrumentos para a concretização de todas as dimensões do princípio da dignidade humana, como sempre restou ressaltado pelo saudoso professor Jorge Salomoni.¹⁴

Nesta linha de pensamento, Arnold Wald considera a concessão como uma forma concreta de atender ao bem-estar coletivo e ao mesmo tempo incentivar a iniciativa privada no desenvolvimento econômico do país.

Nesta linha de análise, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a concessão é medida através da qual se assegura o bem-estar coletivo porque são seus princípios inerentes todos aqueles que determinam a execução

¹⁰ Por um Direito Administrativo vinculado aos valores consagrados na Carta Constitucional, ver, por todos, MELLO. *Curso de direito administrativo*.

¹¹ Vide Conferência de Abertura do VI Congresso de Direito Administrativo do Instituto Paranaense.

¹² DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*, p. 24-31.

¹³ MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 428.

¹⁴ SALOMONI. *Teoria general de los servicios públicos*, p. 326.

dos serviços públicos, que determinam o elemento formal do serviço público, tomado como seu regime jurídico: universalidade, continuidade e modicidades das tarifas, tal como consagrado na Lei nº 8.987/95. Mas, por certo não se pode olvidar o fato de serem as concessionárias, em geral, empresas capitalistas que visam, em última análise, a consecução do lucro, razão pela qual justificam-se duas características específicas que informam o instituto sob comento: a sua natureza contratual e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹⁵

Essas são as premissas que justificam o recorte metodológico em relação ao serviço de água e saneamento básico, tratado a seguir.

III O serviço de saneamento básico

O serviço de saneamento básico é um dos primeiros exemplos de serviço público trazidos pela Ciência Política contemporânea.¹⁶

Serviço ligado à concretização da dignidade da pessoa humana em diversos aspectos, notadamente no que se refere ao direito à vida e à saúde, ele também integra os chamados serviços de infra-estrutura, necessário para a implementação do desenvolvimento econômico capitalista.

No Brasil, tal serviço sempre foi considerado serviço de interesse local, sendo que sua titularidade foi atribuída ao Município.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, no que se refere à competência nesta matéria, traz as seguintes prescrições:

- a) Compete à União fixar as diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico (art. 21, XX);
- b) Compete à União, aos Estados e aos Municípios promover programas de melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, IX)
- c) Compete aos Municípios a titularidade do serviço, por ser inegavelmente de interesse local (art. 30, V).

Neste sentido, é o posicionamento majoritário da doutrina,¹⁷ bem como da Jurisprudência nacional, como já assentou o e. STF, no julgamento da AD 2299-RS, em que foi Relator o Exmo. Ministro Moreira Alves.

¹⁵ Sobre o tema das concessões, no cenário nacional, consultar, por todos, JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Ainda, no mesmo sentido, DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*, p. 73.

¹⁶ NOVAIS. *Contributo para uma teoria do Estado Democrático de Direito*, p. 55.

¹⁷ TÁCITO. *Serviços de saneamento básico*. RDA, p. 1.

Não se pode olvidar, contudo, que, em se tratando de um serviço que demanda condições geográficas peculiares, poderá ser necessário que o Estado, no exercício da competência que lhe foi outorgada pelo art. 25, §3º, institua Região Metropolitana na qual o serviço ora em apreço passará a ser visto como serviço de interesse comum, titularizado, então, pelo Estado, como, aliás, sustentava Caio Tácito.

De qualquer maneira, como é de conhecimento geral, na maior parte do território nacional o serviço de água e saneamento básico é prestado através do regime jurídico das concessões. Porém, conta com um aspecto peculiar: os contratos de concessões foram firmados com entes integrantes do Poder Público, na maioria dos casos, com sociedades de economia mista estatais criadas com o propósito de prestação de tais serviços.

Com efeito, em meados da década de 1960, o Governo Federal lançou as raízes deste setor mediante a edição do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), instituindo, ainda, financiamento público através do Sistema Financeiro do Saneamento, do Banco Nacional da Habitação (BNH).

Deste modo, “Pelo plano, cada Estado deveria criar uma companhia de saneamento (CESBs), que obteria a concessão na exploração do serviço público do saneamento dos municípios por contratos de longo prazo, aproximadamente 25 anos”.¹⁸

Nesta seara, por exemplo, foi criada, em 23.01.1963, a SANEPAR (Companhia de Saneamento do Paraná).

No Brasil, atualmente, existem 27 Companhias Estaduais de Saneamento, que atendem aproximadamente 3.600 municípios.

No Paraná, segundo dados fornecidos pela estatal,¹⁹ a Cia atende 344 municípios.

Desde o início dos anos 2000, contudo, quando tais contratos começaram a ter seu prazo expirado, emergiu a discussão da viabilidade de se manter o modelo de concessão do serviço para entidades da administração indireta estadual.

Neste aspecto, são apontados fatores, tais como a necessidade de valorização do interesse local, a ineficiência e o custo da prestação do serviço, bem como a não universalização do serviço da água e esgoto de maneira a justificar a necessidade de repasse do setor à iniciativa privada.

¹⁸ SILVA. Privatização: a gota d'água. *RDA*, p. 261.

¹⁹ Ver dados no sítio oficial: <www.sanepar.com.br>.

Não se pode olvidar, contudo, que o faturamento do setor de saneamento básico no Brasil está na casa de aproximadamente 7 bilhões de dólares anuais, cifra que, sem dúvida alguma, faz aumentar o interesse da iniciativa privada.

