

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Fabício Santin De Albuquerque

Prestação do Serviço Público de Saneamento  
Básico

Análise da prestação do serviço pela Casan ao Município  
de Florianópolis diante das novas configurações da  
Administração Pública e da Lei 11.445/07

Florianópolis

2008

FABRÍCIO SANTIN DE ALBUQUERQUE

PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE  
SANEAMENTO BÁSICO

Análise da prestação do serviço pela Casan ao Município  
de Florianópolis diante das novas configurações da  
Administração Pública e da Lei 11.445/07

Monografia submetida à Universidade  
Federal de Santa Catarina para  
obtenção do título de bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Doutor Luis  
Carlos Cancellier de Olivo.

Florianópolis

2008

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo identificar os elementos que envolvem a prestação do serviço público de saneamento básico pela Casan ao Município de Florianópolis, diante das novas configurações da administração pública proporcionadas pela Emenda Constitucional 19/98 e da Lei 11.445/07. Para identificar tais elementos, na primeira etapa da presente monografia, conceitua-se serviço público, classificando-o e ainda distinguindo-o da atividade econômica estatal. O serviço público pode ser prestado tanto por meio de entidades indiretas da administração pública – por delegação ou outorga – quanto por particulares, por meio de concessão. Na segunda etapa do presente trabalho de conclusão de curso, para entender o instituto da concessão, foi necessário um remonte histórico das delegações do serviço público, quando feitas inicialmente por particulares, passando pelo surgimento das entidades indiretas da administração e a prestação do serviço público pelas mesmas até hodiernamente, em que o poder público se vale da reutilização do instituto das concessões a particulares juntamente com a prestação do serviço pelas empresas estatais. Feitas as considerações teóricas, a monografia passa então a adentrar nas questões práticas que demanda. A começar com o conceito doutrinário de sociedade de economia mista juntamente com os principais artigos do ato constitutivo da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan. Na terceira etapa da monografia, verifica-se a aplicação da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) ao convênio entre os entes federativos e a entidade da administração indireta estadual, para então, analisar os pressupostos e principais cláusulas do referido convênio (Lei 11.107/05), dentre elas, o contrato de programa e a dispensa da licitação, a titularidade do serviço público de saneamento básico, a regulação e fiscalização do referido serviço público.

**Palavras-chave:** Serviço público; prestação do serviço público de saneamento básico; concessões; sociedade de economia mista; Casan; Município de Florianópolis; convênio; Lei 11.445/07; Lei 11.107/05; Lei 8.987/95; Emenda Constitucional 19/98.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
<b>1. SERVIÇO PÚBLICO E LIBERDADE DE INICIATIVA.....</b>	<b>11</b>
1.1. Conceito de serviço público.....	11
1.1.1. Conceito amplo de serviço público.....	11
1.1.2. Conceito restrito de serviço público.....	12
1.1.3. Elementos do serviço público.....	16
1.1.4. Classificação dos serviços públicos.....	19
1.1.5. Titularidade do serviço e titularidade da prestação.....	24
1.2. A livre iniciativa.....	24
1.3. Serviço público e atividade econômica estatal.....	29
<b>2. SERVIÇO PÚBLICO E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.....</b>	<b>34</b>
2.1 Histórico da concessão de serviços públicos no Brasil.....	34
2.1.1. Concessão a empresas privadas.....	36
2.1.2.1. Sociedades de economia mista e empresas públicas.....	38
2.1.2.2. Concessão de serviço público a empresas estatais.....	39
2.1.3.1 O retorno da concessão à empresa privada.....	41
2.1.3.2. As privatizações no serviço público de saneamento básico.....	42
2.1.4. Outras formas de delegação de serviços públicos.....	46
2.2. Conceito de sociedade de economia mista e Casan.....	47
<b>3. O CONVÊNIO E O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO</b>	
<b>BÁSICO.....</b>	<b>55</b>
3.1. A Lei de Concessões aplicada à prestação do serviço público de saneamento básico.....	55
3.2. Convênios administrativos.....	59
3.4. Contrato de programa, convênio e dispensa de licitação.....	64

3.5. A questão da titularidade da prestação do serviço público de saneamento básico.....	68
3.4. Regulação e fiscalização do serviço público de saneamento básico.....	76
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89
ANEXOS.....	91

## INTRODUÇÃO

Diante das novas configurações administrativas proporcionadas pela Emenda Constitucional 19/1998 – que, dentre outras disposições, explicitou constitucionalmente os convênios de cooperação para gestão associada entre os entes federativos – e pela Lei 11.445/07 – que estabeleceu novas diretrizes ao serviço público de saneamento básico – o Município de Florianópolis, o Estado de Santa Catarina e a Companhia de Águas e Saneamento Básico – Casan – estão adequando à prestação do serviço público de saneamento básico aos ditames legais?

Pois é esse o desafio do presente trabalho de conclusão de curso. Chegar a uma possível resposta à inquietude dessa hipótese – que abrange tanto questões teóricas como práticas, ambas relevantes no Direito Administrativo – além da atualidade do tema, motivaram o autor a realizar a pesquisa. A tarefa não se mostra das menos penosas, uma vez que as divergências doutrinárias e até mesmo práticas são acentuadas.

O primeiro capítulo deste trabalho tem por escopo conceituar serviço público. De imediato, é importante frisar que a Constituição Federal, dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação dos serviços públicos.

Por ser atividade típica da Administração Pública, há de se pesar conceituações, em especial de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro e Hely Lopes Meirelles, administrativistas que apresentam dissonância, no tocante a restringir ou ampliar a noção de serviço público.

Assim, na seqüência, será enfocada a classificação dos serviços públicos, diferenças entre a titularidade do serviço público e titularidade da prestação do serviço público, bem como competência do município na prestação do serviço público de interesse local (águas e saneamento básico).

A partir daí, será traçado com suporte nos constitucionalistas José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes e na obra de Eros Grau, a definição de livre iniciativa. Verificar-se-á que o serviço público não está ao alcance da livre iniciativa, partindo do pressuposto de que, em regra, tem regime de direito público.

Na perspectiva da pesquisa, o segundo capítulo deste trabalho procurará estabelecer um sucinto panorama histórico da delegação do serviço público efetuadas no Brasil e ainda tracejar aspectos da doutrina a respeito de sociedade de economia mista entrelaçados com o ato constitutivo da empresa estatal Casan.

O remonte histórico – com base na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro – faz-se necessário para assimilar com maior clareza o instituto concessões, não esquecendo das novas espécies de delegação dos serviços públicos.

Intenta, paralelamente, demonstrar em quais momentos o Estado, na qualidade de titular dos serviços públicos, passou a delegar ou tomar para si a prestação do serviço público e também exemplificar quais vantagens e desvantagens oferecidas pelo instituto da concessão, pela delegação ou ainda pela prestação por comunhão de esforços de várias entidades do serviço público.

Apresentar-se-ão – para o encerramento do presente trabalho – no terceiro capítulo, a aplicação das normas de direito público referentes ao convênio entre o Município de Florianópolis e o Estado, atuando a Casan como interveniente e as disposições da pactuação feita entre os entes federativos e a sociedade de economia mista.

Assim, o primeiro tópico, da terceira parte propor-se-á a discussão a respeito da aplicação das normas dispostas na Lei de Concessões ao convênio anteriormente citado. Para tanto, além de observar a manifestação doutrinária sobre o tema, verificar-se-á qual o entendimento do Tribunal catarinense diante da aplicação da referida lei no que toca a Casan.

No segundo tópico procurar-se-á demonstrar as lições doutrinárias a respeito dos convênios com base na obra de Diógenes Gasparini e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, referenciando também as disposições legais que permitem esse tipo de ajuste entre os entes a sociedade de economia mista e os entes federativos mencionados.

Discutir-se-á a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, tendo como base a doutrina atual de Toshio Mukai em análise aos dispositivos que compõe a Lei 11.445/07.

Em seguida, expor-se-ão os fundamentos legais e doutrinários de Marçal Justen Filho, utilizados para analisar a pactuação entre os entes federativos e a Casan sob a perspectiva da Lei das Licitações e Contratos administrativos, observando também a documentação que serviu de base ao referido convênio.

Por fim, far-se-ão considerações quanto à fiscalização e regulação do convênio, em face da Lei 11.445/07.

O objetivo do presente trabalho de conclusão de curso reside no esclarecimento das dúvidas a respeito das temáticas elencadas acima. É claro que não se esgotam nas linhas que se seguem. Porém, é justo frisar a seriedade dedicada à pesquisa bibliográfica e documental, o empenho e responsabilidade emprestados pelo autor em cada fase desta monografia.

# CAPÍTULO 1 – O SERVIÇO PÚBLICO E A LIBERDADE DE INICIATIVA

## 1.1. Conceito de serviço público

### 1.1.1 Conceito amplo de serviço público

Para Hely Lopes Meirelles, a não uniformidade conceitual de *serviço público* deve-se às variações dos aspectos materiais, formais (exemplificadas adiante) e ainda pela oscilação temporal e espacial, devido a situação política, econômica social e cultural em que a noção se insere.

Assim, postula o administrativista:

*Serviço Público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades *essenciais* ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado<sup>1</sup>.

[...]

Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas *vitais* que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como *serviço público*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. Ed., atualizada por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 333.

<sup>2</sup> São exemplos de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas em alguns casos prestados pelo próprio Estado, os jogos em cassino, como o de Monte Carlo, no Principado de Mônaco, e, entre nós, a Loteria Mineira, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva in MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 334, nota de rodapé 3.

Nota-se que o autor utiliza um conceito amplo, pois não difere o serviço público das demais atividades administrativas. Porém, essa distribuição genérica dos serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, discorrendo sobre serviço público em sentido amplo, cita Mário Masagão e José Cretella Júnior. Aquele, levando em consideração os fins do Estado, considera como serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”, incluindo aí a atividade administrativa, como atividade primária; e também a atividade judiciária, em que o Estado desempenha função de terceiro, ao gerenciar o procedimento das partes. Ressalta, ainda, a renomada doutrinadora:

Amplo também é o conceito de José Cretella Júnior, para quem serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.<sup>3</sup>

### *1.1.2. Conceito restrito de serviço público.*

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup>, certas atividades (que consistem na prestação de utilidade ou comodidade *material*) destinadas a

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20.<sup>a</sup> Ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2007. p. 87.

<sup>4</sup> O conceito restrito de serviço público foi extraído da obra de: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 651 – 661.

satisfazer a *coletividade em geral*, são qualificadas como serviços públicos quando:

[...] em dado tempo e lugar, o Estado reputa que **não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa**; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado “poder de polícia”).<sup>5</sup>

Pelo relevo que o Estado atribui a essas atividades, toma-as como de seu dever assumi-las e como sendo pertinentes ao próprio Estado, ainda que sem exclusividade. Em conseqüência, exatamente por isso, coloca-as sob uma disciplina peculiar instaurada para resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que, naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público.

Extrai-se ainda que, historicamente para construir a noção de serviço público, é necessário entender as necessidades dos administrados, ou seja, é o próprio povo quem forma a noção de serviço público, considerando que determinada atividade entre para o rol das atividades regidas pelo direito público, confirmando o princípio da supremacia do interesse público. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode

---

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 651.

estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico<sup>6</sup>.

A conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello para esta espécie de atividade estatal, é enfática:

*Serviço Público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes<sup>7</sup>, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>8</sup>

Tal regime instrumenta quem tenha a seu cargo (elemento subjetivo), como forma de garantia da prestação, pois normas de direito público são necessárias para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos revestidos pelo serviço público.

Prossegue Bandeira de Mello, lecionando sobre o conceito apresentado, que, além da proteção eficiente em prol das conveniências da coletividade, na mesma senda, em pé de igualdade, é preciso defender a boa prestação do serviço não apenas:

(a) *em relação a terceiros que pudessem obstá-la*, mas também – e com o mesmo empenho – (b) *em relação ao próprio Estado* e (c) *ao sujeito que as esteja desempenhando* (concessionário ou permissionário). Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade,

---

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, p. 652.

<sup>7</sup> Art. 175 CRFB/88. 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.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Idem*. P. 652.

quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculem e; de outro; que o titular deles; ou quem haja sido credenciado a prestá-los; procedam, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desrespeitar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço.<sup>9</sup>

A noção de serviço público só tem validade quando corresponder a um dado sistema de princípios e regras, ou seja, a uma disciplina peculiar. Serviço público, portanto, é aquele concernente à prestação de atividade e *comodidade material* fruível singularmente pelo administrado, *desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime, esteja claro, o regime de Direito Público ou, o regime jurídico-administrativo.* O autor corrobora ainda que:

Com efeito, o único objeto que o juiz, o advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipóteses. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciante que seja, se não lhes fornecer a indicação dos

---

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, p. 654. O serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem *assento constitucional* especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à Sociedade, sobre se constituir em fundamento da cobrança de uma relevante variedade de taxas. Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobreposse entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição -, chegou-se a apregoar o *fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, **substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado**, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disto se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem se aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de *marketing* conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cêntricos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o “vampirismo econômico”, foram elaborados os motes “globalização” e “reforma do Estado”, em termos que lhes facilitassem os objetivos. Eis por que tal movimento, a fim de causar impressão em meios jurídicos, de cujo apoio não poderia prescindir para a sustentação das indispensáveis teses político-administrativas correlatas, se fez acompanhar de arremedos teóricos na área do Direito Administrativo, suficientes para impressionar alguns segmentos, que facilmente tomaram a nuvem por Juno, hipnotizados pela aludida manobra publicitária. A difusão deste repertório de *slogans*, dentro e fora do meio jurídico, já entrou de declinar, tanto pelos catastróficos resultados produzidos – a terrível situação da Argentina, que foi um modelo de docilidade, vale como paradigma – como porque a pretendida ocupação dos espaços econômicos a que se propunha já se completou como grande êxito para esta invasão econômica. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2007. Nota de rodapé 5. p. 654-655.

princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas. Eis, pois, que *um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e normas.*<sup>10</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro – após examinar a evolução do conceito de serviço público, tecer considerações sobre ambas as correntes – aproxima-se da conceituação de serviço público restrito, embora discorde da restrição acentuada de Celso Antônio Bandeira de Mello. Dispõe a professora, definindo serviço público como:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.<sup>11</sup>

Marçal Justen Filho também adere a corrente restritiva do serviço público:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.<sup>12</sup>

### *1.1.3. Elementos do serviço público*

Tal noção, para Celso Antônio Bandeira de Mello, deve, portanto, constituir-se de dois elementos: (a) *substrato material*, consistente na prestação de *utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos*

---

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Idem.* p. 654.

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 90.

