



BOLETIM DE DIREITO MUNICIPAL

DOCTRINA – PARECERES – JURISPRUDÊNCIA – LEGISLAÇÃO
TRIBUNAIS DE CONTAS (DECISÕES E ORIENTAÇÕES)

EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVAS PARA TODO O BRASIL

EDITORIA **NDJ** LTDA.

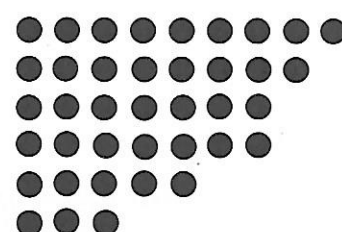
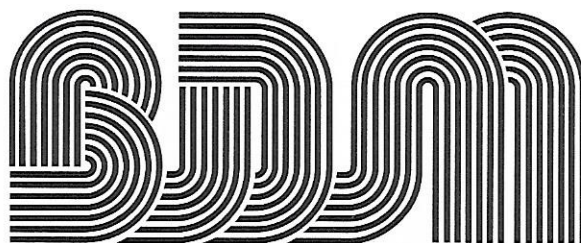
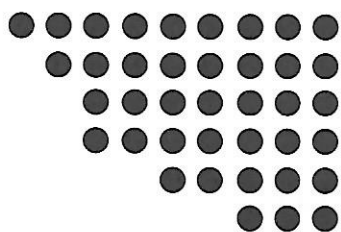
NOVA DIMENSÃO JURÍDICA

DDG: 0800-775-7000 Tel.: (11) 3225-7000 Fax: (11) 3225-7001

E-mail: ndj@ndj.com.br Internet: www.ndj.com.br

R. Conselheiro Crispiniano, 344 4º andar

01037-908 São Paulo/SP



BOLETIM DE DIREITO MUNICIPAL

SUMÁRIO

DOCTRINA, PARECERES E ATUALIDADES

AUTARQUIA MUNICIPAL – Criação de Cargos em Comissão – Natureza, Requisitos e Atribuições – Análise de Lei Municipal – Parecer (José Carlos Macruz)	661
SANEAMENTO PÚBLICO E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAL – Parecer (Ericson Meister Scorsim e Frederico Eduardo Zenedin Glitz)	667
A ATUALIDADE DA REFLEXÃO SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES (Angela Cristina Pelicioli)	685
AGENTES PÚBLICOS – Ex-Diretores de Empresa Pública – Pagamento de Diárias e Concessão de Passagens Aéreas – Inexistência de Finalidade Pública nos Deslocamentos Efetuados – Inocorrência de Motivação – Devolução dos Recursos – Aplicação de Multa (Tribunal de Contas da União)	695
CONVÊNIO – Recursos Federais – Aplicação Irregular – Ressarcimento – Responsabilidade do Município – Desvio de Finalidade em Benefício de tal Ente (Tribunal de Contas da União)	699
DISPENSA DE LICITAÇÃO – Prefeitura Municipal – Alegada Situação Emergencial – Inocorrência – Serviços de Limpeza Urbana – Coleta, Transporte e Destinação Final de Resíduos Domiciliares – Operação e Manutenção de Aterro Sanitário – Aplicação de Multa (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo)	703
TERCEIRIZAÇÃO – Atividade-Meio – Despesas de Custeio – Pagamento pelo Funrejus – Possibilidade, desde que Não Configuradas como Encargos de Pessoal, até o Limite de 30% da Receita do Fundo (Tribunal de Contas do Estado do Paraná)	707

continua...

SANEAMENTO PÚBLICO E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAL*

PARECER

Ericson Meister Scorsim

Mestre em Direito do Estado pela UFPR

Frederico Eduardo Lenedin Glitz

Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR

Serviço público de água e saneamento. Manifestação particular dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente. Titularidade municipal do serviço público de água e saneamento. Direitos dos usuários à prestação adequada do serviço. Experiência estrangeira de execução do serviço de saneamento. Sociedade de economia mista como modelo de execução do serviço. Forma societária adequada. Participação de particulares. Participação da comunidade. Titularidade da tarifa do serviço público.

I. CONSULTA

Agência de Águas e Esgoto de Município catarinense encaminha-nos consulta a respeito da viabilidade e oportunidade da constituição de sociedade de economia mista municipal para execução do serviço público de saneamento.

Como se sabe, a maioria dos Municípios catarinenses na década de 1970 optou por transferir, mediante a celebração de convênio, a gestão dos serviços de água e esgoto para a Companhia de Água e Saneamento – Casan. Tal decisão representava, à época, solução viável na medida em que a grande maioria dos Municípios não tinha condições técnicas e financeiras de oferecer o serviço de água e esgoto para a população.

Alguns Municípios, entretanto, optaram por gerir diretamente os serviços, em vez de delegar a prestação para a entidade estatal. Nesses casos de municipalização, tem-se constatado que

os Municípios têm prestado um serviço de melhor qualidade, com tarifas menores, inclusive oferecendo o serviço de esgoto.

Em Santa Catarina, a municipalização do serviço de água e esgoto não é novidade. Trata-se de uma experiência concreta de sucesso, com resultados positivos para a comunidade. Nesse sentido, importa destacar que são os Municípios os titulares da competência para gerenciar a prestação do serviço de água e esgoto. Ao final, são eles os responsáveis pela adequada prestação dos referidos serviços públicos. Portanto, em sendo omissos quanto ao cumprimento desse dever, poderão ser responsabilizados, sobretudo pelo Ministério Público.

Para a adequada resposta à indagação formulada cumpre a análise do saneamento básico como serviço público e, principalmente, os contornos básicos de definição da sociedade de economia mista a ser criada para execução de referido serviço.

* O presente parecer foi elaborado antes da vigência da Lei nº 11.445/07.

II. RESPOSTA

Parte A – Dimensão constitucional do serviço de água e saneamento

1) *Direito fundamental ao meio ambiente e desenvolvimento econômico e social*

A Constituição elege como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Por sua vez, é certo que o desenvolvimento social e econômico pode constituir-se como causa de agressão ao meio ambiente, mas também a falta de desenvolvimento pode ser uma causa de agressão ao meio ambiente.¹

A exploração ilimitada dos ecossistemas poderá conduzir à destruição da possibilidade de vida saudável para os seres humanos. Daí a necessidade de regras de contenção do desenvolvimento, visando ao atingimento de um equilíbrio, o que foi feito pela adoção do princípio do direito ao desenvolvimento sustentável. Sobre o assunto Édis Milaré expressa-se da seguinte maneira: “O desenvolvimento sustentável é definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento como ‘aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades’, podendo também ser empregado com o significado de ‘melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas’”.²

O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana está consagrado na Constituição Federal de 1988 (art. 225). Segundo Édis Milaré:

“O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto aos aspectos da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver” (“Princípios fundamentais do direito do ambiente”, in *RT* 756, out. 1998, p. 55).