Neste contexto, foi editada a Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, intensamente festejada pelo setor empresarial.

A Lei teve por objetivo estabelecer que, em caso de participação de entidades estatais na prestação do serviço, deverá ser celebrado um Contrato, nos moldes da Lei nº 8.666/93, ou um Consórcio, no qual haverá a definição dos direitos e obrigações dos entes envolvidos, respeitando-se a autonomia federativa.

Com efeito, o art. 10 da Lei estabelece que “quando a prestação do serviço for feita por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato...”.

Com isso, resta consagrada a possibilidade de que a iniciativa privada venha a prestar o serviço ou que sejam realizados contratos com as entidades integrantes da Administração Indireta dos Estados, tudo a depender de uma decisão política do Município.

Resta saber se se aplica, nesta matéria, a possibilidade de contratação direta das estatais que prestavam tais serviços.

Neste caso, entende-se que poderá tanto haver a aplicação da dispensa de licitação quanto da inexigibilidade.

Com efeito, no primeiro caso, é cabível a dispensa se for celebrado um consórcio com as entidades antes referidas, nos termos do art. 17, da Lei nº 11.107/95, que determina a seguinte redação para o art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/93: “na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público...”.

Mais interessante, porém, é pensar na possibilidade de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, na maior parte dos casos, as estatais são as únicas prestadoras do serviço público de abastecimento de água e coleta de esgotamento sanitário nas regiões. Tal circunstância pode levar à conclusão de que, em dada hipótese, não se vislumbre o pressuposto básico que justifica a existência de um procedimento licitatório, qual seja, a competição.

Por elementar, não se olvida que no território nacional e mesmo na esfera internacional existam empresas capazes de prestar o serviço ora em comento. Todavia, esta questão deverá ser apreciada nos casos concretos.

No caso do Estado do Paraná, por exemplo, parece ser absolutamente desarrazoado imaginar que uma empresa do Rio Grande do Sul, por exemplo, prestasse o serviço de abastecimento de água, em um município, sendo que os recursos hídricos paranaenses são todos explorados pela SANEPAR. Seria imaginável que o seu preço fosse compatível com o apresentado pela empresa já situada na região? Parece que, em face de tais circunstâncias fáticas, não haveria como imaginar a possibilidade de concorrência na prestação de tais serviços.

Ter-se-ia, portanto, justificada a inexigibilidade de licitação, em face da singularidade do fornecedor do serviço, ao menos enquanto mantidas as atuais condições fáticas.

De qualquer maneira, é preciso que se refira que a tendência política que se tem observado é a transferência do serviço público de água e esgoto para a iniciativa privada.

Há inúmeras críticas quanto a tal opção, principalmente por aqueles que estão vinculados a garantir o amplo acesso da população aos serviços públicos que garantem direitos essenciais, como é o caso da água.

A realidade, contudo, demonstra que há exemplos bem-sucedidos, já no território nacional, no sentido de que a prestação do serviço por entes privados, não pertencentes à Administração Pública indireta, tem permitido uma melhoria do serviço, sem acréscimo nas tarifas.

Em verdade, é o Poder Concedente que deverá assegurar as condições de prestação do serviço, como, aliás, restou consagrado pela legislação federal, de maneira a garantir que seja prestado de modo a não permitir uma violação aos direitos fundamentais aí envolvidos.

Defende-se, com isso, que, seja quem for o prestador do serviço público de água, seja nas hipóteses em que será prestado diretamente pelo Município, ou através de um contrato de concessão, seja com uma empresa estatal estadual ou, ainda, por um ente privado, é curial que seja assegurado o regime jurídico de sua prestação, enquanto serviço público.

Em verdade, o serviço público de água visa garantir um direito fundamental, o que só será assegurado mediante o catálogo de princípios que lhe são inerentes, quais sejam: a universalidade da prestação do serviço

(generalidade ou funcionamento eqüitativo), a continuidade do serviço e a modicidade das tarifas.²⁰

Ou seja, tem-se que impor, seja qual for o título pelo qual o serviço seja prestado, o regime jurídico do serviço público, sem qualquer flexibilização, de modo a assegurar que os direitos assegurados pela atividade de saneamento básico não percam a sua dimensão de direitos, de garantias para a coletividade, não podendo ser transformados em mercadorias de livre circulação.

Ou seja, a noção que deve nortear o poder público é a garantia do direito subjetivo à prestação do serviço sob um regime de direito público, sendo irrelevante, para o cidadão, quem será o seu executor ou, ainda, qual será a espécie de vínculo jurídico que detém ele com o Município: o que importa é que o cidadão tenha assegurado, como seu direito fundamental, os valores decorrentes do regime de direito público a informar a prestação do serviço.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUREL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: *Estado e políticas sociais do neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. São Paulo: Cortez, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁰ Tais princípios foram elencados na clássica definição de ROLLAND que, já na década de 30, os definia como "as leis naturais de serviços públicos". JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*. op. cit., p. 30 e GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 48.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Forense, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

PASTOR, Javier Viciano. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Mare, 1997. (Cadernos MARE da reforma do Estado, n. 1)

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Vilella Editor, 1999.

SILVA, Luiz Fernando Villares. Privatização: a gota d'água. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 234, out./dez., 2003.

TÁCITO, Caio. Serviços de saneamento básico. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 229, jul./set., 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico das concessões de serviço público municipal saneamento básico. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 199-207, jan./mar. 2008.