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo, Saraiva, 2005. p. 478.

*administrados*; o outro, (b) *elemento formal*, que caracteriza a noção jurídica, consistente em um *específico regime de Direito Público, ou uma unidade normativa*.

Prossegue o autor afirmando que a unidade normativa deve ter como base os princípios e regras que constituem a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e ainda por restrições especiais, para sair em defesa desses valores especialmente qualificados no sistema normativo.

No entanto, Maria Sylvia Zanella di Pietro, acompanhada de Marçal Justen Filho<sup>13</sup>, não deixam de colocar o elemento subjetivo do serviço público. Nas palavras daquela autora, sobre o elemento subjetivo, que é representado pelo Estado:

O serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso, aliás, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do Poder Público (cf. Rivero, 1981:496):

1. a sua criação é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;

2. a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.<sup>14</sup>

#### *a) Substrato material da noção de serviço público*

---

<sup>13</sup> O autor usa a terminologia *aspectos do conceito de serviço público* em: JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 481.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 90-91.

Quanto ao primeiro elemento – seu *substrato material*<sup>15</sup> – cumpre observar que a atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral<sup>16</sup>, de utilidades ou comodidades materiais<sup>17</sup> (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico<sup>18</sup>. Aliás, é por isso que as presta sob regime de Direito Público, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto.

---

<sup>15</sup> A classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Melo encontra-se em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 655.

<sup>16</sup> Com efeito, *se assim não fosse, é bem de ver que o serviço não seria público*, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas a interesses privados. Este traço – de estar voltado a preencher necessidades do público em geral – reside na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o *todo social*, o Estado não teria porque assumir tal atividade. Por faltar este caráter de se destinarem à satisfação da coletividade em geral, não são públicos, *exempli gratia*, os serviços de telecomunicações que interligam apenas as empresas que possuem seus serviços de interconexão e que a isto se destinam. Assim, também, não são públicos os serviços de radioamador, pois estes, conquanto prestem atividade útil para inúmeras pessoas, constituem-se a ingressar neste círculo restrito de intercomunicadores. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 656, nota de rodapé n.º 7.

<sup>17</sup> Se a expressão *serviço público* tivesse amplitude tão lata que abrangesse atividade material e jurídica assumida pelo Estado como pertinente a si próprio, a noção de serviço público perderia seu préstimo, pois abarcaria realidades muito distintas entre si, coincidindo, afinal, com o conjunto de atividades do Estado, sem extremá-las com base nas características de cada qual e nas particularidades dos respectivos regimes jurídicos. In: *Idem*. p. 656, nota de rodapé n.º 8.

<sup>18</sup> *Conceito Restrito de Serviço Público*. Restringiu-se a noção de serviço público aos chamados serviços *uti singuli*, ou seja, individual e singularmente fruíveis pela pessoa de cada um (postergando o *sentido amplo de serviço público*, que abrigaria também os serviços *uti universi*) para enquadrar seu exame no âmbito da teoria das chamadas prestações administrativas da Administração aos Administrados, como bem anotou Renato Alessi. Nisto, de resto, estar-se-ia atendendo ao teor evocativo mais comum da expressão *serviço público*, pois, ao pensar-se nele, o que vem de imediato à mente são serviços tais como o transporte coletivo de passageiros, o fornecimento domiciliar de água, de luz, de gás, de telefone etc., os quais se referem a prestações materiais e efetuadas *uti singuli*. In: BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Idem*. p. 656, nota de rodapé n.º 9.

Esta oferta é feita aos administrados em geral. Daí falar-se, com razão, no princípio da universalidade ou generalidade do serviço público, pois o serviço diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade.

Ditas atividades, portanto, salvo algumas exceções, adiante referidas (educação, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado. De conseguinte, as atividades em questão *não pertencem à esfera da livre iniciativa*, sendo estranhas, então, ao campo da “exploração da atividade econômica”. Este último setor, nos termos constitucionais, conforme será melhor esclarecido a breve trecho, é seara reservada aos particulares, ou seja, à iniciativa privada. Na esfera econômica a atuação empresarial do Estado é que é exceção é terá de realizar-se basicamente na conformidade de regime de Direito Privado.<sup>19</sup>

*b) Elemento formal caracterizador do serviço público.*

O elemento *formal* assujeita o serviço público a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, que insere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é imprescindível a formulação da noção de serviço público.

*1.1.4. Classificação dos serviços públicos*

A classificação dos serviços públicos proposta pelo renomado administrativista é quase que unânime na doutrina, sofrendo poucas variações. Prefere-se, então, citar originalmente Hely Lopes Meirelles, acompanhando a

---

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.* p. 657.

fragmentação escolhida pelo mestre. Hely Lopes Meirelles preferiu unir caracteres comuns do gênero e traços distintivos das espécies diferenciadas.<sup>20</sup>

Assim, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles:

Levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços, podemos classificá-los em: *públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; “uti universi” e “uti singuli”* [...].<sup>21</sup>

A primeira divisão apresentada pelo autor fragmenta-se em *serviços públicos e serviços de utilidade pública:*

a) Serviços públicos são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Os serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

b) *Serviços de utilidade pública* são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência – não são essenciais nem necessários – para os membros da coletividade, prestando-os diretamente ou aquiescendo em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou

---

<sup>20</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. Ed., atualizada por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 334-337.

<sup>21</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*. p. 334.

autorizatórios), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

Em um segundo momento, o renomado autor apresenta a divisão entre serviços próprios do Estado e serviços impróprios do Estado.

*c) Serviços próprios. Assevera o doutrinador:*

Serviços próprios do Estado são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.

Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade.<sup>22</sup>

*d) Serviços impróprios do Estado. Não são direcionados substancialmente aos interesses da comunidade, no entanto satisfazem interesses comuns de seus membros. A Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas, ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatórios. Apresentam rendimentos e podem ser realizados com ou sem privilégio (não*

---

<sup>22</sup> Refere-se à titularidade do serviço público do Município de Florianópolis no tocante ao fornecimento de águas e esgotamento. *In: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. Ed., atualizada por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 335.*

confundir com monopólio), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.

e) Serviços administrativos. A Administração executa para atender a suas próprias necessidades ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza.

f) Serviços industriais. Postula Hely Lopes Meirelles sobre os serviços industriais:

[...] Produzem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração, esta, que, tecnicamente, se denomina *tarifa* ou *preço público*, por ser sempre fixada pelo Poder Público, quer quando o serviço é prestado por seus órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários. Os serviços industriais são *impróprios do Estado*, por consubstanciarem atividade econômica que só poderá ser explorada diretamente pelo Poder Público quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CF, art. 173).<sup>23</sup>

Nessa alínea, discorda-se da assertiva do administrativista no que se refere aos serviços industriais como unicamente impróprios, pois, na boa senda de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Serviço público **comercial** ou **industrial** é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica. Ao contrário do que diz Hely Lopes Meirelles (2003:321), entendemos que esses serviços não se confundem com aqueles a que faz referência o artigo 173 da Constituição, ou

---

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 336.

seja, não se confundem com a **atividade econômica** que só pode ser prestada pelo Estado em caráter suplementar da iniciativa privada.<sup>24</sup> **(grifo da autora)**

A autora classifica a atividade econômica do Estado em três vertentes. A primeira reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da CRFB (motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo). A segunda, de monopólio (art. 176 e 177 da CRFB); e ainda a terceira, que seria:

[...] assumida pelo Estado como **serviço público** e que passa a ser incumbência do Poder Público; a este não se aplica o artigo 173, mas o artigo 175 da Constituição, que determina a sua execução **direta** pelo Estado ou **indireta**, *por meio de concessão ou permissão*; é o caso dos serviços de transporte, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, §2.º, da constituição, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; **esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.**<sup>25</sup>

g) Serviços *uti universi* ou gerais. A Administração presta-os sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. Esses serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por *imposto* (tributo geral), e não por taxa ou

---

<sup>24</sup> O serviço de fornecimento de águas e saneamento também se insere nesse tipo de atividade econômica exercida pelo Estado. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20.<sup>a</sup> Ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2007. p. 98.

<sup>25</sup> Referente ao serviço público prestado pela CASAN. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 98.

tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.<sup>26</sup>

h) Serviços *uti singuli* ou individuais. Hely Lopes Meirelles conceitua os serviços *uti singuli* ou *individuais* como aqueles que têm:

**Usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares.** Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo quê devem ser remunerados por *taxa* (tributo) ou *tarifa* (preço público), e não por imposto.<sup>27</sup> **(grifo nosso)**

O ilustre administrativista faz observações quanto ao não pagamento desses serviços por parte do usuário, no que se refere às hesitações da jurisprudência sobre a legitimidade da suspensão de seu fornecimento. Há que distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo. Naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois, se a Administração *o considera essencial*, impondo-o coercitivamente ao usuário (como é a ligação domiciliar à rede de esgoto e da água e a limpeza urbana)<sup>28</sup>, não pode suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre sua fruição,

---

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 336.

<sup>27</sup> *Idem.* p. 336.

<sup>28</sup> O STF entende que o serviço de água e esgoto é remunerado por tarifa (RE 54.194, 77.162, 207.609; Ag. 225.143). O mesmo no RE 96.055-4-PR, rel. Min. Moreira Alves, entendeu que “o abastecimento de água é serviço indispensável à coletividade e não pode estar sujeito a cortes por falta de pagamento” (j. 19.2.82). Todavia, ultimamente, o STJ tem admitido o corte (REsp. 123.444, DJU 14.2.2005, e REsp 363.943-MG, 1.3.2004, 1.ª Seção, e REsp 337.965-MG, DJU 8.11.2004, 2.ª Seção). *In:* MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 337, nota de rodapé n.º 7.

entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo, sendo, entretanto, indispensável aviso prévio.

Caso o serviço for obrigatório, a remuneração é por taxa (tributo), logicamente, não feita por tarifa (preço). A falta de pagamento de tributo não autoriza outras sanções além de sua cobrança executiva com os gravames legais (correção monetária, multa, juros, despesas judiciais).<sup>29</sup>

#### *1.1.5. Titularidade do serviço e titularidade da prestação*

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, não há por que confundir a titularidade do *serviço* com a titularidade da *prestação do serviço*. Uma e outra são realidades jurídicas intrinsecamente distintas. Postula o autor que:

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço.<sup>30</sup>

Na maior parte das vezes, o Estado está apenas obrigado a discipliná-los e a *promover-lhes* a prestação.

---

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 337.

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.* p. 661-662.

Como indica Marçal Justen Filho, conforme os conceitos clássicos do direito administrativo:

O serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares. Não se aplicam os princípios de livre iniciativa, uma vez que a prestação do serviço público incumbe ao Estado. Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata no monopólio estatal. O fundamento constitucional dessa disciplina se encontra no art. 175.<sup>31</sup>

Portanto, o Estado poderá prestá-los por si mesmo como poderá *promover-lhes* a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo* (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas.

Por óbvio que, não detendo o Poder Público a exclusividade do serviço, não caberá imaginar esta outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão.

Nem sempre, porém, o Estado é titular *exclusivo* dos serviços. Há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que

---

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 488.

concernem a atividades em relação às quais não pretendeu deter exclusividade.

Como bem salienta Hely Lopes Meirelles, a *competência do Município* para organizar e manter serviços públicos locais está reconhecida constitucionalmente como um dos princípios asseguradores de sua autonomia administrativa (art. 30).<sup>32</sup>

Ressalva-se a que tais serviços sejam de *seu interesse local*. O interesse local, no entanto, não é o interesse exclusivo do Município, porque não há interesse municipal que o não seja, reflexamente, do Estado-membro e da União. O que caracteriza o interesse local é a *predominância* desse interesse *para o Município* em relação ao eventual interesse estadual ou federal acerca do mesmo assunto.<sup>33</sup>

## 1.2. A livre iniciativa

A CRFB reservou em dois momentos o uso do termo *livre iniciativa*. No artigo 1.º, IV e na cabeça do artigo 170. Para Eros Grau, livre iniciativa expressa um desdobramento da *liberdade*.

Expõe o atual ministro:

---

<sup>32</sup> 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;

<sup>33</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 343-344.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a **liberdade como *sensibilidade e acessibilidade*** a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual o acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*.<sup>34</sup>

Percebe-se que Eros Grau distingue dois elementos para definir a liberdade de iniciativa em sentido lato, ao mesmo tempo em que a definição exprime um sentido subjetivo, particular, muito próximo a um direito individual.

Partindo para a concreção do princípio elencado, das várias faces apresentadas, atinge-se aquela que vem disposta na cabeça do art. 170, a liberdade de iniciativa representada como *liberdade de iniciativa econômica*. *O titular desse direito seria a empresa, em um ambiente aberto a livre vontade, característica da seara privada.*

Prossegue Eros Grau:

O princípio da liberdade de iniciativa econômica – originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no decreto d'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7.º determinava que, a partir de 1.º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto

---

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8.ª Ed., revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 181.

direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.<sup>35</sup>

O princípio, no Estado liberal, era uma garantia de legalidade, porém, a liberdade não era absoluta (que garantiria o tipo ideal do liberalismo econômico) uma vez que o indivíduo sujeitava-se à polícia (entendida como intervenção contra o Estado). O princípio, portanto, era uma garantia de legalidade, um limite à ação pública, para resguardar a iniciativa privada.

Chega-se à conclusão de que o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto do ordenamento jurídico em que for inserido, ou seja, a CRFB/88 consagrou o princípio da livre iniciativa dentro de um contexto de Estado Democrático de Direito, sendo regra para a concorrência em âmbito privado.

O mestre constitucionalista José Afonso da Silva corrobora o entendimento:

Cumprindo então observar que a liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. *op. cit.* p. 183.

<sup>36</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.<sup>a</sup> Edição, revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 774.

O autor, porém, não a considera, um direito fundamental. É um princípio (a liberdade de iniciativa econômica) inserido na finalidade econômica da justiça social (também disposto na cabeça do art. 170), cujas normas de um Estado de legalidade devem ser respeitadas. Se a Constituição dispôs sobre tal princípio, pode-se dizer que alcança os particulares, âmbito o qual o Estado apenas atua como regulador, ou, atuante economicamente em caráter de exceção.

Entretanto, quando se trata de serviço público (ver item 1.1.5) em que o poder concedente/titular do serviço público delega a titularidade da prestação do serviço público, *não se deve insistir em princípio da livre iniciativa e, sim, de sujeição em igualdade de condições com demais empresas* – sejam elas estatais ou particulares – *as normas de direito público*. Caso o particular apresente melhor qualificação, o Poder concedente não obstará em travar vínculo jurídico com tal empresa, considerada apta na prestação do serviço.