Antônio Augusto Cançado Trindade, ao abordar a temática concernente aos direitos humanos e meio ambiente, no âmbito do sistema internacional de proteção, explica: “A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas de 1986 afirma com toda clareza que ‘a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento’ (art. 2 (§ 1º) e preâmbulo). Qualifica o direito ao desenvolvimento como ‘um direito humano inalienável’ de ‘toda pessoa humana e todos os povos’ (artigo 1), em virtude do qual estão ‘habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados’ (artigo 1 (§ 1º))”.³

É a partir desse quadro normativo constitucional que deve ser encarada a questão referente ao serviço público de água e saneamento pertencente aos Municípios. Como se sabe, a água é um bem essencial à vida e à saúde humanas (conexão do serviço público de água e esgoto com o direito à vida e à saúde), daí por que requer um adequado quadro de proteção jurídica. É de lembrar que a “Declaração Universal dos Direitos da Água” da ONU assevera:

“2. – A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura.

3. – Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia.

(...)

7. – A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se che-

1. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 240.

2. “Princípios fundamentais do direito do ambiente”, in *RT*, vol. 756, ano 87, Fasc. Civ., out. 1998, pp. 53/68.

3. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 173.

que a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis”.

Portanto, o desenvolvimento econômico e social de uma cidade depende de adequada organização do serviço público de água e esgoto, sob pena de malferir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, a técnica de serviço público há de tomar em consideração a eficácia normativa dos direitos fundamentais.

2) Do saneamento básico como serviço público

O consumo humano se caracteriza como a principal forma de utilização dos recursos hídricos do Planeta. Segundo o art. 2º, XXIX, da Instrução Normativa MMA nº 4/00, o uso de recursos hídricos consiste em “toda atividade que altere as condições qualitativas e quantitativas, bem como o regime das águas superficiais ou subterrâneas, ou que interfiram em outros tipos de usos”.

Essa utilização é bastante ampla, embora se trate de um recurso finito e escasso. O Brasil possui cerca de 13% da água doce do mundo; apenas 2% da água existente no Planeta é potável e apenas 0,25% estariam disponíveis para consumo. Segundo a Organização das Nações Unidas, cerca de 26 países já não dispõem de água potável em seu território.⁴

No Brasil a água tratada não chega a 22,2% da população brasileira, e 52,8% dos brasileiros não estão servidos por redes de esgotos. Tais

percentuais refletem uma grave realidade: índices elevados de mortalidade infantil e de doenças endêmicas. Dados da Organização Mundial da Saúde mostram que 80% das doenças conhecidas pelo homem são causadas pela falta de saneamento básico.⁵

Apesar da escassez de água potável, adverte Veiga da Cunha que diversos são os usos desses recursos hídricos: “das várias utilizações resultam efeitos que podem ser de diferente natureza. Assim, algumas utilizações, como abastecimento urbano ou a irrigação, implicam o consumo de certa quantidade de água, que não é diretamente restituída às fontes de abastecimento iniciais; outras utilizações, como o abastecimento de certas indústrias, podem não implicar a redução da quantidade de água, mas apenas deterioração de sua qualidade, ocasionada pela poluição; outras, ainda, como a produção de energia elétrica, em aproveitamentos sem armazenamentos importantes, não acarretam praticamente prejuízo nem da quantidade, nem da qualidade da água”.⁶

O abastecimento de água potável constitui o ponto fulcral dessa discussão, na medida de sua importância imediata para a vida humana. Sua análise tem sido englobada pela preocupação maior do saneamento básico.⁷

Segundo Nivaldo Brunoni é possível definir saneamento básico como “conjunto de medidas higiênicas aplicadas especialmente na melhoria das condições de saúde de determinada localidade, para controle de doenças transmissíveis

4. Dados obtidos no artigo de Lis Caroline Bedin, “O novo regime das águas”, *Gazeta Mercantil* de 11.9.01, Caderno Paraná, p. D-2.

5. Dentre essas doenças podem-se citar:

Doença	Agente causador	Forma de contágio
Cólera	Bactéria <i>Vibrio colerae</i>	Ingestão de água contaminada
Febre tifóide	Bactéria <i>Salmonella typhi</i>	Ingestão de água contaminada
Hepatite A	Vírus da hepatite A	Ingestão de alimentos contaminados, contato fecal-oral
Esquistossomose	Asquelminto <i>Schistosoma mansoni</i>	Ingestão de água contaminada, através da pele
Amebíase	Protozoário <i>Endamoeba histolytica</i>	Ingestão de água ou alimentos contaminados por cistos.

6. L. Veiga da Cunha, A. Santos Gonçalves, V. Alves Figueira e Mário Lino, *A Gestão da Água, Princípios Fundamentais e Sua Aplicação em Portugal*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 122/125.

7. Por saneamento básico entender-se-á o conjunto de medidas de preservação e modificação das condições ambientais, visando-se à prevenção de doenças e promoção de saúde pública. Seus instrumentos principais seriam o abastecimento (incluindo captação e tratamento) de água potável de qualidade à população e a disposição de esgotos.

ou não, sobretudo pelo fornecimento de rede de água potável e esgotos sanitários”.⁸

Esse conceito acaba por refletir uma das características essenciais à concepção contemporânea do saneamento básico, a de se tratar de um problema de saúde pública e de meio ambiente, conseqüentemente, de direito inalienável do cidadão.

O saneamento básico, aliás, já vem sendo adotado como indicador de desenvolvimento social de um país, principalmente por conta de sua vinculação com a questão de saúde pública.⁹

Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva: “A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam”.¹⁰

O Estado, então, de alguma forma deve garantir a prestação desse serviço na medida de seu dever de adotar medidas que reduzam o risco de doenças, preservando a saúde pública. Também se pode afirmar que incumbe ao Estado adotar e promover a prestação (o mais ampla possível) desse serviço denominado saneamento básico.

O saneamento básico apresenta-se, então, como serviço público, e como tal merece consideração.

A conceituação do que vem a ser serviço público é ainda dilema na doutrina especializa-

da.¹¹ Um conceito é aquele desenvolvido por Lúcia Valle Figueiredo: “Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público”.¹²

Nesse conceito agregam-se diversos critérios de definição. Para os fins do presente estudo adotaremos apenas um deles, o material. Assim, serviço público seria o exercício daquela atividade tida como pública, ou seja, definida legalmente como sendo pública.

Como anteriormente referido, o saneamento básico liga-se à noção de saúde pública, que por sua vez é constitucionalmente assegurada como sendo dever do Estado (art. 196).¹³

Dispõe, ainda, a Constituição da República que ao sistema único de saúde compete, entre outras atribuições, a de participar na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV).

Se em nível constitucional não há dúvida quanto a sua natureza de serviço público, em nível infraconstitucional a matéria também foi regulada. A Lei nº 8.080/90 estabelece claramente a saúde como direito fundamental do ser humano (art. 2º);¹⁴ além disso, vincula claramente o saneamento básico como fator de saúde (art. 3º).¹⁵

8. “A tutela das águas pelo Município”, in Vladimir Passos de Freitas (Coord.), *Águas: Aspectos Jurídicos e Ambientais*, Curitiba, Juruá, 2000, p. 84.

9. Maria Luiza Machado Granziera, *Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 124.

10. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 796.

11. Nesse sentido José Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Forense, 1975, pp. 467/474.

12. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 78/79.

13. Art. 196 da Constituição da República: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

14. Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

15. Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Ainda em termos legislativos, a competência para legislar sobre o tema recai sobre o Município, na medida em que o Texto Constitucional outorgava-lhe autonomia legislativa em matéria de interesse local.

Nesse sentido, ainda, o art. 30, V, da Constituição da República determina a competência municipal para organizar e prestar serviços públicos, diretamente ou não, de interesse local.

Hely Lopes Meirelles é muito claro ao afirmar: "A distribuição domiciliar da água e a coleta de esgotos são serviços de peculiar interesse do Município, intransferíveis à União ou ao Estado".¹⁶

Nessa medida, o saneamento básico surge claramente como sendo serviço público de execução municipal.

3) *Direitos dos usuários à prestação adequada do serviço de água e saneamento*

O estatuto dos usuários de serviços públicos tem assento constitucional. A Constituição dispõe que o Estado, na forma da lei, promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), que compete à lei a estipulação dos direitos dos usuários de serviços públicos (art. 175, II), bem como a participação dos usuários na Administração Pública direta e indireta (art. 37, § 3º). Além disso, a defesa do consumidor é qualificada como princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, V). Como se nota, há a abertura do Texto Constitucional para que o legislador concretize os direitos e os deveres dos usuários de serviços públicos.

Portanto, o estatuto do usuário decorre da Constituição e da lei. É a Constituição e a Lei que definem os direitos e os deveres dos usuários, excluindo-se aplicação do regime de direito privado. Com efeito, mesmo a relação entre os usuários e as concessionárias é regida pelo Direito Público, razão pela qual não incide o princípio da autonomia privada. O conteúdo da relação

entre usuário e concessionária é definido pelas normas constitucionais e legais (direitos, deveres e benefícios ou restrições).¹⁷ É claro que esse conteúdo será detalhado pelo instrumento contratual, o qual concretizará os direitos e obrigações, tal como estipulados pelo constituinte e pelo legislador.

As regras de proteção aos usuários de serviços públicos não são as mesmas que as aplicáveis aos usuários de serviços privados. São estatutos jurídicos diferentes em razão da natureza jurídica do bem protegido. Trata-se de um estatuto garantido pela Constituição e definido em lei, razão pela qual os contratos celebrados entre as concessionárias e usuários servem apenas ao delineamento dos direitos e deveres previamente definidos.

Sobre o assunto, cita-se Odília Ferreira da Luz Oliveira, a qual conclui, a partir da análise do Direito Positivo brasileiro, que todos os direitos, deveres, vantagens e benefícios dos usuários dos serviços públicos estão previstos e regulados por normas legais e regulamentares, e nada pode ser criado ou modificado por acordo entre usuário e prestador do serviço. As vontades da Administração Pública, do usuário e do prestador do serviço público não criam uma situação jurídica; limitam-se unicamente a concretizar e individualizar a situação abstrata e impessoal preexistente. Dito de outro modo, as manifestações de vontade das pessoas não têm o condão de produzir efeitos jurídicos, pois estes já estão preestabelecidos pela ordem jurídica.¹⁸ Acrescenta, ainda, que o fato de a situação jurídica do usuário ser de direito objetivo, totalmente determinada por normas legais e regulamentares, não veda o reconhecimento do direito subjetivo à admissão e à prestação do serviço público. Haverá o direito subjetivo à admissão ao serviço público, desde que observados os requisitos legais. Entretanto, não haverá direito à criação e à permanência do serviço público, eis que a decisão sobre essa questão é nitidamente de caráter político.¹⁹

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

16. *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 313.

17. Odília Ferreira da Luz Oliveira, "Situação jurídica do usuário do serviço público", in *RDP* 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 1984, pp. 45/69.

18. *Idem*.

19. *Idem*.

Cabe destacar que não é possível que a concessão de serviço público torne-se mais onerosa para o usuário que a prestação direta pelo ente concedente. As cláusulas da concessão são ditadas em favor do usuário do serviço público.²⁰ A opção pela concessão resulta, implicitamente, de uma decisão política que entende ser a gestão indireta a melhor medida para o atendimento dos interesses dos usuários de serviços públicos. Na concessão de serviços públicos, o interesse público consiste na proteção do usuário.²¹ Deve-se atentar para o fato de que o interesse público, no entanto, não se confunde com o interesse do usuário, uma vez que este é um interesse de um indivíduo que age conforme suas circunstâncias pessoais.

A Constituição preocupa-se com a participação da sociedade civil na organização e fiscalização dos serviços públicos. Nesse sentido, outorga à lei a tarefa de regulamentar o direito fundamental de participação do usuário na Administração Pública, a fim de assegurar o direito à reclamação quanto à prestação do serviço público; organizar um serviço de atendimento ao usuário; avaliar periodicamente a qualidade dos serviços e a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (§ 3º do art. 37, implantado pela EC nº 19/98). Até o presente momento, esse dispositivo constitucional não foi regulamentado, o que enseja o desencadeamento dos mecanismos de proteção à força normativa da Constituição.

A participação do usuário representa a democratização da esfera pública, abrindo-se a Administração Pública à esfera social. Um dos pressupostos é a informação veraz e adequada. Sem ela, o cidadão pode simplesmente vir a servir como fantoche de legitimação de práticas administrativas, não vindo a influenciar na tomada de decisões.²² A relevância da informação é ainda mais acentuada no setor dos serviços públi-

cos de cunho técnico, inseridos no contexto de uma sociedade complexa. Nesse campo, onde a tecnologia impera, a cidadania, sem dispor de dados referentes à utilização da técnica, não conseguirá efetuar o controle adequado sobre a execução do serviço. Daí ser imprescindível a adoção de mecanismos jurídicos que garantam uma “representatividade técnica” dos usuários.²³

A participação dos cidadãos na Administração divide-se em duas modalidades: (i) participação orgânica e (ii) participação procedimental. A primeira modalidade de participação da cidadania consiste na inserção dos representantes dos cidadãos no interior dos órgãos administrativos. Aqui, abre-se espaço para a atuação por associação voluntária dos particulares interessados na gestão da coisa pública, sejam os usuários do serviço público ou sejam os cidadãos interessados na boa gestão do interesse público, ainda que não propriamente qualificados como usuários do serviço. A tônica dessa espécie de participação popular é a defesa dos interesses difusos – e não interesses individuais, mediante a presença de representantes dos usuários e da sociedade. Já a participação procedimental expressa a representação dos interesses individuais e dos grupos de defesa dos interesses coletivos, o que exige o estabelecimento de uma relação bilateral de informação e colaboração recíproca entre aquelas pessoas, as empresas gestoras do serviço e o órgão regulador. É que a atividade da agência reguladora tem como norte a realização de audiências públicas, antes da tomada de decisões de impacto social. É mediante o contraditório entre diversas idéias e opiniões que se constitui o processo deliberativo. Trata-se de uma forma de controle social sobre o serviço público ou serviços privados de interesse público.