### *1.3. Serviço público e atividade econômica estatal*

O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre *serviços públicos*, especialmente os de conteúdo econômico e social, e *atividades econômicas*, distinção que tem fundamento na própria Constituição, respectivamente art. 21, XI e XII, e arts. 173 e 174.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 779-791.

Em um regime capitalista, como o adotado pela CRFB/88, a *atividade econômica* desenvolve-se no **regime da livre iniciativa** sob a orientação de administradores da empresa privada. Contudo, em uma ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a *liberdade de iniciativa econômica privada* deve ser tratada como direito fundamental, quando em exercício no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.

O *serviço público* é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público.<sup>38</sup> Não cabe, portanto, titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII. (ver item 1.1.5.)

Nesse momento, cabe a diferenciação das empresas estatais prestadoras ou exploradoras de serviço público (CEMIG, Rede Ferroviária Federal etc.) e as que exercem atividade econômica<sup>39</sup> (como a PETROBRÁS, o

---

<sup>38</sup> DA SILVA, José Afonso. *op. cit.* p. 781.

<sup>39</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

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

Banco do Brasil etc.) (ver item 1.1.4. alínea f). Ambas são atividades econômicas (empresariais como no caso da CASAN) realizadas pelo Estado, porém, há diferenciação no regime jurídico aplicado a essas empresas.

Conforme prescreve José Afonso da Silva:

As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora

[...]

O modo de gestão desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime da discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou por concessão (autorização ou permissão) a uma empresa privada.<sup>40</sup>

Orientações doutrinárias recentes destacam os inconvenientes da gestão de serviços públicos através de empresários privados. Exige-se uma transformação do atual regime de “discricionariedade organizativa” em favor da exclusiva gestão administrativa de serviços públicos<sup>41</sup>, limitando a finalidade do próprio serviço, incompatível com técnicas baseadas no lucro mercantil pelas exigências de absoluto controle de benefícios e mesmo de participação dos usuários na direção ou nos resultados, mediante diminuição de tarifas.

José Afonso da Silva disserta sobre o tema com maestria, ao dizer que:

---

[...]

<sup>40</sup> DA SILVA, José Afonso. *op. cit.* 782.

<sup>41</sup> DA SILVA, José Afonso. *Idem.* p. 782.

Cumpra observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiariedade, em relação à prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. Portanto, também não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada.<sup>42</sup>

Para o ilustre constitucionalista, isso não implica em que a empresa estatal prestadora daqueles e de outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas.

A natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam a de não se assujeitarem inteiramente aos ditames do art. 175, pois não se lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, e porque são entidades do próprio concedente, salvo, é claro, hipóteses de outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública (da União para o Estado, por exemplo, em que a característica de concessionária fica mais nítida).<sup>43</sup>

### *Considerações*

Pode-se afirmar que o conceito restrito de serviço público é dominante entre a doutrina brasileira, porém, há de se ressaltar o conceito do ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles, que adota o conceito amplo.

---

<sup>42</sup> DA SILVA, José Afonso. *op. cit.* p. 782-783.

<sup>43</sup> *Idem.* p. 782-783.

Preferiu-se dissertar sobre o restrito, especialmente à conceituação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello, seguidor da escola francesa de Direito Administrativo, cuja influência de Gaston Jèze e outros da *Escola do Serviço Público*<sup>44</sup> foi essencial para elaboração de seu conceito, obedecendo a uma matriz axiológica constitucional e a determinações infraconstitucionais (legislativa) para chegar às atividades assim postas como serviço público, tidas pelo autor como *utilidade ou comodidade fruíveis singularmente pelos administrados*.

A maioria dos autores, no entanto, concordam com a classificação dos serviços públicos elaborada por Hely Lopes Meirelles. A partir dos estudos, pode-se dizer que o Município de Florianópolis delegou serviço de público (no que diz respeito ao saneamento) e de utilidade pública (no que diz respeito ao fornecimento de águas) próprios à CASAN, sociedade de economia mista detentora da titularidade da prestação do serviço público de fornecimento de águas e saneamento, cuja titularidade é do próprio Município.

---

<sup>44</sup> Leon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada “Escola do Serviço Público” (onde enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros), **a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a idéia de “poder” estatal – pela idéia de “serviço aos administrados” (grifo nosso)**. Cyr Cambier, conforme já dantes anotamos, observou, com inteira propriedade, que tal concepção “conduz a fazer do poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*, um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordenatio*)” (*Droit Administratif*, Bruxelas, Ed. Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 228). Duguit propôs-se a afastar a idéia de soberania e de Poder Público como orgiem do Direito, repelindo a teoria de que “o Estado cria o Direito, mas está regido por ele”. Para este mestre, **“o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental” (grifo nosso)**. Daí haver arrematado: “Et par là ma théorie de l’État est achevée” (*Traité de Droit constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., v. II, Librairie Fontemoing, 1923, p. 70). Em sua esteira, passou-se a ver o direito Administrativo como um conjunto de princípios e normas congregados ao derredor da idéia de serviço público. “A Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público”, disse Jean Rivero (*Droit Administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 146). “A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público”, averbou Georges Vedel (*Droit Administratif*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, presses Universitaires de France, 1964, p. 72). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, nota de rodapé n.º 4, p. 652-653.

Ademais, foi possível constatar que a CASAN é empresa estatal que presta serviço público, sujeita às normas de direito público, âmbito em que não se insere o princípio da livre iniciativa. Caso fosse empresa que realizasse atividade econômica, meio em que o Estado atua com caráter excepcional, estaria sujeita à livre iniciativa e concorrência.

## 2. SERVIÇO PÚBLICO E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

### *2.1. Histórico da Concessão de Serviços Públicos no Brasil*

Para entendermos a origem da prestação do serviço público, seja ela feita por entidades da administração indireta ou por particulares, faz-se necessário revisitar a história das concessões de serviços públicos no Brasil. Adota-se a obra de *Parcerias na Administração Pública*, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro como orientação cronológica.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 6.<sup>a</sup> Ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2008. p. 50-62.

A autora distingue os momentos históricos de concessões às empresas privadas, o surgimento das sociedades de economia mista, a concessão às empresas estatais e um novo momento de concessão a particulares, para, ao final, apresentar novos modelos de concessão de serviço público.

Durante o Estado liberal, a atividade estatal se limitava praticamente à defesa externa e à segurança interna, não havendo necessidade para descentralização das atividades administrativas, já que as funções de polícia, em geral, não são delegáveis a particulares pelo fato de se caracterizarem como funções coercitivas. **A essa época, o conceito de serviço público ligava-se sem contestação ao regime jurídico administrativo**, o que constata a autora, o critério mais adequado para distinguir o serviço público da atividade particular.

A partir de então, o Estado adentra na atividade interventiva. A idéia de **especialização**, com vistas à obtenção de melhores resultados justifica existência de autarquias; e ainda, a **utilização de métodos de gestão privada**. Flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado – em especial a de natureza comercial e industrial – em alguns países, como a Alemanha, as autarquias foram criadas com intenção de socialização, e, especialmente nos subdesenvolvidos, com intuito de desenvolvimento econômico.

Leciona a professora, afirmando que como consequência

disso:

[...] o próprio conceito de serviço público entrou em crise, já que os chamados serviços industriais e comerciais, antes executados exclusivamente por particulares, passaram a ser desempenhados também pela Administração Pública, sob regime predominante de direito privado; como consequência, **o regime jurídico deixou de ser a baliza que delimitava os conceitos de serviço público e atividade privada**<sup>46</sup>. (grifo nosso)

Utilizou-se, no início, a delegação da prestação de serviços públicos a empresas particulares, por meio de **concessão**. A vantagem de tal concessão residia na possibilidade que tinha o Estado de prestar serviço público essencial, sem necessidade de inverter recursos públicos e sem correr os riscos de empreendimento.

Porém, para assegurar o interesse público, o Estado foi tendo que interferir na atuação da empresa concessionária, o que desencadeou uma ajuda financeira cada vez maior. Com efeito, elaboraram-se teorias visando assegurar o equilíbrio econômico do contrato, o que possibilitava a continuidade na prestação do serviço. A partir do momento em que o Estado começou a participar dos riscos do empreendimento, a concessão começa a declinar, buscando-se novas formas de descentralização.

Por apresentarem capacidade pública semelhante à da Administração Pública direta, as autarquias foram consideradas mais

---

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 50.

adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado. Foi o que ocorreu, por exemplo, em Blumenau, com a instituição do Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto (SAMAE), curiosamente uma autarquia municipal criada pela lei 1.370, de 11 de agosto de 1966.

No direito brasileiro, algumas dessas instituições foram transformadas em empresas públicas, como as Caixas Econômicas. A idéia de especialização, aponta a autora, foi a que direcionou a criação das autarquias. Porém, para atividade comercial ou industrial do Estado, a forma empresarial se mostrou a mais adequada.

#### *2.1.1. Concessão a empresas privadas*

A primeira fórmula que o poder público adotou para transferir a terceiros a execução de serviços públicos comerciais e industriais foi a concessão de serviço público.

Para transferência a terceiros da execução de serviços públicos comerciais e industriais, o Estado utilizou-se da concessão. O particular executa o serviço, por meio dela, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante fiscalização e controle da Administração Pública, incluindo a tarifa, que era fixada pelo poder concedente.

Com isso, o Estado – liberal – não tinha necessidade de recorrer a recursos do Tesouro e não corria riscos econômicos na exploração

industrial. Entretanto, tais características foram alteradas – especialmente com a aplicação da teoria da imprevisão<sup>47</sup> – causando uma associação financeira lesiva ao Poder Público. Para descrever o declínio desse tipo de concessão, Maria Sylvia Di Pietro usa como fonte a doutrina francesa:

Como diz Jean Rivero (1917:417), “a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de o obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de pôr em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução”.<sup>48</sup>

### *2.1.2.1. Sociedades de economia mista e empresas públicas*

Declinaram as concessões, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. O grande trunfo das sociedades de

---

<sup>47</sup> Sobre a teoria da imprevisão: O advento da primeira Guerra Mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes de “teoria da imprevisão”. Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado. [...] Não é de surpreender, então, que, na própria França, em famoso aresto do Conselho de Estado (*Gaz de Bordeaux*, 1916), fosse proclamada a impossibilidade de um concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível alta nos preços que tornara as tarifas insuficientes. Aliás, conforme advertência de Waline, as premissas da “teoria da imprevisão” e suas conseqüências já haviam sido aplicadas em arestos precedentes e a própria voz “imprevisão” fora dantes invocada, em 1905, no aresto “Ville de Paris”. O aresto “Labeye”, de 1911, segundo o mesmo autor, concede indenização “nada obstante todas as cláusulas em contrário”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23.<sup>a</sup> Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 631-632.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* 51-52.

economia mista reside no grande acúmulo de recursos financeiros que o Estado, sozinho não conseguiria levantar.

Em contrapartida, no início do século XX, apontou-se o que viria a ser um aspecto negativo da sociedade de economia mista: o conflito de interesses entre o Estado e o particular. O primeiro que visa ao interesse público, enquanto que o segundo objetiva o lucro e, por essa razão quer os preços mais elevados.

Instituíram-se, a partir daí, as empresas públicas, cujo capital é inteiramente público.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que, no direito brasileiro, mais precisamente na Constituição de 1967, houve a inclusão do princípio da subsidiariedade no tocante à atuação do Estado no domínio econômico. *A faculdade interventiva no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais vinha prescrito no art. 163 da referida Magna Carta:*

E o art. 170, depois de inserir, no *caput*, a regra geral de que “às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividade econômicas”, acrescentava, no §1.º, que “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Essa regra da

subsidiariedade nunca foi observada, passando o Estado brasileiro a atuar em campos onde a iniciativa privada não era deficiente.<sup>49</sup>

### *2.1.2.2. Concessão de serviços públicos a empresas estatais*

Prossegue a autora observando que no direito brasileiro, na senda do que ocorrera em outros países, voltou-se a utilizar a concessão, para delegar o serviço público, porém, não mais para particulares e, sim, para empresas estatais sob o controle acionário do poder público.

A vantagem está no fato de que o Estado mantém, como na forma originária de concessão, seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa.<sup>50</sup>

Admite a autora, entretanto, que, com esse procedimento esvairiu-se a finalidade da concessão para o poder público, diga-se, a prestação de serviços públicos sem grandes investimentos por parte do Estado.

Explica Maria Sylvia Di Pietro as diferentes formas de concessão do serviço público às empresas estatais:

- a. Em alguns casos, o serviço público foi atribuído a um ente da Federação e delegado a empresa estatal sob controle acionário de outro ente; foi o caso dos serviços de energia elétrica, de navegação aérea, de telecomunicações, concedidos a empresas sob controle acionário do Estado (em São Paulo, a Cesp, Eletropaulo, Vasp, Telesp etc.); foi o caso também dos serviços de saneamento atribuídos aos

---

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. p. 53.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 53.

Municípios e concedidos a empresas estatais sob controle acionário do Estado (em São Paulo, a Sabesp).<sup>51</sup>

Caso análogo ao da Sabesp é o da Casan. O serviço público foi atribuído constitucionalmente ao Município – pelo o art. 16, II, alínea “b” da CRFB/67 e, hodiernamente, pelo art. 30, V, da CRFB/88 – e delegado a empresa estatal sob controle acionário do estado de Santa Catarina.

b. em outros casos, o ente político (União, Estado-membro ou Município) criou a pessoa jurídica e a ela transferiu, por lei, a execução de um serviço público comercial ou industrial, dando-lhe, no entanto, tratamento idêntico ao das empresas concessionárias.<sup>52</sup>

c. Finalmente, em outras hipóteses, o ente político cria, por lei, a pessoa jurídica (em regra, sociedade de economia mista) e a ela transfere execução de determinado serviço público; a transferência de atribuições dá-se pela descentralização por serviços (por meio de lei) e não pela descentralização por colaboração (por meio de contrato), como seria próprio da concessão<sup>53</sup>.

Prossegue a autora referindo-se a natureza distinta de descentralizar o serviço público entre concessão e delegação ou outorga do mesmo. O regime jurídico aplicável à delegação dos serviços públicos será discutido adiante.

#### *2.1.3.1. o retorno da concessão à empresa privada*

Hodiernamente, o poder público volta a utilizar a concessão à empresa privada sem deixar de lado a concessão a empresas estatais.

---

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*. p. 53.

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*. 53-54.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 54.