Em síntese, o direito dos usuários à adequada prestação do serviço de água e saneamento, manifestação particular do direito à qualidade de vida e à saúde, é o norte a ser seguido quando

20. Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. I, Buenos Aires, El Ateneo, 1947, p. 365.

21. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 221.

22. Segundo Clèmerson Merlin Clève: “Sem informação correta, sem um aparato institucional transparente, qualquer tipo de participação pode se transformar em mera cooptação legitimadora”. Vide “O cidadão, a Administração Pública e a Constituição”, in *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 29.

23. Conferir Fernando Herren Aguillar, *Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 222.

da organização do serviço de água e saneamento. Não se trata apenas de uma competência municipal, mas de um direito da comunidade local.

Parte B – Saneamento básico

1) A participação privada nas “empresas estatais”

A forma encontrada pelo “novo” Estado para consecução de seus fins mais essenciais, possibilitando a participação de capital privado, foi a implementação das chamadas empresas “estatais”.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, empresas estatais são “personificações do próprio Estado, desdobramento de sua estrutura; são, em definitivo, organizações estatais. Nelas concorrem duas importantes notas: por uma parte, realizam ação governamental; por outra, integram a estrutura orgânica do Estado”.²⁴

Sundfeld explica que nem toda ação governamental é exercida por organizações estatais, algumas delas são executadas por entes não estatais (particulares), autorizados pelo próprio Estado a fazê-lo (um exemplo seria a concessão de serviço público). Por outro lado, alerta que toda organização estatal desenvolve ação governamental, inclusive as sociedades de economia mista e empresas públicas (art. 173, § 1º, da CF).

A forma de exploração dessa atividade por essas empresas estatais é considerada como possuindo natureza privada (art. 173, § 1º, II, da CF), embora nem sempre se trate de ações governamentais visando lucro. As chamadas empresas estatais de intervenção no domínio econômico são também instrumentos de satisfação de interesses coletivos, entre eles ações governamentais de implementação de políticas públicas.

A necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico reflete transformação na própria compreensão do papel do Estado.

Se o Estado liberal precisava apenas se preocupar com a defesa e segurança, o Estado contemporâneo passou a demandar uma série de outras funções, principalmente de caráter social e econômico. O Estado se agigantou e não mais conseguia desincumbir-se de seus encargos. Imprescindível se tornou a adoção de novas formas de gestão da Administração e, em especial, novas formas de execução dos serviços públicos.

A primeira forma encontrada para tanto foi a concessão de serviços públicos a empresas privadas. Em um segundo momento buscou-se a criação de sociedades de economia mista para que prestassem o serviço, principalmente pela facilidade de permitir a captação de recursos privados, tão necessários a obras de infra-estrutura.

Atualmente diversas são as soluções apresentadas pela doutrina para a delegação de serviços públicos:²⁵ concessão a empresas estatais (Sabesp e antiga Embratel), franquia (Correios), organizações sociais, terceirização etc.

Apesar do rótulo político que eventualmente venha a ser atribuído a essa estrutura estatal, efetivamente o que se demonstrou é a necessidade de implementação de um modelo de participação do Poder Público, em especial na execução do serviço público de saneamento básico.

2) Breve notícia da experiência estrangeira

Antes de abordar como se operacionaliza o serviço público prestado por meio de uma sociedade de economia mista, cabe traçar um breve panorama da experiência estrangeira em termos de saneamento básico.²⁶

a) *França*. Aproximadamente 70% dos serviços de água e esgoto são operados pela iniciativa privada, geralmente sob contratos municipais. O nível de concentração no mercado é bastante elevado, e as duas principais Companhias envolvidas são grandes complexos empresariais (*Compagnie Générale des Eaux* e *Compagnie*

24. “Reforma do Estado e empresas estatais”, in Carlos Ari Sundfeld (Coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 264.

25. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, pp. 54/66.

26. Coopers & Lybrand, “Contratos de gestão, concessão de serviços e privatização: modelos internacionais”, in *Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira*, publicação do Ministério da Ciência e Tecnologia, Campinas, 1993, pp. 76/85.

Lyonnaise des Eaux-Dumez), com início de expansão para outros países da própria Europa e Estados Unidos.

O controle é exercido sobre essas companhias de quatro formas distintas:

a.1) *Gérance*. Contrato pelo qual a iniciativa privada opera as instalações municipais, sendo remunerada de maneira fixa, levando-se em conta o volume de trabalho. Futuras iniciativas de adequação da infra-estrutura estão a cargo da municipalidade.

a.2) *Régie Interessée*. Tal como o *Gérance*, a municipalidade é responsável pelos investimentos necessários. Distingue-se, no entanto, por conta da existência de cláusulas contratuais que prevêem incentivos pelo desempenho.

a.3) *Affermage*. A iniciativa privada é responsável pelos investimentos (que reverterão para o Município) e, em contrapartida, é remunerada pela municipalidade por meio da participação nos resultados.

a.4) *Concession*. A iniciativa privada realiza todos os investimentos necessários (que reverterão ao Município), fornecendo o serviço por dado período, sendo remunerada por tarifa previamente acordada. As concessões são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas Departamental.

Segundo Frederico A. Turolla²⁷ o modelo francês nasce nos anos 1920 com a concessão dos serviços de água em Dinard. A partir de 1950 inicia-se forte movimento no sentido da privatização (em 1950 a participação privada na produção de água chega a 31%; em 1980, passa a 60%, e em 1990, a 75%).

b) *Estados Unidos*. Ao contrário da França, tais serviços são eminentemente exercidos por entidades públicas, em âmbito municipal. Os analistas, contudo, indicam tendência de forte investimento privado nesse setor, na medida em que grandes investimentos serão necessários.

O *Clean Water Act* de 1972 previa financiamento de Municípios para o tratamento e distribuição de água. Havia, contudo, desincentivo à par-

ticipação da iniciativa privada, na medida em que se estipulou o reembolso pelas empresas privadas que porventura assumissem a operação.

Em comparação com as gigantes francesas, as empresas americanas são bastante modestas. Aliás, as concorrentes francesas possuem vantagem: enquanto operam instalações pertencentes à municipalidade, suas congêneres americanas devem construir suas próprias.

O controle dessas companhias se dá pelo *Public Utility Commission* estadual (em âmbito financeiro) e pelo *Environmental Protection Agency* (em nível técnico).

Assim como na França, as tarifas são definidas em âmbito municipal.

Frederico Turolla aponta interessante conclusão: como a indústria do saneamento é marcada por custos fixos elevados e capital específico, além de que está vinculada a uma idéia de monopólio natural que desincentiva o investimento, existe uma tendência mundial no sentido de organizar esse serviço em formato público e local.