Como bem descreve a autora, pode a concessão a privadas ocorrer:

a) por meio da venda das ações ordinárias a particulares (privatização em sentido estrito) – a empresa deixa de ser estatal, passando a ser empresa privada – ou,

b) pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, seja em sua forma tradicional, a partir de sua disciplina legal pelas Leis n.ºs 8.987 de 13-2-95, e 9.074, de 7-7-95, seja sob a forma de parceria público privada, instituída pela Lei n.º 11.079, de 30-12-2004. A professora afirma que:

No caso das novas concessões, determinadas atividades que eram desempenhadas pelo Poder Público, em geral por meio de empresas estatais, passam a ser dadas em concessão a empresas privadas; a empresa estatal que exercia tal atividade perde ou tem reduzido seu objeto; em alguns casos, passa a atuar como órgão regulador ou como órgão técnico fiscalizador da concessão, podendo mesmo ser pura e simplesmente extinta por perda do objeto.<sup>54</sup>

As privatizações, consideradas em seu sentido amplo, serviram para reduzir o aparelhamento administrativo estatal, para a delegação de serviços públicos aos particulares e para formar a parceria com entidades públicas ou privadas e a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, que foram motivo das quebras de monopólios, de tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo

---

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*. p. 58.

poder público, da concessão de serviços públicos e da utilização dos convênios, consórcios e contratos de gestão, respectivamente<sup>55</sup>.

### *2.1.3.2. As privatizações no serviço público de saneamento básico*

Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, em o *Direito de Parceria e a Lei de Concessões*,<sup>56</sup> traçam um perfil das concessões realizadas no tocante à execução dos serviços públicos de saneamento básico. A Manaus Saneamento S/A foi pioneira no processo de privatização de empresas no setor, cujas ações ordinárias foram leiloadas na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 2000. Para viabilizar a privatização, foi feita reestruturação societária por meio de cisão, constituindo a Manaus Saneamento S/A. Os autores narram caso realizado no Município de Niterói:

No Rio de Janeiro, o convênio firmado entre o Prefeito de Niterói e o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em dezembro de 1998, permitiu a privatização dos serviços de distribuição de água e coleta de esgotos no município de Niterói, que celebrou contrato de concessão com a empresa Águas de Niterói. Antes do acordo, porém, o Município de Niterói recorreu ao Poder Judiciário, para que lhe fosse reconhecido o direito de retomar o serviço de saneamento básico no município, que vinha sendo executado pela concessionária estadual (CEDAE). Apesar do contrato de concessão ter sido celebrado em outubro de 1997, o início da

---

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 29.

<sup>56</sup> WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões* (Análise das Leis n.ºs 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação subsequente). São Paulo, Saraiva, 2004. p. 581-590.

operação pela concessionária Águas do Niterói ocorreu apenas em novembro de 1999.<sup>57</sup>

Em seguida, tratam sobre o caso do Município de Itu, cujo projeto de privatização não correu de forma bem sucedida. A concessão do serviço para a empresa Cavo (do grupo Camargo Corrêa), firmado em 1996, acabou sendo alterada na gestão seguinte, para, em seguida ser motivo de litígio entre as partes.

Deixa claro o autor que é essencial existir – nos serviços ligados ao saneamento básico – **parceria intergovernamental**, calcada nos conceitos de cooperação e responsabilidade e execução compartilhada de sistemas e projetos. Evita-se, com isso, que haja perda de economia de escala, caso a vontade política dos administradores – se acaso fizerem concessões independentes – se sobreponha ao interesse público.

Dispõem ainda os autores que sobre gestão regional integrada, os serviços de saneamento básico de interesse comum do Estado e dos Municípios impõem a sua prestação adequada e integrada, sob os aspectos técnico, operacional, administrativo e financeiro, de forma a propiciar, na totalidade do sistema, economia de escala, eficácia regulatória e a plena realização dos objetivos do setor em sede regional.<sup>58</sup>

Dentro desse contexto, os autores assumem a postura de que somente com a adoção de uma premissa fundamental, entendida como a

---

<sup>57</sup> WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *op. cit.* p. 584-585.

<sup>58</sup> WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *op. cit.* p. 579.

implantação de mecanismos legais eficientes, incluindo a implantação de parcerias, que resolvam de forma estável a questão da competência para a prestação dos serviços de saneamento básico, os investimentos vindos do setor privado encontrarão a segurança jurídica necessária para sua participação no setor público.

Entende-se que os investimentos privados podem vir não só para a assunção do serviço público por meio de concessão, mas sim de investimentos em forma de parceria, como a própria Casan realiza com bancos privados, para captação de recursos.

Vale ressaltar, nesse íterim, por convênio ou qualquer outro instrumento legal, regulamentar ou contratual, que não se pode transferir juridicamente competências ou responsabilidades públicas, uma vez que, competências outorgadas pela Constituição não podem ser consideradas bens susceptíveis de transação ou de cessão convencional, pelas pessoas jurídicas investidas daqueles poderes. Segue o quadro dos principais programas de privatização dos serviços de água e esgoto em âmbito municipal até 2000<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *op. cit.* p. 588.

Empresa	Localidade e população (mil hab.)	Grupo privado	Modalidade	Prazo (anos) de início	Investimento (US\$ milhão)	Principais obras e instalações
Águas de Limeira	Limeira (SP) – 200	Consórcio CBPO/Lyonnaise des Eaux	Concessão plena	30 de julho de 1995	92	Elevatórios e tratamento de esgotos
Águas de Jutumaíba	Araruama, Saquarema e Silva Jardim (RJ) – 120	Consórcio Developer, Cowan, Queiroz Galvão, Trana e Erco	Concessão plena	25 de março de 1998	61	Adutoras, reservatórios e redes de água, redes, elevatórias e tratamento de esgoto
Prolagos	Cabo Frio, Búzios, São Pedro d'Aldeia, Iguaba e Arraial do Cabo (RJ) – 220	Consórcio PEM, Monteiro Aranha, Planup e Epal	Concessão plena, exceto Arraial do Cabo (somente água)	25 de maio de 1998	192	Adutoras, redes e tratamento de água, redes, elevatórias e tratamento de esgoto
Companhia de Saneamento de Jundiá	Jundiá (SP) – 300	Consórcio Augusto Velloso, Coveg e Tejofran	Concessão parcial (Tratamento de esgoto)	20 de dezembro de 1996	25	Emissários e tratamento de esgoto
Cavo Itu Serv. De Saneamento S.A.	Itu (SP) – 113	Companhia Auxiliar de Viação e obras – grupo Camargo Corrêa	Concessão parcial (tratamento de esgotos)	20 de março de 1996	21	Emissários, elevatórios e tratamento de esgoto
Águas do Imperador	Petrópolis (RJ) – 240	Consórcio Developer, Cowan, Queiroz Galvão, EIT e Trana	Concessão plena	30 de janeiro de 1998	83	Tratamento de água e de esgoto
Ambient Serviços Ambientais	Ribeirão Preto (SP) – 450	Consórcio REK e CH2M Hill In1. Co.	Concessão parcial (tratamento de esgoto)	20 de setembro de 1995	38	Emissários, interceptores e tratamento de esgoto
Água de Mandaguahy	Jaú (SP) – 100	Consórcio Amafi, Multiservice, Tejofran e Resil	Concessão parcial (produção de água)	21 de novembro de 1995	7	Tomada de água, estação de recalque, adutoras e tratamento de água
Águas do Paraíba	Campos (RJ) - 350	Consórcio Developer, Carioca, Christian Nielsen, Cowan e Queiroz Galvão	Concessão plena	30 de setembro de 1996	77	Adutoras, reservatórios, redes e tratamento de água e redes de esgoto
Água de Niterói	Niterói (RJ) – 450	Consórcio Developer, Carioca, Christian Nielsen, Cowan e Queros Galvão	Concessão plena	30 de outubro de 1997	146	Adutoras, reservatórios e rede de água, redes, elevatórios, interceptores e tratamento de esgoto
Água de Paranaguá	Paranaguá (PR) -110	Consórcio Carioca Christian Nielsen, Developer e Castilho	Concessão plena	28 de março de 1997	50	Tratamento de água
Saneamento de Araçatuba	Araçatuba (SP) – 158	Consórcio Amafi, Multiservice, Tejofran e Resil	Concessão parcial (tratamento de esgoto)	21 de maio de 1996	11	Elevatórias, emissários e tratamento de esgoto

#### 2.1.4. Outras formas de delegação de serviços públicos

Novas modalidades de delegação vêm surgindo sem determinação legal, por atos unilaterais ou acordos de vontade que não se enquadram como concessão ou permissão, mas que podem também ser consideradas como forma de descentralização por colaboração.

Entretanto, adverte a autora que decisões puramente administrativas, sem qualquer previsão legal configuram o avanço da Administração Pública em relação ao direito positivo.<sup>60</sup> Podem ainda ocorrer, com previsão legal, porém, de constitucionalidade duvidosa.

Exemplos de inovações são as franquias e os contratos de gestão com organizações sociais, associações ou cooperativas, em regra por meio de convênio. O convênio de cooperação para gestão associada, que é o firmado entre o Município de Florianópolis e o Estado de Santa Catarina, no qual a Casan atua como interveniente, pode ser enquadrado como nova forma de delegação de serviço público, uma vez que se insere nas novas

---

<sup>60</sup> Como resultado, o direito administrativo está passando na frente do direito constitucional. A Administração Pública copia um modelo do direito estrangeiro e começa a aplicá-lo, muitas vezes, com afronta direta e flagrante à Constituição; depois é que vem a lei e, finalmente, a alteração da Constituição (quando vem). Em vez do direito administrativo desenvolver ou aplicar normas programáticas contidas na Constituição, ele vem se elaborando na frente e, muitas vezes, à margem da Constituição.

Merecem ser citados alguns exemplos que bem ilustram essa afirmação: o **contrato de gestão**, só agora previsto na Emenda Constitucional 19/98 (art. 37, §8.º), vem sendo utilizado desde 1991, com base no Decreto n.º 137, de 27-5-91, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais, tendo sido celebrado com entidades como a Petrobrás, a Cia. Vale do rio doce, o Serviço Social Autônomo e Associação das Pioneiras Sociais. A medida era flagrantemente inconstitucional porque, por meio de contrato, se atribuía autonomia a empresas estatais, liberando-as do cumprimento de normas legais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 6.ª Ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2008. p. 30-31.

determinações da lei 11.445/07, que dispõe sobre a gestão do serviço público de saneamento básico.

Fato é que a Administração Pública vive um momento de reforma, como bem indica Maria Sylvia Zanella Di Pietro e segundo a própria autora, irreversível, independente de qualquer governo que a leve a efeito.

Os objetivos da reforma estão expressos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – aprovado em 21-9-95 pela Câmara de Reforma do Estado. A Reforma do Aparelho do Estado fica orientada a tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Portanto, pretende-se escapar do modelo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.<sup>61</sup>

## *2.2. Conceito de Sociedade de Economia Mista e a Casan*

Para Hely Lopes Meirelles, as *sociedades de economia mista* são:

[...] pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividade econômica ou

---

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 31.

serviço público outorgado<sup>62</sup> pelo Estado. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizarem sua criação e funcionamento. São entidades que integram a Administração indireta do Estado, como instrumentos de descentralização de seus serviços (em sentido amplo: serviços, obras, atividades).<sup>63</sup>

A Lei Estadual n.º 4.547/70 dispõe sobre a reforma administrativa no Estado de Santa Catarina. Além de criar diversas secretarias (órgãos da administração pública direta) criou diversas entidades da administração indireta. Dentre as últimas, está a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento. Dispõe a referida lei que instituiu a Casan:

Art. 42. Ficam instituídas como órgãos descentralizados da administração indireta, as seguintes entidades:

[...]

VII - com vinculação à Secretaria dos Serviços Públicos:

a) Sociedade de Economia Mista:

[...]

- Companhia Catarinense de Águas e Saneamento.

Impõe o Artigo 1.º do Decreto n.º SSP 30-4-71/58, que estabelece normas para a constituição da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Ato Constitutivo da Empresa)<sup>64</sup>:

---

<sup>62</sup> Há *outorga* quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, *por lei*, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há *delegação* quando o Estado transfere, *por contrato* (concessão ou consórcio público) ou *ato unilateral* (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal. A distinção entre *serviço outorgado* e *serviço delegado* é fundamental, porque aquele é transferido *por lei* e só *por lei* pode ser retirado ou modificado, e este tem apenas sua execução transpassada a terceiro, por *ato administrativo* (bilateral ou unilateral), pelo quê pode ser revogado, modificado e anulado, como o são os atos dessa natureza. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* p. 345.

<sup>63</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* p. 374.

<sup>64</sup> Publicado no *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Ano XXXVII, em Florianópolis, no 10 de maio de 1971. n.º 9.240.

Art. 1.º - A Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – “CASAN”, criada pela lei n.º 4.547, de 31 de dezembro de 1970, que dispõe sobre a Reforma Administrativa do Estado, deverá ser constituída sob a forma de sociedade de economia mista, por ações, destinada a coordenar o planejamento e executar, operar e explorar serviços públicos de esgotos e abastecimento de água potável, bem como realizar obras de saneamento básico, em convênio com municípios do Estado, respeitadas as disposições legais em vigor.

Parágrafo único – A Sociedade, que se regerá por seus Estatutos, terá sede e foro na Capital do Estado e funcionará por prazo indeterminado.

Não se pode esquecer que o serviço público de saneamento básico sob a titularidade municipal e prestado pela Casan – que é entidade da administração indireta criada pelo Estado de Santa Catarina, pela lei n.º 4.547/70 – é considerado, de caráter essencial<sup>65</sup>. Reiterando o que já foi dito no item 1.1 *in fine*, o Ministro José Delgado, relator do Conflito de Competência N.º 86.489 - SP (2007/0121948-5) do STJ.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup>Art. 30, V da CRFB/88.

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;

Como se observa, o inciso V estabelece ao Município a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, aí podendo ser incluído o fornecimento de água.

<sup>66</sup> EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE DIRETOR DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (SABESP). FORNECIMENTO DE ÁGUA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

[...]

2. O artigo 21 da Constituição Federal registra a competência administrativa da União, não se encontrando em seu rol a delegação do fornecimento de água à população.

3. O art. 30 da Constituição Federal, em seu inciso V, estabelece ao Município a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local.

[...]

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colaciona-se trecho do voto do Ministro José Delgado:

[...]

A descentralização administrativa tem por objetivo utilizar o modelo empresarial privado para melhor rendimento da atividade empresarial visando à satisfação dos usuários do serviço público. O fato de permitir a captação de capitais privados permite a colaboração desse setor com a direção da empresa. Como bem indica, nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles:

Conciliam-se, deste modo, a estrutura das empresas privadas com os objetivos de interesse público. Vivem, portanto, em simbiose, o empreendimento particular com o amparo estatal.<sup>67</sup> [...] A expressão “economia mista” tem sido entendida, restritamente, no sentido de conjugação de capitais públicos e privados para a consecução de fins de interesse coletivo, mas se nos afigura possível a constituição desse tipo de sociedade com participação estatal e particular de outra natureza que não a financeira. O essencial parece-nos ser a associação dos elementos do Estado com os do indivíduo, elementos, estes, que se podem traduzir tanto em participação pecuniária como técnica, administrativa, científica ou cultural.<sup>68</sup>

Marçal Justen Filho utiliza-se de definição legalista, para, em seguida, tecer sua própria definição sobre sociedade de economia mista:

Segundo o Decreto-lei n.º 200, sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto

---

Como se observa, o inciso V estabelece ao Município a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, aí podendo ser incluído o fornecimento de água.

Reporto-me às razões expostas pelo Juízo Federal suscitante, por tê-las como fundamento para decidir (fls. 35/36):

O serviço público de fornecimento de água é de natureza local, a ser executado diretamente pelos municípios, de forma direta ou mediante concessão (artigo 30, inciso V, da Constituição Federal), e não serviço público federal delegado, pois não está inserido no rol dos incisos I a XXV, do artigo 21 da Constituição Federal, que tratam da competência administrativa da União, não havendo o seu interesse na demanda.

<sup>67</sup> O que também pode vir a se tornar uma desvantagem, quando há conflito de interesses entre o interesse público e o lucro visado pelos particulares (ver item 2.1.2.1.).

<sup>68</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 374.

pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta”. (art. 5.º, III).

Prefere-se afirmar que *sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público*<sup>69</sup>. (grifo do autor).

É o que indica o Decreto n.º SSP – 30 – 4 – 71/58:

Art. 4.º - O capital inicial da Sociedade será, no mínimo, o correspondente ao valor dos bens e recursos referidos nas letras “a” e “b”, do artigo 5.º deste decreto, representado por ações ordinárias nominativas de Cr\$ 1,00 (um cruzeiro), das quais o Estado de Santa Catarina subscreverá, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento).

Parágrafo único – O capital da sociedade poderá ser aumentado a qualquer momento, facultado ao Estado de Santa Catarina transferir aos municípios catarinenses ou a outras entidades públicas, ações que lhe couberem, respeitada sempre a percentagem acionária mínima prevista no §1.º, do artigo 43, da lei 4.547, de 31 de dezembro de 1970.

Art. 5.º - A integralização pelo estado de sua parte no capital social da CASAN, obedecido ao disposto no § 2.º, do artigo 43, da lei 4.547, de 31 de dezembro de 1970, far-se-á com os seguintes recursos:

- a) transferência e incorporação de bens e imóveis, máquinas e equipamentos, direitos e ações, vinculados ao departamento Autônomo de Engenharia Sanitária (DAES) ou pertencentes ao patrimônio do Estado, em uso nos serviços de saneamento básico;
- b) transferência de recursos orçamentários;
- c) fundos especificamente destinados a CASAN;
- d) dotações e créditos que vierem a ser autorizados;
- e) doações ou contribuições de qualquer natureza.

---

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*. p. 121.

Parágrafo único – os bens, direitos e ações do Estado que não forem incorporados ou transferidos a CASAN, por ocasião de sua constituição, serão arrolados posteriormente para, nos termos da letra “b”, inciso IV, artigo 40, do decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, integralizarem o capital social pelo valor correspondente à sua avaliação.

O referido autor fragmenta a definição de sociedade de economia mista por ele exposta, examinando cada uma delas. Destaque para o ponto em que se refere ao controle da sociedade estatal. Cogita-se a não afirmação de que toda sociedade de economia mista tenha sócios privados. Nesse caso, a associação entre capitais públicos e privados é uma incógnita, que nem sempre é previsível por ocasião da outorga da autorização para constituição da sociedade. Ocorre que a participação de sócios privados pode nunca vir a ocorrer.

Segue-se, então, que não é o caso da Casan, uma vez que a Companhia é uma Sociedade Anônima aberta.

Entretanto, deve-se garantir que o poder de controle, quer seja o poder jurídico de determinar o destino da sociedade – que implica na eleição da maioria dos administradores da companhia – esteja submetido às diretivas e orientações do Estado. No que toca ao poder de controle da sociedade de economia mista, o professor entende que:

[...] não é incompatível com a noção de sociedade de economia mista que haja controle conjunto com sujeitos privados. Assim, é perfeitamente válido que o Estado promova acordo de acionistas com um ou mais particulares, disciplinando o exercício do direito de voto. O fundamental

será que esse acordo de acionistas não resulte na eliminação do poder de o Estado eleger a maioria dos diretores ou a imposição de orientação ao funcionamento dos órgãos societários.<sup>70</sup>

O Decreto dispõe sobre a administração da Casan nos arts.

6.º e 7.º:

Art. 6.º A sociedade será administrada por uma diretoria, cuja composição e atribuições serão definidas nos estatutos sociais.

Parágrafo 1.º - O presidente da sociedade, indicado pelo Secretário dos Serviços Públicos, será designado por ato do Chefe do Poder Executivo e homologado o seu nome pela assembléia geral de acionistas.

Parágrafo 2.º - A sociedade poderá ter outros órgãos, conforme definir nos estatutos, que deverão obedecer à forma prescrita pelo decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940.

Art. 7.º - O Secretário dos Serviços Públicos será o representante do Governo do Estado perante a Sociedade e em todos os seus atos constitutivos, nos termos do art. 25 da lei 4.547, de 31 de dezembro de 1970, e promoverá:

- a) avaliação dos bens, direitos e ações que integralizarão a parte do capital que vier a ser subscrito pelo Estado;
- b) elaboração dos estatutos sociais;
- c) transferência de bens e direitos do Departamento Autônomo de Engenharia Sanitária (DAES) à Sociedade.

Parágrafo único – À Secretaria dos Serviços Públicos (SSP) cabe fiscalizar o funcionamento da Sociedade e os serviços por ela prestados, na forma definida pelo artigo 25, da lei 4.547, de 31 de dezembro de 1970.

Reafirma-se, assim, que o ato constitutivo da Casan (SSP 30-4-71/58) foi redigido sob a vigência do Decreto-Lei n.º 2.627/40.

---

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 123.

Hodiernamente, sobreveio a Lei das S/A (Lei 6.404/76). No que diz respeito, reiterando as posições anteriormente firmadas sobre controle do Estado sobre a sociedade de economia mista, aponta-se as considerações de Marçal Justen Filho:

O poder de controle é definido pela Lei das S/A. Os arts. 116 e 243, § 3.º, formulam definições similares. Aquele artigo considera como acionista controlador “a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: *a)* é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e *b)* usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.<sup>71</sup>

Ainda na senda do Decreto instituidor da Casan, o art. 9.º

impõe:

Art. 9.º - Os servidores da Sociedade serão contratados sob o regime da legislação social e do trabalho, respeitada a situação funcional dos servidores do DAES, que poderão optar pela nova situação.

Extrai-se do dispositivo que os *servidores* – com o advento da CRFB/88 (art. 37, II) – agora empregados públicos, são *contratados sob o regime da legislação social e do trabalho*, ou seja, o regime contratual é regido pela CLT. No entanto, recebem um tratamento especial, por estabelecerem vínculo com Administração Pública Indireta. Nesse sentido aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2005. p. 122-123.

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.<sup>72</sup>

Percebidas as características essenciais da sociedade de economia mista Casan – examinadas as peculiaridades da administração, dos atos gerenciais, não esquecendo do regime jurídico para contratação de empregados públicos – presentes no Ato Constitutivo da Companhia (SSP 30-4-71/58), adentra-se no exame das normas aplicáveis ao convênio firmado entre o Estado, em que a Casan figura como interveniente, e o Município de Florianópolis.

### 3. O CONVÊNIO E O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

#### *3.1 A Lei de Concessões aplicada à prestação do serviço público de saneamento básico*

No capítulo anterior, quando se tratava da concessão às empresas estatais (item 2.1.2.2.), ao final, deixou-se para comentar em item

---

<sup>72</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 216.

específico a aplicação da Lei 8.987/95 à prestação do serviço público de saneamento básico pela Casan ao Município de Florianópolis.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro indaga a aplicação subsidiária da Lei das Concessões para empresas estatais:

Diante dessa realidade, ou seja, diante do fato incontestável de que inúmeras empresas estatais prestam serviços públicos que deveriam ser prestados por meio de concessão, qual o regime jurídico a que as mesmas se submetem?

Embora elas não prestem serviços delegados por meio de contrato de concessão, seu regime jurídico é, em sua maior parte, o mesmo a que se submetem as empresas concessionárias. Note-se que a própria Constituição de 1988, em sua redação original, referia-se ao ato de outorga como concessão, conforme se verifica pelo art. 21, inciso XI (que previa a exploração dos serviços telefônicos e outros mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal) e pelo art. 25 (que outorgava aos Estados a competência para explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado).<sup>73</sup>

A autora volta a criticar o problema da aplicação das normas referentes às empresas estatais prestadoras de serviço público, especialmente no que toca à falta de distinção de tratamento jurídico entre essas e as estatais que exercem atividade econômica (art. 173 da CRFB/88). As últimas desempenham atividade própria da iniciativa privada, que Estado só pode desempenhar quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a

---

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 6.<sup>a</sup> Ed., São Paulo, Jurídico Atlas, 2008. p. 55.

relevante interesse coletivo. Já, no que se refere às prestadoras de serviço público, dispara a autora:

Aliás, em matéria de entidades da Administração Indireta, em especial aquela com personalidade jurídica de direito privado, o constituinte brasileiro foi muito infeliz, porque, além de não distinguir as que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica com base no art. 173, ainda deu às mesmas um tratamento em quase tudo semelhante ao da Administração Direta, impondo-lhes uma forma de organização burocrática, inteiramente incompatível com o tipo de atividade que exercem, tirando-lhes a autonomia, a flexibilidade, a agilidade que constituem sua principal razão de existir; o resultado foi sua ineficiência que hoje se verifica na maior parte delas. Isto tudo para não falar na corrupção que o sistema instituído favorece em vez de impedir; o excesso de formalismo leva o administrador a buscar outros caminhos mais fáceis para alcançar os resultados pretendidos, nem sempre do interesse público.<sup>74</sup>

Com objetivo de restaurar os problemas indicados acima, a Emenda Constitucional 19/1998 impôs algumas mudanças constitucionais na Administração Pública direta e indireta. Entre elas, o princípio da eficiência no art. 37, cabeça, e a disposição dos convênios e consórcios públicos entre as diferentes entidades da Administração Pública direta (art. 241 CRFB/88). Como efeito, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento parece superar as intempéries legais que tendem a burocratizar as sociedades de economia mista, adequando-se rapidamente as novas configurações jurídico-administrativas estabelecidas.

---

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 56.

O Egrégio Tribunal de Santa Catarina tem aplicado subsidiariamente o regramento imposto às concessões de serviço público<sup>75</sup> ao vínculo jurídico entre a Casan e os Municípios, por força do disposto no art. 116<sup>76</sup> da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações). Segue trecho da apelação cível em mandado de segurança n. 2003.002046-2, da Capital, cujo relator foi o Desembargador Francisco Oliveira Filho, que discute a tarifa cobrada pela Casan:<sup>77</sup>

O egrégio Supremo Tribunal Federal, a respeito, decidiu: "As contraprestações cobradas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e esgotos (...) são preço público, pois nem toda contribuição por serviços prestados é taxa" (RE n. 54.491, Min. Hermes Lima). Da mesma toada, *mutatis mutandis*, veja-se o seguinte aresto, também do excelso Pretório: "Preço público. Essa a natureza jurídica da tarifa cobrada pelo fornecimento de água" (RE n. 77.162, Min. Leitão de Abreu). Perfilhando a mesma exegese, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em parecer elaborado sobre contrato celebrado entre SABESP e o Município de Avaré, no Estado de São Paulo, explica:

---

<sup>75</sup> 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Não se pode esquecer que aplica-se no que couber a Lei 8.987/95 ao serviço público prestado pela Casan.

<sup>76</sup> Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

<sup>77</sup> A tarifa é cobrada como contraprestação ao serviço público prestado por concessionária. Taxa, caráter de tributo, é cobrado pelo serviço público, aquele que deve ser prestado pelo Estado sem delegação a terceiros. Poder-se-ia ainda fazer uma distinção, na qual os serviços de água, por se tratar de serviço de utilidade pública, permitem sua cessão em caso de inadimplemento do usuário. Já o serviço de esgotamento, esse sim, serviço público, poderia ser considerada sua prestação por taxa, pois não há como cessá-lo. Entretanto, como a Casan presta serviço de águas e saneamento, entende-se que a contraprestação é feita por meio de tarifa, ou preço público, como bem indica o voto e decisões do STF (uma delas citada no voto).

"A meu ver, a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado. Porém, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa. Se a Constituição permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. Impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornaria inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

"Afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão" (referido no acórdão da ACMS n. 02.011371-4, da comarca da Capital, do qual foi relator o mesmo deste feito).

Há, porém, quem entenda que não se devam aplicar as regras contidas na Lei de Concessões à atribuição do serviço público de saneamento básico ao convênio firmado com empresas estatais<sup>78</sup>. De qualquer forma, a aplicação da Lei de Concessões não implica afirmar que o convênio tem a mesma natureza de contrato administrativo.

---

<sup>78</sup> O princípio da Federação impede a aplicação das regras peculiares à concessão. Não se poderia admitir que um Município, concedente de serviço público a uma empresa pública federal, promovesse a intervenção na entidade. O exercício desse poder seria inerente ao contrato de concessão, mas representaria forma indireta de intervenção do Município na União, incompatível com a Constituição. Retirado de Parecer do mesmo autor sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. p. 58. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008.

### 3.2. *Convênios administrativos*

Entende Hely Lopes Meirelles que os convênios administrativos são:

[...] acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.<sup>79</sup>

Distingue, ainda, convênio de contrato, pois neste as partes têm interesses diversos e opostos, enquanto que naquele os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Explica o autor:

Por outras palavras: no *contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.<sup>80</sup>

Diógenes Gasparini coloca que os administrativistas, calcados em regras do Direito Positivo anterior a 1988, têm definido o convênio como sendo...

---

<sup>79</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34.<sup>a</sup> Ed., atualizada por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2008. p. 412.

<sup>80</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*. p. 412.