Segundo o autor, apenas dois países possuem esse serviço prestado por ampla parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada: a França (conforme já demonstrado) e a Inglaterra.

c) *Inglaterra*. A partir da década de 1980 iniciou-se o processo de privatização das companhias públicas. "A privatização consistiu na abertura de capital e na venda das ações dessas companhias em 1989, com as receitas revertidas para o poder central. Foi retida uma *golden share* e foi estabelecido um limite de participação de 15% em ações sob a mesma propriedade, ambos pelo prazo de cinco anos após a privatização. Ainda que particularmente associada ao programa conservador, a privatização pode ter sido impulsionada pelos elevados padrões de qualidade de água e de esgoto introduzidos pela Comunidade Européia. Dado que o investimento vinha sofrendo cortes nos trinta anos precedentes, a conformidade com esses padrões poderia envolver somas de recursos suficientemente elevadas para criar um ônus eleitoral em uma even-

27. "Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras", Texto para Discussão nº 922, Instituto de Pesquisa Econômica Avançada – IPEA, Brasília, dez. 2002.

tual opção de elevação de impostos para fazer frente aos investimentos”.²⁸

Como poucos são os países em que a iniciativa privada participa fortemente do setor de saneamento público, baixa é a experiência internacional. Surgem, contudo, dois modelos paradigmáticos em relação à regulamentação dos serviços públicos: “Na regulação por agência, na qual o modelo inglês se tornou um paradigma, o modelo implica a criação de uma agência centralizada que outorga licenças, determina a estrutura tarifária, supervisiona o cumprimento da legislação vigente e aplica as penalidades cabíveis. Esse sistema depende fortemente do nível de eficiência da função pública regulatória, mas tem a vantagem de permitir ao regulador uma visão geral e integral do processo de modernização. Na regulação por processos o modelo francês tornou-se um paradigma. Essa modalidade ocorre em um marco legal geral adaptado às condições locais em contratos de delegação dos serviços. O controle social se dá por meio da própria eleição dos dirigentes que são outorgantes dos contratos. Esse modelo apresenta a vantagem de requerer uma baixa exigência do setor público em geral, mas demanda maior competência no nível local para controlar e para supervisionar a execução dos contratos”.²⁹

Parte C – Da sociedade de economia mista e a execução do serviço público

1) Da sociedade de economia mista

A sociedade de economia mista é uma das formas de intervenção estatal na economia, visando-se ao atendimento de interesse público. A principal nota característica da sociedade de economia mista é a conjugação de capitais estatais e privados na formação do seu capital social.

Tal qual as empresas públicas, as sociedades de economia mista são pessoas de direito privado criadas por lei para exercer atividades

de interesse do Estado. O que as difere é que nas sociedades de economia mista há conjugação de capital público e privado. Outra diferença é que as sociedades de economia mista têm de ser organizadas, sempre, sob a forma de sociedade anônima.

Carlos Ari Sundfeld é claro ao distinguir as duas espécies de empresas estatais: “Com a primeira (a empresa pública) o Estado busca a forma mercantil para conferir personalidade jurídica a um empreendimento exclusivamente seu, sem sócios privados; trata-se da criação, sem mais, de um ‘filhote’ do Estado, que se pretende subtrair, ao menos em parte, da sujeição ao Direito Público. Nas sociedades de economia mista a questão é bem outra: o Estado quer unir-se a particulares para, com as vantagens da comunhão de esforços (financeiro e/ou gerenciais), implantar ou manter um empreendimento; tal associação não é possível por meio da constituição de pessoas de Direito Público (autarquias), às quais é totalmente estranha a participação privada; daí a adoção do figurino mercantil, que o Direito concebeu justamente para implementar associações”.³⁰

Dessa forma, a sociedade de economia mista pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, com capital misto, criada por lei, para prestar serviços públicos ou exploração de atividade econômica e intervenção no domínio econômico, sob a forma de sociedade anônima.

As sociedades de economia mista obedecem necessariamente ao regime das sociedades anônimas, isso por conta de expressa determinação legal (art. 5º do Dec.-lei nº 200/67).

Conseqüência imediata da adoção desse regime societário é a caracterização da sociedade de economia mista como tendo personalidade jurídica de direito privado.³¹

O art. 173 da Constituição da República limita a possibilidade de o Estado intervir na atividade

28. Ob. cit., p. 9.

29. *Idem*, p. 10.

30. Ob. cit., p. 269.

31. Ainda há certa divergência doutrinária em torno dos reais contornos dessa personalidade. Parte da doutrina atribui à sociedade de economia mista personalidade jurídica de direito público; há outros, ainda, que lhe atribuem natureza mista.

econômica. O critério adotado é o da relevância do interesse coletivo quanto à execução do serviço público.

Alerta José Edwaldo Tavares Borba que a interpretação dada ao referido dispositivo deve atender aos princípios que regem a “ordem econômica” (art. 170), ou seja, “a presença do Estado na economia não deve ser a regra, mas sim a exceção, apenas se justificando quando a iniciativa privada não puder ou não quiser atender satisfatoriamente aquele setor da atividade econômica. Razões estratégicas ou de política geoeconômica também poderão recomendar a presença de sociedades de economia mista e empresas públicas”.³²

Outras características da sociedade de economia mista que merecem destaque são: criação por lei, objeto ligado a exploração de atividade econômica e intervenção no domínio econômico (serviço público essencial), forma de sociedade anônima, controle majoritário pelo Estado. Todas características decorrentes do teor do art. 5º, III, com a redação dada pelo Dec.-lei nº 900/69.

Em relação à necessidade de prévia autorização legal para a constituição da sociedade, também a Lei nº 6.404/76 (art. 236) e a Emenda Constitucional nº 19/98 (que deu nova redação ao art. 37, XIX, da CF) dispuseram nesse sentido.

Apesar de a sociedade de economia mista compor indiretamente a Administração (inclusive para fins de cumulação de cargos e intervenção ministerial), seu regime é privado.

Dispõe o art. 173, § 1º, II, da Constituição da República que as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Embora seu regime seja o privado, convém salientar que a sociedade de economia mista encontra-se sobre duplo controle do Estado: enquanto integrante da Administração indireta (que

envolve o planejamento, fiscalização e supervisão da atuação) e enquanto controlador da sociedade (no sentido societário do termo).

Deve-se salientar, contudo, que, embora a sociedade de economia mista possua regime privado, seu mote não será, necessariamente, o lucro. Exemplo paradigmático dessa característica é o da companhia que se pretende criar. Nesse caso a finalidade de uma tal sociedade seria justamente a satisfação de uma necessidade pública: saneamento básico, independentemente de lucro.

Não obstante o Dec.-lei nº 200/67 referir-se tão-somente a organização federal, tem-se entendido possível a constituição de sociedades de economia mista estaduais e municipais. Nesse sentido pode-se destacar o posicionamento de Tavares Borba³³ e Amador Paes de Almeida.³⁴

2) Da forma societária adequada para a companhia de saneamento municipal

Definidos os principais pontos de relevo quanto à natureza jurídica da sociedade em questão, mister se faz a abordagem das principais questões envolvendo o caso concreto.

Em primeiro lugar, cabe salientar a absoluta necessidade de constituição da sociedade em questão sob a forma societária da sociedade anônima, por expressa determinação do Dec.-lei nº 200/67, que exige a adoção de um tal modelo.

Responde-se, dessa forma, pela total impossibilidade de constituição de sociedade por cotas, ou seja, não é juridicamente possível a constituição de sociedade limitada (cf. definida no art. 1.052 da Lei nº 10.406/02).

Cabe, contudo, indagar sobre as vantagens e desvantagens da constituição da sociedade com participação aberta ou fechada.

A denominada *companhia aberta* é aquela cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação no mercado de valores, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 6.404/76, com redação dada pela Lei nº 10.303/01. Em outros

32. *Direito Societário*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 495.

33. Ob. cit., p. 512.

34. *Manual das Sociedades Comerciais*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 328.

termos, aberta é a “Companhia que capta recursos junto ao público, seja com emissão de ações, debêntures, partes beneficiárias ou bônus de subscrição, ou ainda depósitos de valores mobiliários, e que, por isso mesmo, tenha admitido tais valores à negociação em Bolsa (...) ou Mercado de Balcão (...)”.³⁵

Para que esses valores possam ser negociados, imprescindível o registro na Comissão de Valores Mobiliários (art. 4º, § 1º). O mesmo deve ser dito em relação à distribuição pública (art. 19 da Lei nº 6.385/76), conforme dispõe o art. 4º, § 2º.

Dispõe, ainda, o art. 4º, § 3º, que a Comissão de Valores Mobiliários poderá classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos negociados no mercado, e especificará as normas sobre companhias abertas aplicáveis a cada categoria.

Deve-se salientar, ainda, que, de acordo com o art. 4º-A (introduzido pela Lei nº 10.303/01), nas companhias abertas, os titulares de, no mínimo, 10% das ações em circulação no mercado poderão requerer aos administradores da companhia que convoquem assembléia especial dos acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova avaliação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia, referido no § 4º do art. 4º.

Tal cenário faz Paes de Almeida alertar: “A companhia aberta por captar recursos junto ao público, envolvendo a poupança popular, está sujeita a especial tutela estatal, destacando-se a fiscalização e controle sobre ela exercidos pela Comissão de Valores Mobiliários – princípio que se estende à sociedade de economia mista, como aliás, enfatiza o § 1º do art. 235 da Lei nº 6404/76”.³⁶

Nesse mesmo sentido adverte Tavares Borba que “poder-se-ia afirmar que a companhia aber-

ta se encontra sujeita a normas mais rígidas, a publicidade mais acentuada e a constante fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários – CVM”.³⁷

Além disso, os requisitos para a constituição da sociedade anônima (art. 80 da Lei nº 6.404/76) são: subscrição de todo o capital por, no mínimo, duas pessoas; realização de 10%, no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro e depósito de parte do capital realizado em dinheiro. Se a subscrição for pública (dirigindo-se a qualquer interessado), condiciona-se ao atendimento dos requisitos do art. 82 (registro na CVM e intermediação de instituição financeira).

O procedimento, portanto, referente a companhia aberta exige não apenas autorização e registro da CVM para emissão de ações, como também atribui aos acionistas maiores poderes de participação na sociedade, o que, por sua vez, pode ser incompatível com a própria idéia de administração técnica de uma sociedade de economia mista atuante no setor de saneamento.

A companhia fechada, em contrapartida, é aquela que não possibilita a negociação de seus títulos em mercado. Sua constituição, contudo, é muito mais simples, podendo dar-se, principalmente, de maneira particular (subscrição particular).

Importante, ainda, destacar a forma como se dará a constituição dessas sociedades. A constituição da sociedade anônima constitui-se em processo com diversas fases:

Preliminarmente devem ser atendidos os requisitos do art. 80 da Lei nº 6.404/76 (subscrição de todo o capital por, no mínimo, duas pessoas; realização de 10%, no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro e depósito da parte realizada em dinheiro).

A subscrição pode ser pública ou particular. Se pública,³⁸ isto é, “quando há apelo ao público

35. Amador Paes de Almeida, ob. cit., p. 329.

36. *Idem*.

37. Ob. cit., p. 147.

38. A Lei nº 6.385/76 enumera as hipóteses indicativas de existência de emissão pública (art. 19, § 3º). “A utilização de meios de comunicação (impressos, anúncios, publicações), de intermediários (agentes, corretores) e de estabelecimentos abertos ao público (lojas, escritórios) distingue, pois, a subscrição pública da particular” (José Edwaldo Tavares Borba, ob. cit., pp. 190/191).

investidor, ao qual as ações de alguma forma, são oferecidas”,³⁹ é imprescindível o preenchimento dos requisitos do art. 82 da Lei nº 6.404/76: registro da emissão na CVM e intermediação de instituição financeira. O pedido de registro na CVM é obrigatoriamente acompanhado de estudo sobre a viabilidade do empreendimento, do projeto de estatutos e de prospecto.

A subscrição particular, por sua vez, é muito mais simples. Além de não exigir o registro na CVM, não requer intermediação de instituição financeira (o que a torna menos onerosa). Os fundadores da companhia obtêm, dentre seus relacionamentos, os subscritores para a emissão. Não há, frise-se, nenhum tipo de publicidade (no sentido de oferecimento ao público). É justamente esse o ponto nodal de distinção dos dois tipos de subscrição. Os sócios fundadores, nesse caso, reúnem-se e por escritura pública ou na assembléia geral (art. 86 da Lei nº 6.404/76) subscrevem as ações e decidem a forma de constituição da sociedade (se por assembléia geral ou por escritura pública).

Se a constituição da sociedade se der pela convocação de assembléia geral deverá ser obedecido o disposto nos arts. 86 e 87 da Lei das S.A.

Trata-se de requisitos de forma, ou seja, a assembléia será convocada por anúncio de convocação a ser publicado em jornal, mencionando dia, hora e local da reunião (art. 86, parágrafo único). Além disso, a assembléia deverá promover a avaliação dos bens (art. 86, I) e deliberar sobre a constituição (art. 86, II). À assembléia, ainda, deverão ser entregues o projeto de estatuto e as listas ou boletins de subscrição (art. 88, § 1º). O *quorum* de deliberação será aquele definido no art. 87 da Lei das S.A. Uma vez aprovado o estatuto, este será encaminhado, juntamente com a ata de constituição, à Junta Comercial de Santa Catarina para registro da sociedade. Com o registro, adquirirá a sociedade sua personalidade jurídica.

Se os sócios fundadores optarem pela constituição por escritura pública, esta deverá conter os requisitos do art. 88, § 2º, da Lei das S.A.

Aprovado o estatuto, este será encaminhado, juntamente com a escritura pública, a registro na Junta Comercial de Santa Catarina.

3) *Participação de particulares e da Administração Pública na sociedade*

Indaga a consulente acerca da possibilidade de participação da companhia estadual de saneamento, da iniciativa privada e do investidor pessoa física, de modo que a companhia a ser criada possa captar recursos para investimentos nos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Trata-se, na verdade, de decorrência da opção anteriormente exercida. Na medida em que se defina qual modelo societário se adotará (aberto ou fechado), poder-se-á definir a participação da iniciativa privada e das diferentes possibilidades de captação de recursos para investimento.