[...] ajuste administrativo, celebrado por pessoas públicas de qualquer espécie ou realizado por essas pessoas e outras de natureza privada, para a consecução de objetivos de interesse comum dos convenentes.<sup>81</sup>

O mesmo autor afirma que dos convênios podem participar pessoas públicas de qualquer espécie (União e Estado Federado, Município e Estado-Membro, União, Distrito Federal e Estado-Membro) ou podem participar qualquer dessas pessoas (União, Município) e pessoas privadas, quer sejam físicas (homem, mulher), quer sejam jurídicas (sociedade mercantil, fundação). Não há necessidade de que tais pessoas sejam da mesma espécie ou que todas sejam públicas. Todavia, postula o autor que:

[...] dada a natureza administrativa que encerram, é indispensável que, no mínimo, um dos partícipes seja pessoa pública. Desse modo, não seriam convênios administrativos se todos seus convenentes fossem pessoas privadas. Alerta-se que dele só podem participar pessoas. É nulo o convênio celebrado por órgãos do convenente, como são os Ministérios, no âmbito federal, e as Secretarias, no estadual, distrital ou municipal<sup>82</sup>.

Percebe-se que o atual convênio<sup>83</sup> entre o Estado de Santa Catarina, como interveniente a Casan, e o Município de Florianópolis, observa

---

<sup>81</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9.<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada. São Paulo, Saraiva. 2004. p. 398-399.

<sup>82</sup> GASPARINI, Diogenes. *op. cit.* p. 399.

<sup>83</sup> Cabe fazer uma observação quanto ao convênio anterior firmado em 1977 entre o Município de Florianópolis e a própria Casan, não como interveniente do Estado. Na cláusula primeira assim disposta: “CLÁUSULA PRIMEIRA – A PREFEITURA **outorga (grifo nosso)** com exclusividade à CASAN, a concessão para exploração, ampliação e implantação dos serviços públicos de abastecimento de água e coleta e disposição de esgotos sanitários.” Fato é que, como indicado em nota de rodapé n.º 64, não se trata de outorga, mas sim atribuição (delegação) dos serviços públicos, uma vez que não há lei municipal outorgando o serviço público de saneamento básico à Casan. O ideal seria não usar nenhuma das denominações, pois o convênio é entendido como comunhão de vontades para um interesse comum dispensa licitação e lei para ser firmado.

as seguintes disposições, em acordo com o disposto no art. 23, parágrafo único e com a Emenda Constitucional n.º 19/1998 o art. 241<sup>84</sup> da CRFB/88.

Dispõe o preâmbulo do convênio:

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO PARA GESTÃO  
ASSOCIADA EM SANEAMENTO BÁSICO<sup>85</sup>

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO PARA GESTÃO  
ASSOCIADA EM SERVIÇOS DE SANEAMENTO  
BÁSICO QUE ENTRE SI CELEBRAM O  
MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS E O ESTADO  
DE SANTA CATARINA, COM A  
INTERVENIÊNCIA DA COMPANHIA DE  
SANEAMENTO – CASAN.

**O MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede a Rua Tenente Silveira n.º 60, Centro e inscrição no CNPJ/MF sob n.º 82.892.282/0001-43, neste ato representado pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito **DARIO ELIAS BERGER**, doravante denominado **MUNICÍPIO** e o **ESTADO DE SANTA CATARINA**, pessoa jurídica de direito

---

<sup>84</sup> Percebe-se que a Constituição de 1988 não havia recepcionado o art. 13, §3.º da Constituição de 67, porém o art. 23, parágrafo único já possibilitava a interpretação de que poderia haver convênios de cooperação entre as diferentes entidades da Administração Pública com finalidades e interesses do bem comum. Com a Emenda Constitucional n.º 19/98 – o chamado “Emenda” – os convênios foram explicitamente dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil. Sobre isso, dispõem respectivamente os art. 13, §3.º da CRFB/67, art. 27, parágrafo único e art 241.

Art 13 - Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

[...]

§ 3º - Para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios.

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

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>85</sup> As informações transcritas no presente trabalho têm como fonte cópia do convênio original em anexo.

público interno, com sede na Rod. SC 401 n.º 4600, bairro Saco Grande, Florianópolis e inscrição no CNPJ/MF 80.460.835/0001-63, neste ato representado pelo Excelentíssimo Senhor Governador **LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA**, doravante denominado **ESTADO**, participando como interessada interveniente a **COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO – CASAN**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 82.508.433/0001-17, representada pelo seu Diretor-Presidente Sr. **WALMOR PAULO DE LUCA**, doravante denominada **CASAN**, resolvem, de **comum acordo**, celebrar o presente **CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO PARA GESTÃO ASSOCIADA** nos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, no âmbito do território do **MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS**:

O convênio não adquire personalidade jurídica, não podendo ser tido como pessoa. A execução do convênio fica sob a responsabilidade dos partícipes ou de uma comissão executiva, que atuará nos termos e condições do convênio, mas sempre em nome dos partícipes (O Município e o Estado, por meio da Casan). Pode, porém, firmar o convênio com simples pacto de cooperação, ao lado de uma pessoa jurídica que lhe dará execução, exercendo direitos e contraindo obrigações em nome próprio. Diogenes Gasparini adverte que há maior coerência quando a empresa já está instituída<sup>86</sup> – que é o caso da Casan, que faz as vezes do Estado de Santa Catarina na relação entre este e o Município – para cuidar dos interesses dos convenentes.

---

<sup>86</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 2004. p. 401.

A partir daqui, examinar-se-ão os pressupostos legais que deram origem ao convênio entre o Estado (Casan interveniente) e o Município de Florianópolis.

**CONSIDERANDO:**

- (i) as características e necessidades técnicas, sociais e econômicas dos sistemas e serviços de saneamento básico do MUNICÍPIO, em especial a necessidade do planejamento e do equilíbrio econômico e financeiro da prestação;
- (ii) o disposto na Lei Municipal<sup>87</sup> que autorizará a titularidade do exercício dessas atividades conjuntamente com o ESTADO DE SANTA CATARINA, na forma de GESTÃO ASSOCIADA COMO PREVISTO NA Lei Federal n.º 11.445;
- (iii) o relevante interesse do MUNICÍPIO na integração e no compartilhamento do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços de saneamento executados em sua circunscrição territorial com aqueles prestados pelo ESTADO, por meio da COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO – CASAN;
- (iv) o disposto no art. 241 da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, os arts. 13 e 17 da Lei Federal n.º 11.107, de 06 de abril de 2005 e o art. 24, inc. XXVI da Lei Federal n.º 8.666/93;
- (v) os termos da Lei Estadual n.º 4.547/1970, que criou a COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO – CASAN, e autorizou o Poder Executivo Estadual a ela delegar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no ESTADO DE SANTA CATARINA, como também a Lei da Reforma Administrativa n.º 381 de 07 de maio de 2007<sup>88</sup>;
- (vi) os termos da Lei Orgânica do Município concernentes à política de saneamento básico;

---

<sup>87</sup> Referida Lei Municipal ainda não foi aprovada.

<sup>88</sup> Ver comentários do item 2.2. (Sociedade de Economia Mista e Casan)

(vii) os termos da Lei Estadual n.º 13.517/2005, que cria a política estadual de saneamento e define a correspondente política tarifária para o saneamento básico.

(viii) O Contrato de Programa que será celebrado entre CASAN e o MUNICÍPIO que deverá ser anexado ao presente Convênio;

Resolvem firmar o presente **CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO PARA GESTÃO ASSOCIADA**, que se regerá pelas disposições legais atinentes à matéria e pelas cláusulas e condições a seguir estipuladas:

### *3.2. Contrato de programa, convênio e dispensa de licitação*

Lei 11.107/05 acresceu nova hipótese de dispensa de licitação, disposta no inciso XXVI ao art. 24, da Lei 8.666/93:

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;

Marçal Justen Filho leciona que a gestão associada, viabilizada pelo contrato de programa, configura-se naqueles casos em que a prestação do serviço público se faz por atuação conjunta dos diversos entes

federativos, em vista da existência de interesses comuns e, como no caso da prestação de serviço público de saneamento básico, indissociáveis. Postula o autor sobre contrato de programa:

O contrato de programa confunde-se, sob um certo prisma, com a concessão imprópria por convênio, cuja existência sempre foi defendida por este autor. Sempre se defendeu a proposta de que não existe concessão de serviço público em sentido próprio quando se produz a transferência da prestação do serviço público para um sujeito estatal<sup>89</sup> formado pela conjugação de esforços de diversos entes estatais – sendo o exemplo clássico o do saneamento básico assumido por empresas estaduais.<sup>90</sup>

Prossegue o autor afirmando que:

O contrato de programa aproxima-se a uma modalidade de convênio, por meio do qual se produz um instrumento de conjugação de esforços e recursos por entes federativos diversos, tendo por objeto a atribuição ao consórcio ou aos contratantes de direitos e obrigações atinentes à gestão associada de serviços públicos. Logo e rigorosamente, a hipótese seria de inexigibilidade de licitação. No entanto, o legislador federal preferiu qualificar o caso como de dispensa, para eliminar qualquer margem de dúvida. Aliás, a preocupação do legislador foi tão intensa que não apenas introduziu um inciso específico no art. 24 da Lei n.º 8.666, mas também previu regra genérica no corpo do próprio diploma.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Em suma, quando há prestação de serviço público mediante entidade da Administração indireta não há exercício de atividade econômica em sentido estrito, nem há concessão, nem se aplica (de regra) a obrigatoriedade da submissão da atividade ao regime de direito privado. [...] A não configuração de uma concessão conduz à ausência de obrigatoriedade de licitação para atribuição de serviços públicos a ente integrante da Administração Pública – que atue como tal. Retirado de Parecer de Marçal Justen Filho sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. p. 59-60. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.ª Ed. São Paulo, Ed. Dialética. 2008. p. 335.

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *ob. cit.* p. 335.

Há que se concluir, portanto, que se dispensou – ou conforme a possibilidade proposta pelo autor de ser o certame inexigível – a licitação pela *ausência de potencialidade de benefício*<sup>92</sup> entendida como a falta de interesse público em promover um procedimento tanto quanto custoso a Administração Pública. O certame pressupõe vantagem futura para quem produziu uma série de atos para sua realização.

Sua dispensa caracteriza a falta desses benefícios futuros, caso a licitação fosse realizada, até porque o convênio firmado anteriormente já tinha sido vantajoso para a entidade federativa, no caso, o Município. No que dispõe o inciso XXVI do art. 24 da Lei 8.666/93, não há que se pensar que a hipótese de comunhão das entidades para prestação de serviço público de saneamento básico<sup>93</sup>, notadamente de interesse comuns a essas entidades e ao utentes do serviço, fira o princípio da isonomia, ou ainda do interesse público.

Define os contratos de programa Maria Sylvia Zanella Di

Pietro:

---

<sup>92</sup> A invocação do “interesse público” não afasta a relevância ao tratamento igualitário a todos os administrados. Não há como justificar que, estando subordinada a realizar interesses indisponíveis e a obedecer ao princípio da isonomia, a Administração efetive contratação abusiva. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.<sup>a</sup> Ed. São Paulo, Ed. Dialética. 2008. p. 288.

<sup>93</sup> Concessão imprópria e ausência de licitação. É necessário acrescentar que a atribuição do serviço público a entidade da Administração indireta não se sujeita ao princípio da isonomia com os particulares, exercentes de atividade econômica, e não exige prévia licitação. Retirado de Parecer do mesmo autor sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. p. 59. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008.

A expressão *contratos de programa*, no âmbito do direito administrativo, costuma ser utilizada no mesmo sentido em que se fala em contrato de gestão, ambos fundamentados no art. 37, § 8.º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Agora, na Lei n.º 11.707, a expressão está utilizada com outro sentido, que bastante se aproxima da própria noção de convênio e que nada tem a ver com a norma do referido dispositivo constitucional<sup>94</sup>.

O art. 4.º, XI, “d”<sup>95</sup>, dispõe inicialmente sobre contrato de programa. Adiante é previsto no art. 13 da Lei 11.107/05<sup>96</sup> como instrumento a

---

<sup>94</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 6.ª Ed. São Paulo, Jurídico Atlas, 2008. p. 245.

<sup>95</sup> Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

[...]

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

[...]

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

<sup>96</sup> Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

ser utilizado para a constituição e regulação da comunhão entre os entes federativos, para prestação de serviços públicos.

Ao tratar do contrato de programa como regulador da prestação de serviços públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro tece algumas críticas:

É incompreensível que o art. 13, §1.º, determine que o contrato de programa deve obediência “à legislação de concessões, e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados”. É difícil imaginar que um ente Federativo assuma a posição de concessionário em relação a outro ente Federativo. Quando muito, pode ocorrer que entidade da Administração Indireta vinculada a um ente Federativo (uma sociedade de economia mista ou empresa pública, por exemplo) assuma, como concessionária, a prestação de serviço público de que é titular determinado ente federativo. Isto já ocorre. É o caso da SABESP, comumente contratada por municípios para a prestação de serviços públicos de saneamento.<sup>97</sup>

Conclui a autora que, para gestão associada de serviços públicos existem várias possibilidades, dentre elas, o convênio de cooperação e o contrato de programa, que pode estar vinculado a um convênio de cooperação. Pode ainda ser, independentemente de qualquer outro tipo de ajuste, ser celebrado diretamente entre um ente federativo com entidade da Administração Indireta de outro ente federativo. Em se tratando do convênio entre os entes federativos e a Casan, o contrato de programa é estipulado

---

§ 7º Excluem-se do previsto no caput deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.

<sup>97</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. p. 247.

como pressuposto legal para a execução daquele; portanto, contrato de programa vinculado a um convênio de cooperação.

Com efeito, e como já foi dito, a SABESP e a Casan são casos análogos. Como observado anteriormente, o Tribunal catarinense tem aplicado a legislação referente às concessões ao convênio entre Município, Estado e Casan.

### *3.3. A questão da titularidade da prestação do serviço público de saneamento básico*

Segue-se a análise do convênio:

#### **CLÁUSULA PRIMERA: DO OBJETO**

O presente CONVÊNIO tem por objeto o compartilhamento da titularidade para prestação dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO SANITÁRIO no MUNICÍPIO.

O art. 8.º da Lei 11.445/07 dispõe:

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 11.107, de 6 de abril de 2005.

Percebe-se que a lei não menciona que apenas um ente federativo detenha a titularidade dos serviços públicos de saneamento. Em geral, há um consenso de que a titularidade pertence aos municípios, por se tratar de serviço público de interesse local (art. 30, V, da CRFB/88).

Toshio Mukai é enfático ao entender – mesmo diante da lacuna deixada pelo legislador quanto à titularidade do serviço público – que não há necessidade de polêmicas, uma vez que, pela interpretação sistemática constitucional, chega-se à conclusão de que a titularidade dos serviços pertence ao Município<sup>98</sup>, mesmo nas regiões metropolitanas.<sup>99</sup> Resume o autor a sistemática constitucional:

Veja-se como se chega a essa conclusão natural. Em primeiro lugar, a presente lei é fundada na competência da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX, da CRFB/88). Portanto a presente Lei deve contemplar apenas diretrizes sobre saneamento básico.