Se adotado o modelo aberto, a companhia poderá, desde que preenchidos os requisitos exigidos pela CVM, emitir ações para negociação em bolsa e mercado de balcão. Um tal procedimento permite uma maior participação da iniciativa privada, de modo que possibilite captação de recursos.

Em se tratando de companhia fechada, outras possibilidades surgem para viabilizar os investimentos necessários. Em primeiro lugar, quando da constituição da sociedade, podem ser “escolhidos” sócios com capacidade de investimento, ou seja, que aportem capital para a sociedade. Dessa forma, não haveria captação de recursos junto ao público, mas de um grupo selecionado, ou seja, os próprios sócios. Deve contudo ser sopesada em relação à maior complexidade das exigências, além dos custos, da constituição de uma sociedade anônima de capital aberto.

Em um segundo momento, pode-se imaginar uma outra possibilidade: constituição de sociedade de propósito específico. Dessa forma não haveria necessidade de abertura de capital da sociedade de economia mista, ao mesmo tempo em que cada empreendimento poderia ser analisado e conduzido com as reais necessidades de recursos. Seria, dessa forma, possível a consti-

39. José Edwaldo Tavares Borba, ob. cit., p. 190.

tução de sociedade para cada obra que fosse necessária, incluindo-se a construção e adequação do sistema de abastecimento de água e esgoto, por exemplo.

Essas “novas” sociedades seriam criadas segundo as peculiaridades do empreendimento, buscando-se os parceiros adequados a cada caso, analisando-se a viabilidade de abertura ou não de capital em cada caso, e a companhia seria sócia em todos esses empreendimentos.

Tal solução seria juridicamente viável na medida em que fosse incluída cláusula no estatuto social prevendo essa possibilidade dentre os objetivos da companhia.

Pode-se indagar, ainda, uma outra alternativa: a constituição de consórcio. Tal hipótese permite a união de sociedades, em proveito de um empreendimento, sem perder sua personalidade jurídica e sem abdicar de sua autonomia administrativa. Também o consórcio será instrumentalizado por contrato, que poderá ser temporário, sem que isso represente a fusão dessas sociedades. Trata-se da fórmula já consagrada da *joint venture*.

Também há outra forma de captação de recursos particulares que não dependeria da abertura do capital. Trata-se da possibilidade de emissão de debêntures, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 52 e seguintes da Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 10.303/01.

Por fim, aventou-se hipótese de participação popular no empreendimento por meio da venda de ações vinculadas ao pedido de ligação do usuário ao serviço de águas e esgotos. Um primeiro ponto que merece destaque é que não pode ser o usuário obrigado a adquirir ações quando pretender apenas a habilitação/execução do fornecimento do serviço de água e esgoto. Trata-se da chamada “venda casada”, claramente vedada pela Lei nº 8.078/90 (embora exista divergência sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos).

Poder-se-ia pensar então na opção de vender ações tão-somente àqueles consumidores que viessem a solicitar o fornecimento do serviço. Em primeiro lugar, deve-se indagar sobre a viabilidade econômica de uma tal operação, na medida em que o consumidor teria de desembol-

sar valor para adquirir ações (indaga-se: haveria tal disposição?).

Em segundo lugar, uma operação de venda nesses moldes não seria possível. Estar-se-ia a falar aqui de subscrição pública, ou seja, qualquer pessoa interessada em adquirir ações poderia fazê-lo, não se lhe podendo negar a alienação (trata-se da regra de que a proposta vincula o proponente, cf. art. 427 da Lei nº 10.406/02).

Além disso, estar-se-ia a tratar de hipótese de diluição da participação acionária, ou seja, a companhia de saneamento passaria a ter diversos sócios minoritários com todos os direitos que a Lei das Sociedades Anônimas, especialmente após a reforma de 2001, passou a lhes outorgar.

Assume-se a essa situação o fato de que essas ações dependeriam de abertura do capital (registro na CVM e autorização para comercialização); seria necessário manter a proporção dessas ações (seguramente preferenciais – sem direito a voto) em relação às ações ordinárias; todas essas complexidades a depender de soluções e projetos estruturados.

Uma possível saída ao oferecimento público de ações seria a de tornar os eventuais clientes financiadores do empreendimento, via emissão de debêntures. As complexidades decorrentes da abertura do capital e da subscrição pública estariam afastadas. Não se poderia, contudo, mais uma vez condicionar a prestação do serviço à aquisição do título.

4) Emissão de debêntures – Possível forma de captação de recursos privados

Uma possível forma de a companhia vir a captar recursos externos para o desenvolvimento de sua atividade e execução do serviço público de forma adequada seria a emissão de debêntures.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) não define o que seja debênture, mas estabelece que esta cria direito de crédito do titular em face da companhia, nas condições estabelecidas na escritura de emissão (art. 52). Eis a primeira característica essencial do regime legal das emissões de debêntures: o seu regime é definido pela própria emissora.

Fábio Ulhôa Coelho sintetiza a noção: “Debêntures são valores mobiliários que conferem direito de crédito perante a sociedade anônima emissora, nas condições constantes do certificado (se houver) e da escritura de emissão”.⁴⁰

A doutrina costuma classificar a emissão de debêntures como operação de mútuo, pela qual a companhia assumiria o papel de mutuária e o debenturista, de mutuante.⁴¹ Fábio Ulhôa Coelho concorda com essa caracterização, ressalvadas as debêntures perpétuas.⁴² Nesse mesmo sentido é a lição de Rubens Requião.⁴³

Trata-se, em verdade, de posição clássica do Direito Comercial brasileiro. J. X. Carvalho de Mendonça enxergava nessa operação a contratação de mútuo *sui generis*, por meio do qual, em uma única operação, a sociedade (com uma única manifestação de vontade) reconheceria em cada subscritor um credor de fração de direito de crédito.⁴⁴

Também nesse sentido lecionava Waldemar Martins Ferreira: “Representa, com efeito, a debêntura parcela do empréstimo. Tece-se este de células absolutamente iguais, cujo conjunto lhe forma o montante. Se nascem todas ao mesmo tempo, pelo simples fato do lançamento da operação, revestidas dos mesmos requisitos, passa cada qual a viver vida autônoma e independente das demais, como se única fosse”.⁴⁵

Essa teoria para explicar a natureza jurídica da debênture consolidou-se paulatinamente no Direito brasileiro.