O art. 23, que trata da competência comum, dispõe que compete à união, Estados, distrito Federal e Municípios, “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX, da CRFB/88).<sup>100</sup>

Ressalta ainda:

---

<sup>98</sup> **Art. 3º** Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;

<sup>99</sup> MUKAI, Toshio. *Do Exercício da Titularidade* – Capítulo III. In: MUKAI, Toshio (org.). *Saneamento Básico – Diretrizes Gerais*. Comentários à Lei 11.445 de 2007. Co-autores. MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho; BOTREL, Karla; MACIEL, Luciana de Campos; LOMAR, Paulo José Villela, MUKAI, Sylvio Toshio; MUKAI, Toshio. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. p. 37.

<sup>100</sup> MUKAI, Toshio (org.). *op. cit.* p. 37.

Ora, essa competência só pode ser exercitada a título de cooperação entre essas entidades públicas, tendo em vista que o parágrafo único do mencionado dispositivo dispõe que Lei Complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o distrito federal e os Municípios, desde que seja sempre visado o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.<sup>101</sup>

Para concluir:

Com essa política de não fixar a titularidade dos serviços de saneamento básico, o legislador andou bem, porque essa questão é de natureza constitucional. Não é tarefa do legislador infra-constitucional determinar a distribuição de competências para a prestação dos serviços públicos.<sup>102</sup>

Porém, como afirma o autor, com base na lei, que o legislador deixa a entender que a intenção é de exercer a comunhão de esforços para a prestação do serviço público de saneamento básico.

Tal identificação da entidade federativa municipal como titular exclusiva dos serviços de saneamento básico se justifica<sup>103</sup> pelo fato de que, na maior parte dos casos, o fornecimento de água tratada, a coleta de dejetos sólidos e líquidos e outras atividades relacionadas envolviam encargos de interesse somente cabíveis aos Municípios. No entanto, a complexidade do serviço público de saneamento básico não envolve somente serviços de interesses locais e, sim, serviços cujo âmbito extrapolam a esfera municipal, especialmente na preservação e manutenção dos recursos hídricos.

---

<sup>101</sup> MUKAI, Toshio (org.). *Idem*. p. 37.

<sup>102</sup> MUKAI, Toshio (org.). *op. cit.* 2007. p. 38.

<sup>103</sup> Nesse sentido, o agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 26-1 Pernambuco, de 15/03/2006, em que o ministro relator Eros Grau afirma categoricamente que o serviço público de águas e esgotamento é de competência do Município, com supedâneo legal no art. 30, V, da CRFB/88.

Há que se aceitar, portanto, uma mudança no panorama dos serviços públicos de saneamento básico. É o entendimento de Marçal Justen Filho, que propõe uma seqüência de argumentos, primeiro, interpretando o serviço público de saneamento como direito fundamental, em seguida, conduzindo a titularidade conjunta dos entes federativos, para então expor novas considerações sobre o conceito de interesse local. Como salienta o autor sobre a competência privativa dos Municípios e sobre os argumentos supracitados:

[...] esse enfoque não pode ser aceito em vista de argumentos de três ordens distintas.

Em primeiro lugar, os serviços de saneamento básico têm direta pertinência com os direitos fundamentais, o que impede a restringir a titularidade desses serviços exclusivamente a uma categoria de entes federativos.

Em segundo lugar, a própria Constituição Federal reservou competências explícitas para União e Estados atuarem no setor de saneamento básico.

Por fim, é muito freqüente que a prestação dos serviços relacionados ao saneamento básico produza a superação dos limites do interesse local.<sup>104</sup>

Nas palavras do autor do primeiro argumento pode-se dizer que o saneamento básico:

[...] é indispensável para assegurar o prolongamento da existência humana e a redução das doenças e outros sofrimentos materiais e psicológicos, resulta inquestionável que os direitos fundamentais compreendem a existência de condições saudáveis de meio-ambiente.

---

<sup>104</sup> Retirado de Parecer de Marçal Justen Filho sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. p. 16. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008.

A universalização dos serviços relacionados ao saneamento básico é um compromisso com a Nação brasileira, cuja implementação envolve todas as esferas federativas. Aliás, até se pode invocar uma passagem do STJ, em julgado que concluiu pela compulsoriedade dos serviços de coleta de lixo. “Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais” (RESP n.º 575.998-MG).<sup>105</sup>

Faz-se necessário reconhecer que são essenciais e indispensáveis à dignidade humana condições satisfatórias do saneamento básico, elevando-o a um direito fundamental. A partir daí, são pertinentes os esforços federal e estadual em investir no âmbito municipal, suprindo as carências do setor. É o que aponta Marçal Justen Filho:

Trata-se de incluir a promoção do saneamento básico como um compromisso da Nação brasileira, abrangido nos arts. 1.º, inc. III; 3.º, incs. II e IV, da CRFB/88. Mais ainda, trata-se de um dever do Estado brasileiro, que recai sobre todas as manifestações político-organizacionais: União, Estados e Distrito Federal e Municípios.

[...] Aliás, a captação de empréstimos e recursos estrangeiros demanda a participação da União e dos Estados.

Isso não equivale a afirmar que a titularidade dos serviços de saneamento seja diretamente da união ou dos Estados. O que se afirma é que o saneamento básico envolve questões de diversa ordem, que ultrapassam os limites do interesse local.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. p. 18.

<sup>106</sup> Retirado de Parecer de Marçal Justen Filho sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. p. 19. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008.

Conclui o administrativista, nesse primeiro argumento, que os dispositivos constitucionais indicando certa competência de um ente federativo não excluem as competências dos demais entes, ou seja, é uma competência concorrente entre União, Estados e Municípios, cabendo aos dois primeiros assumirem uma parcela relevante dos encargos correspondentes, mesmo que não seja de sua competência direta prover diretamente o serviço em favor dos utentes.

Quanto ao segundo argumento a própria Constituição atribui à União, aos Estados e Municípios, no art. 23, prevendo a competência comum para cuidar da saúde e assistência pública, para cuidar das florestas, fauna e flora, para proteger o meio-ambiente contra a poluição e para acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos e minerais.

Como o próprio Marçal Justen Filho coloca:

Os interesses envolvem necessidades, as quais não se referem direta e imediatamente a uma circunstância geográfica. Basta considerar, por exemplo, o serviço público de cunho educacional. É impossível reconhecer um interesse público delimitável espacialmente. Não é casual a existência de instituições federais, estaduais e municipais, refletindo a pluridimensionalidade do interesse, mesmo sob o prisma geográfico.<sup>107</sup>

No terceiro argumento, pode-se levantar que o critério geográfico é difícil de ser estabelecido, uma vez que interesses locais podem

---

<sup>107</sup> Retirado de Parecer de Marçal Justen Filho sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. p. 23. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008.

ser de mais de um Município. Além do que, o critério de titularidade de bens, que considera titular de um serviço aquele que é titular de seu domínio, indica que as águas são de propriedade dos Estados, ressalvadas aquelas de titularidade da União. Enfim, todos os argumentos conduzem a um entendimento de que se deve considerar não mais apenas o Município como titular do serviço público de saneamento e, sim, pensar em uma competência comum aos entes federativos, atuando em cooperação para consecução dos interesses da coletividade.

O referido convênio entre os entes federativos e a Casan como interveniente dispõe o seguinte sobre o planejamento, regulação e fiscalização:

#### **CLÁUSULA SEGUNDA: DO PLANEJAMENTO<sup>108</sup>**

---

<sup>108</sup>Art. 19 da Lei 11.445/07. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV - ações para emergências e contingências;

V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

§ 1º Os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

§ 2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares.

§ 3º Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

§ 4º Os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual.

§ 5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentam, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

§ 6º A delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento básico em vigor à época da delegação.

§ 7º Quando envolverem serviços regionalizados, os planos de saneamento básico devem ser editados em conformidade com o estabelecido no art. 14 desta Lei.

A prestação dos serviços de saneamento básico observará o PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO a ser elaborado para o MUNICÍPIO, o qual visará à realização de sua adequada prestação e gradual expansão.

Parágrafo 1.º - As metas iniciais dos serviços de saneamento básico são aquelas estabelecidas neste Convênio, firmado entre o MUNICÍPIO, o ESTADO e a CASAN

Parágrafo 2.º - As eventuais revisões e ajustes das metas iniciais dos serviços deverão constar do PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO que assegurará a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do sistema.

Parágrafo 3.º - Sempre que alterações no ordenamento territorial implicar em necessidades de revisão do PLANEJAMENTO dos serviços, o MUNICÍPIO deve informar ao ESTADO, através da CASAN, e ambos, de comum acordo, poderão alterar àquelas metas, observando-se a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços.

### **CLÁUSULA TERCEIRA – DA REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO**

O exercício das funções de regulação e de fiscalização da prestação dos serviços de saneamento básico será definido pelo MUNICÍPIO, que observará o conjunto das medidas legais, contratuais e regulamentares que regem esta parceria.

Parágrafo 1.º - Enquanto não houver os regulamentos específicos, ficam mantidas as tarifas relativas aos serviços de água e esgotos sanitários paliçadas pela CASAN em todo o Estado de Santa Catarina, que poderão ser reajustadas anualmente, pelos índices de correção setoriais, sem prejuízo da aplicação do Decreto Estadual n.º 3.557/93.

Parágrafo 2.º - Até a completa adaptação à Lei Federal n.º 11.445/07, o que deverá se dar no prazo máximo de 18 (dezoito) meses, permanece em uso o Regulamento dos Serviços de Água e Esgotos Sanitários, atualmente utilizados pela CASAN no MUNICÍPIO.

---

§ 8º Exceto quando regional, o plano de saneamento básico deverá englobar integralmente o território do ente da Federação que o elaborou.

Parágrafo 3.º - As alterações nas normas legais poderão ensejar revisão do Contrato de Programa, que será assinado 90 dias após a aprovação do PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO, assim como de suas metas, visando à adequada e eficiente prestação dos serviços de saneamento básico e à preservação de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Parágrafo 4.º - O MUNICÍPIO deverá criar o Conselho Municipal de Saneamento Básico, de caráter consultivo, nos termos do art. 47 da Lei n.º 11.445/07, visando a promoção do controle social.

Parágrafo 5.º - A tarifa dos sistemas, objeto desta parceria, deverá garantir a sua sustentabilidade, inclusive quanto aos investimentos e sua manutenção.

### *3.4. Regulação e fiscalização do serviço público de saneamento básico*

Sylvio Toshio Mukai, ao dissertar sobre a problemática do setor de saneamento básico no país, salienta que a demanda municipal – o ente competente constitucionalmente para tratar da temática referida – é muito restrita para a demanda populacional<sup>109</sup>.

Sobre a regulação da prestação de serviço público de saneamento básico, deve-se comentar que o órgão fiscalizador deve manter a independência decisória, pois, caso a entidade esteja vinculada à entidade federativa que participe da prestação, as decisões podem ser afetadas. Caso a independência decisória do órgão fiscalizador não seja cumprida, corre-se o risco de não haver aplicação das características essenciais da atividade, a

---

<sup>109</sup> MUKAI, Sylvio Toshio. *Da Regulação* – Capítulo V. In: MUKAI, Toshio (org.). *Saneamento Básico – Diretrizes Gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007*. Co-autores. MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho; BOTREL, Karla; MACIEL, Luciana de Campos; LOMAR, Paulo José Villela, MUKAI, Sylvio Toshio; MUKAI, Toshio. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. p. 59.

saber – transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade – uma vez que estariam sujeitas às ingerências dos atores políticos. O autor comenta o art. 21 da Lei 11.445/07:

A regulação no serviço público de saneamento básico atenderá aos seguintes princípios básicos previstos nos incisos I e II do artigo 21 da Lei Geral que trata do referido serviço, como se observa:

*Art. 21. O exercício da função regulatória atenderá aos seguintes princípios:*

*I – independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;*

*II – transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.*

O primeiro princípio está claramente ligado à idéia de que a função regulatória deve ser independente de ingerências políticas advindas dos Poderes do Estado, em especial do Executivo, mas, também do Legislativo.<sup>110</sup>

Nessa vereda, o autor coloca que a independência funcional do órgão regulador fica carente de definição legal, pois, como está expressa no texto, figura apenas como uma expressão principiológica sem elementos definidores. Para Sylvio Toshio Mukai, isso se deve ao fato de que:

[...] lei federal não poderia ditar a outros entes da Federação como deveria ser instituído determinado órgão integrante de sua administração, já que apesar de autônomo, o órgão regulador tem ligações orgânicas com o titular do serviço, mesmo que este delegue a outros entes ou para entidades reguladoras determinadas funções inerentes à titularidade, o que é permitido por disposições contidas na lei ora em comento<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> MUKAI, Toshio (org.). *Idem*. p. 59-60.

<sup>111</sup> MUKAI, Toshio (org.). *op. cit.* p. 60.

Chega o autor a um consenso de que somente por definição de um mandato para seus dirigentes é que a autonomia de entidades reguladoras em face dos Poderes constituídos do Estado seria concretizada. Quanto à função regulatória, em um setor que é praticamente monopolista, comenta:

[...]

Neste caso a regulação já foi inserida muito mais em um contexto de garantia do cumprimento dos contratos do que propriamente para atender sua característica essencial, que é a de ser uma resposta a uma demanda da sociedade para a correção das imperfeições práticas de um determinado mercado e de suas externalidades<sup>112</sup>.

A natureza do serviço público de saneamento básico – que caracteriza um monopólio natural, devido aos custos elevados de sua prestação – dificulta a possibilidade de se introduzir um compartilhamento de redes, espantando, portanto, o modelo concorrencial. Não se pode falar, por conseguinte, em mercado se não existe de fato uma concorrência entre os entes que atuam em uma certa atividade econômica. Comenta Sylvio Toshio Mukai:

Neste sentido, fica claro que a regulação do setor de saneamento básico foi introduzida muito mais para dar segurança àqueles que exercerão tal atividade do que para a correção de práticas imperfeitas do setor em questão<sup>113</sup>.

Como disposto no parágrafo 4.º da Cláusula Terceira do Convênio entre as entidades federativas e a Casan, compete ao Município criar

---

<sup>112</sup> MUKAI, Toshio (org.). *Idem.* p. 62.

<sup>113</sup> MUKAI, Toshio (org.). *Idem.* p. 62.

o Conselho Municipal de Saneamento Básico, de caráter consultivo e também *regulatório*<sup>114</sup>.

Prossegue o convênio discorrendo sobre as atribuições, prazo e extinção:

#### **CLÁUSULA QUARTA: DAS ATRIBUIÇÕES<sup>115</sup>**

As atribuições de um convênio se aproximam das obrigações dispostas em um contrato, especialmente no tocante às atribuições quanto ao repasse de verbas do ente da administração indireta (Casan) para o Município de Florianópolis e às obras de caráter prioritário. Embora caracterizada a pactuação para finalidade comum (o Fundo Municipal de Saneamento), o descumprimento dessas e das demais atribuições dispostas no convênio implica na possibilidade de extinção do mesmo.

Para a consecução do objeto pactuado neste instrumento, além das demais cláusulas deste CONVÊNIO, compete:

Parágrafo 1.º Ao **MUNICÍPIO**:

[...]

Parágrafo 2.º - AO ESTADO, através da **CASAN**:

[...]

#### **CLÁUSULA QUINTA: DO PRAZO**

O prazo de vigência deste CONVÊNIO é de 20 (vinte) anos, contados da data de sua assinatura, admitindo-se prorrogação.

#### **CLÁUSULA SEXTA: DA EXTINÇÃO DO CONVÊNIO**

---

<sup>114</sup> A regulação de que trata esse item está definida no Capítulo V da Lei 11.445/07, em seus arts. 21 a 27, sendo que o art. 28 foi vetado.

<sup>115</sup> Por serem em grande número as atribuições de cada ente administrativo, preferiu-se não as transcrever, deixando-as anexadas ao presente trabalho.

O presente CONVÊNIO será EXTINTO, exclusivamente, nas seguintes hipóteses:

I – Pelo MUNICÍPIO, unilateralmente, através de denúncia fundamentada e motivada, sempre que o relevante interesse público o autorize em caso de risco na descontinuidade da prestação dos serviços;

II – Advento do Termo Final do prazo do CONVÊNIO, sem que haja prorrogação pactuada entre as PARTES;

III – Pelo descumprimento de quaisquer dos itens relacionados no parágrafo 2.º da Cláusula Quarta.

Em qualquer hipótese, a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

O pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outro títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

Foram analisadas neste terceiro capítulo as principais cláusulas do convênio entre o Município de Florianópolis, a Casan como interveniente e o Estado de Santa Catarina. Constatou-se que o convênio adequou-se ou irá adequar-se (no caso das exigências da Lei 11.445/07) as regulamentações legais exigidas (art. 24, XXVI, da Lei 8.666/93, art. 13 da Lei 11.107/05 e especialmente os arts. 23 e art. 241 da CRFB/88), no que diz

respeito à participação dos entes federativos, Município e Estado na prestação do serviço público de saneamento básico.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurou-se traçar algumas considerações sobre a prestação do serviço público de saneamento básico pela sociedade de economia mista estadual Casan, diante das novas configurações administrativas provocadas pela Emenda Constitucional 19/98 e pela Lei 11.445/07 que estabelece novas regras para o setor de saneamento básico.

É claro que, para tal intento, foi necessário observar outros importantes institutos do direito administrativo, tais como: conceito de serviço público, serviço público e atividade econômica estatal, concessões, licitação e sua dispensa, convênios e atividade de fiscalização e regulação pela administração pública. Tudo isso, acompanhado paralelamente à consulta das diferentes opiniões doutrinárias e de jurisprudência.

Saindo um pouco dos moldes acadêmicos que, via de regra restringem os trabalhos acadêmicos, o trabalho aqui desenvolvido procurou equilibrar tanto a parte teórica como a prática, que, ao nosso entender, deve ser elevada ao mesmo patamar que o conhecimento doutrinário.

Por esse motivo, observa-se no primeiro capítulo um foco teórico-conceitual, no segundo capítulo um misto entre teoria e prática, resultando no terceiro, praticamente de análise prática.

A conceituação de serviço público e do histórico das concessões (aqui entendida como delegação do serviço público), a análise da

sociedade de economia mista Casan, por seu ato constitutivo, e, principalmente, no estudo das principais cláusulas e pressupostos legais do convênio entre os entes federativos e a entidade da administração pública indireta estadual atuando como interveniente, levaram a uma coesão teórico-prática de muitos aspectos – porém não todos, uma vez que a pesquisa não tinha a pretensão de exaurir o tema – sobre a prestação do serviço público de saneamento básico pela Casan ao Município de Florianópolis.

No primeiro capítulo, em um primeiro momento buscou-se a definição de serviço público. Pôde-se observar que há duas correntes do serviço público. A primeira, o conceito amplo, representado por Hely Lopes Meirelles, nos trouxe uma visão de que são serviços públicos todas as atividades praticadas pela administração.

Hely Lopes Meirelles já restringe em parte o conceito, porém foi em Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro que se encontrou a restrição do serviço público, que implicam atividades praticadas pela administração que têm a oferecer utilidade e ou comodidade, fruíveis singularmente (na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello) aos administrados.

No mesmo capítulo, após analisar as diferentes conceituações de serviço público, passou-se a elencar os elementos do serviço público, calcado na obra de Hely Lopes Meirelles. A classificação adotada pelo administrativista praticamente orienta toda a doutrina pesquisada, valendo-se a

ressalva exposta no trabalho quanto ao serviço público prestado por empresa estatal que pratica atividade comercial e industrial. Nestas, as regras de direito público se aplicam, mesmo sendo elas pessoas jurídicas de direito privado. Destacou-se esse item, pois é nesse tipo de atividade que se insere a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento.

No referido capítulo, pôde-se retirar considerações iniciais sobre a titularidade do serviço público de saneamento básico pertencente ao Município de Florianópolis, com supedâneo no art. 30, V, da CRFB/88, sob o critério de interesse local, que adiante, foi observada como competência geográfica.

Ponto a ser destacado, ao final do presente capítulo foi que o Município delegou o serviço público de saneamento básico à Casan.

Esse serviço foi considerado como, de utilidade pública; pois o Estado pode prestá-lo diretamente ou por delegação a terceiros; próprio, pois o saneamento básico, pelo advento da nova Lei 11.445/07 é tratado como um direito fundamental, portanto, de obrigação do Estado a prestar ou a agir em comunhão de esforços para sua prestação; industrial e comercial, pois a Casan é sociedade de economia mista e para prestar serviço eficiente, deve ser também auto-sustentável, gerando lucro, no entanto, o interesse público se sobrepõe aos interesses privados; *uti singuli* porque pode ser fruível singularmente pelo administrado.

Ainda no primeiro capítulo foi feita a diferenciação entre empresa estatal prestadora de serviço público e que exerce atividade econômica. A diferença essencial reside no fato de que a empresa estatal prestadora de serviço público o pratica sob normas de direito público estampadas no art. 175 da CRFB/88 e, portanto, longe do alcance da livre iniciativa e concorrência, ou seja, das normas de mercado, enquanto que aquelas que exercem atividade econômica, sob a orientação do art. 173 da CRFB/88 estas sim, praticam suas atividades sob regime de direito privado, âmbito no qual o Estado não tem exclusividade e atua de modo excepcional, portanto, sujeito à livre iniciativa e concorrência, assim como os particulares. Com efeito, a Casan insere-se nesse contexto como sociedade de economia mista prestadora de serviço público, não sujeita as regras da livre iniciativa e concorrência.

No segundo capítulo do trabalho, em um primeiro momento, procurou-se traçar um histórico das concessões no Brasil. Tal intento mostrou-se necessário para se fazer compreender a realidade dos serviços públicos hodiernos.

Ao primeiro instante, observou-se o Estado liberal e a baixa especialização estatal. O Estado tinha apenas funções ligadas à segurança interna, representada pelo poder de polícia e a regulação externa, especialmente pelos princípios regentes do Estado liberal.

Conforme o Estado passou a intervir na esfera na qual somente particulares dantes atuavam, foi sendo necessária a especialização dessas atividades praticadas pelo Estado.

A partir daí, com a idéia de especialização dentro das atividades estatais e, conseqüentemente, seu crescimento, houve a descentralização administrativa por meio de criação de algumas entidades da administração indireta, em especial, as autarquias. Elas responsáveis, em um primeiro momento, pela descentralização do aparelho estatal. Entrementes, realizaram-se as primeiras concessões a particulares, visando à delegação dos serviços públicos sem maiores gastos pelo poder concedente.

Após o surgimento das autarquias, o nível de especialização estatal cresce com o surgimento das empresas estatais, responsáveis pela atuação do Estado em mais amplo feixe de atividades. Provocada pelo aumento da intervenção do poder concedente nas concessões a particulares, a delegação dos serviços públicos a entidades da administração indireta, bem como a prestação por estas de outras atividades estatais, como a atividade econômica – atividade essa que o Estado só deverá exercer em caráter de exceção – passou a ser vantajoso para a Administração, pois a administração direta exercia o controle sobre a entidade concessionária.

Porém, hodiernamente, voltou-se a observar a concessão a particulares, não deixando de se delegar o serviço público também às empresas estatais. Os particulares têm obtido resultados positivos como

concessionários do serviço público de saneamento básico; porém, como havia carência de regulamentação no setor (até o advento da Lei 11.445/07), algumas concessões acabaram por não ter o resultado esperado, como foi visto.

Por fim, foram demonstradas algumas formas recentes de delegação do serviço público, incluindo a prestação do serviço público na forma de convênio, em que há comunhão de esforços dos vários entes federativos e entidades da administração, como no caso do convênio entre os entes federativos e a entidade da administração indireta do Estado de Santa Catarina, a Casan.

O seguinte tópico prezou pela definição da sociedade de economia mista, em intrínseco exame do ato constitutivo da Companhia de Águas e Saneamento, para observar na prática as peculiaridades da empresa estatal exemplificadas pela doutrina e lei. Os artigos escolhidos para análise refletem a importância para o foco da pesquisa. Em especial foram analisados o poder de controle da empresa, o percentual das ações pertinentes ao Estado (51%) e o regime jurídico aplicável aos servidores da Casan.

O terceiro capítulo teve como objetivo verificar se a Lei de Concessões se aplica ao convênio entre o Estado de Santa Catarina, atuando a Casan como interveniente e o Município. Como observado, o Tribunal catarinense tem aplicado subsidiariamente as normas referentes às

concessionárias ao convênio. O que não implica dizer que o convênio é um contrato de concessão.

Em um segundo momento do capítulo, foram analisados os pressupostos e as principais cláusulas do convênio entre o Município, Estado e Casan como interveniente. Discutiu-se, em primeiro item, a natureza do convênio, um acordo entre as partes que unem esforços para consecução de uma finalidade comum, no caso, a prestação do serviço público de saneamento básico.

Adiante foi discutida a natureza do contrato de programa, que virá a ser firmado como pressuposto do referido convênio, inclusive, tendo aquela natureza semelhante à dos convênios, uma vez que estipula metas que compartilham o interesse e finalidade comuns, na comunhão de esforços entre diferentes entes federativos. Foi por meio do convênio e do contrato de programa, com escólio no art. 24, XXVI, da Lei 8.666/93, que se dispensou a licitação para prestação do referido serviço público.

Em um terceiro item, foi discutida a questão da titularidade do serviço público de saneamento básico; esta, como foi exposta, é atribuída constitucionalmente ao Município, pelo critério geográfico (de interesse local).

Porém, com a Lei 11.445/07, deixou margem para o entendimento de que a titularidade do serviço extrapola o âmbito local, uma vez que, dispondo sobre o saneamento básico como direito fundamental, a incumbência para a prestação desse serviço público passa a reunir esforços de

mais de um ente federativo, devido à complexidade das disposições na CRFB/88, tanto para o município quanto para estado e federação (art. 21, XX, 23, 26 e outros da CRFB/88).

Ao término do terceiro capítulo, discutiu-se a questão da fiscalização e regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Nesse item, ficou entendido que cabe ao Município criar o Conselho Municipal de Saneamento Básico, órgão de caráter consultivo e também regulatório.

Cabe, ainda, ao órgão fiscalizador a independência decisória, pois como o órgão está vinculado à entidade federativa que participa do convênio, as decisões do órgão poderiam ser afetadas, descumprindo as características essenciais da atividade, que são: transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. O ideal, para manter a autonomia das entidades reguladoras em face das ingerências dos atores políticos, seria definir um mandato para os dirigentes dos órgãos.

Procurou-se, finalmente, revisar os aspectos tracejados durante a pesquisa, tecendo algumas conclusões a respeito dos variados temas na certeza que o presente trabalho não exauriu as possibilidades argumentativas sobre os mesmos, até porque não havia tal pretensão. Porém, acredita-se que esta monografia tenha encontrado possíveis – porém, não definitivas – soluções para as dúvidas por ele mesmo suscitadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Empresas estatais e regime administrativo (Serviço Público – Inexistência de Concessão – Delegação – Proteção ao Interesse Público)*. p. 55-70. In: *Revista Trimestral de Direito Público* n.º 4. São Paulo, Malheiros. 15p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23.<sup>a</sup> Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo, Malheiros, 2007. 1057p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973. 180p.

CALASANS JUNIOR, José. *A Licitação nas empresas estatais*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 214, Renovar, outubro/dezembro de 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12.<sup>a</sup> Ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. 1086p.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional Positivo*. 23.<sup>a</sup> Edição, revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2004. 900p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20.<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Jurídico Atlas, 2007. 800p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6.<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Jurídico Atlas, 2008. 445p.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9.<sup>a</sup> Ed. Revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2004. 889p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 8.<sup>a</sup> Edição, revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2003. 327p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. p. 95-136. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1 (abril/jun. 2003). Belo Horizonte, Fórum, 2003. 41p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12.<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Dialética, 2008. 943p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2005. 863p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre a minuta do anteprojeto sobre a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico*. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilo\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilo_1.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2008. 101p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34.<sup>a</sup> Edição, atualizada por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2008. 839p.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo, Saraiva, 2003. 310p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22.<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Jurídico Atlas, 2007. 3068p.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4.<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Jurídico Atlas S.A., 2004. 3068p.

MUKAI, Toshio. *O Direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2.<sup>a</sup> Edição, revista e ampliada. Belo Horizonte, Fórum, 2004. p. 306-354.

MUKAI, Toshio (org.). *Saneamento básico – diretrizes gerais*. Comentários à Lei 11.445 de 2007. Co-autores. MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho; BOTREL, Karla; MACIEL, Luciana de Campos; LOMAR, Paulo José Villela, MUKAI, Sylvio Toshio; MUKAI, Toshio. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. 240p.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2007. 302p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo, Saraiva, 1980. 626p.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de parceria e a Lei de Concessões (Análise das Leis n.ºs 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação subsequente)*. São Paulo, Saraiva, 2004. 954p.