O mútuo, no entanto, não é a única causa para a emissão das debêntures; entre outras po-

dem-se citar: a novação, pagamento de outras obrigações e o resgate de debêntures anteriormente emitidas. Essa característica é reconhecida por Carvalho de Mendonça⁴⁶ e por Modesto Carvalhosa.⁴⁷ Seria, segundo este último, um “negócio *sui generis* de mútuo, tal como regulado na lei de regência e na escritura de emissão”.⁴⁸ Não se coadunaria, então, a emissão de debêntures com as características do mútuo comum.⁴⁹

A finalidade desse tipo de operação é a de possibilitar a captação de recursos externos, necessários às atividades da sociedade, barateando os custos. “A fim de evitar os inconvenientes dos pequenos e constantes financiamentos a curto prazo e a altos juros, as sociedades por ações têm a faculdade exclusiva de obter empréstimos do público a longo prazo e juros propostos, inclusive com correção monetária, mediante resgate em sorteios periódicos”.⁵⁰

A debênture, ao seu turno, é reconhecida como título de crédito. Esse entendimento é pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias. Modesto Carvalhosa atribuiu a característica da causalidade a esse título.⁵¹ O mesmo autor, ainda, considera a debênture um título imperfeito, pois lhe faltariam a literalidade e a cartularidade.

Ao final do prazo estabelecido na escritura, a companhia emissora deve reembolsar o debenturista. Esse reembolso dar-se-á com acréscimo, vez que, como salienta Fábio Ulhôa Coelho, “a sociedade anônima que não se comprometer a pagar, no mínimo, esses acréscimos dificilmen-

40. *Curso de Direito Comercial*, 5ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 141.

41. Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 302.

42. Ob. cit., p. 140.

43. *Curso de Direito Comercial*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 536/537.

44. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, pp. 99 e ss.

45. *Tratado das Debênturas*, vol. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, p. 26.

46. Ob. cit., pp. 118 e ss.

47. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 463.

48. Ob. cit., p. 474.

49. Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 473.

50. Rubens Requião, ob. cit., p. 537.

51. Ob. cit., p. 467.

te encontrará interessados na subscrição do valor emitido".⁵²

Esses acréscimos estão previstos no art. 56 da Lei das Sociedades Anônimas, que prevê: "A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso".

A emissão de debêntures dependerá de futura autorização pela assembléia geral (art. 59) a ser convocada para esse fim, observado o disposto no estatuto e nos arts. 59 a 74 da Lei nº 6.404/76.

5) Participação da comunidade na condução da sociedade

Consultante indaga da possibilidade de permitir a participação da comunidade na condução da sociedade.

A participação da comunidade na gestão da Administração Pública tem-se tornado rotineira. Trata-se, em última análise, de tornar transparente a condução dos bens públicos, de modo que possibilite um atendimento mais preciso dos interesses sociais.

A sociedade de economia mista, conforme visto anteriormente, não deixa de compor a própria Administração Pública, com todos os meios de controle de sua atividade.

Além dos chamados controles públicos sobre a atividade da sociedade de economia mista, a obrigatoriedade de publicação de balanços e a publicidade que se dá, em geral, aos seus atos contribuem para uma Administração mais transparente.

A participação da companhia em uma tal sociedade pode dar-se de duas formas: com os diversos particulares acionistas (que não estariam propriamente representando os interesses sociais, mas seus interesses de investidores) ou por meio indireto, via controle acionário da Administração.

A primeira hipótese é aquela observada em algumas sociedades como a Petrobrás. Nesses casos, o indivíduo possui, normalmente, ações preferenciais, ou seja, sem direito a voto, mas com algum outro tipo de vantagem. Sua partici-

pação se dá efetivamente como pequeno especulador, ou seja, interessado na valorização da ação para a conseqüente alienação.

A participação que se espera proveitosa para a comunidade é aquela de acompanhamento e orientação em relação aos rumos a serem tomados pela sociedade. Nesse sentido, importante inovação da Lei nº 10.303/01 foi a consagração da participação no Conselho de Administração de empregado da companhia, escolhidos e indicados pelos demais, nos termos do art. 140, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, com redação dada pela Lei nº 10.303/01.

Esse dispositivo legal consagra a espécie de participação societária do indivíduo não com preocupações puramente mercadológicas, mas enquanto membro de determinada comunidade.

Caberá à companhia de saneamento, contudo, definir qual é o perfil de participação que pretende: se a participação do indivíduo como especulador ou do indivíduo representante de um setor de sua comunidade.

A primeira hipótese demandará abertura de capital e subscrição pública de ações tal como qualquer outra sociedade de cunho eminentemente privado. A segunda hipótese demandará estruturação do estatuto social com a inclusão de mecanismos próprios, tais como: criação de conselho deliberativo que deve ser ouvido em ocasiões definidas no próprio estatuto; criação de diretorias vinculadas a assunto da comunidade; mecanismo de eleição de representante para o conselho deliberativo e para eventuais diretorias; criação de ouvidoria etc.; todas essas possibilidades perfeitamente viáveis, desde que adequadamente previstas no estatuto social.

6) Possibilidade de a empresa vir a operar sistemas de abastecimento em Municípios ou outros

Trata-se de mais uma hipótese perfeitamente viável. Tal operação se daria via contratação administrativa ordinária, por exemplo, convênio, e seria legitimada na medida de sua previsão pelo estatuto social.

7) Dos ativos da companhia

A titularidade do serviço público de tratamento e abastecimento de água pertence ao Município (conforme demonstrado no item 3 da Parte A do presente parecer). A Constituição Federal estabelece a competência do Município para “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” (art. 30, inc. V). Assim sendo, apenas ele pode dispor, definindo a respectiva organização, funcionamento e forma de execução. No presente caso, a execução foi transferida à Casan, sociedade de economia mista estadual, por meio de lei, pelo prazo de trinta anos.

Com efeito, atendendo ao mesmo diploma legal, o Município firmou com a Casan um convênio, tendo como objeto a “concessão para exploração, ampliação e implantação dos serviços públicos de abastecimento de água e coleta e disposição de esgotos sanitários”.

Ora, uma vez encerrado o convênio, o serviço público de água e saneamento há de retornar para a órbita municipal. Não existe nenhum óbice de ordem econômica capaz de impedir a retomada do serviço público pelo Município, uma vez extinto o convênio em razão de seu prazo.

Os serviços públicos de água, esgoto, luz, transporte, dentre outros prestados pelo Estado (muitas vezes de forma indireta), correspondem à categoria de serviços públicos comerciais e industriais. Ou seja, são serviços que a Administração Pública executa para atender às necessidades coletivas de ordem econômica.⁵³

Note-se que os termos “atividade econômica do Estado” e “serviços públicos comerciais e industriais” têm uma conotação própria do Direito Administrativo, pois, apesar de a Administração Pública exercer atividade econômica, mesmo os serviços prestados por ela indiretamente devem atender ao disposto constitucional, no art. 175, IV, e à Lei nº 8.987/95, art. 6º, mantendo o serviço adequado, como prioridade acima de qual-

quer intuito lucrativo. Marçal Justen Filho analisa essa questão muito claramente:

“Significa que *serviço público* é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de *atividade econômica*, porque apresenta caracteres econômicos. É possível, isto sim, diferenciar *serviço público* de uma concepção mais restrita de *atividade econômica*.”

A atividade econômica em sentido estrito peculiariza-se pela possibilidade de exploração econômica lucrativa, segundo princípios norteadores da atividade empresarial. O núcleo do conceito de atividade econômica em sentido estrito é a *racionalidade econômica*, visando à obtenção do lucro, segundo o princípio do utilitarismo. Em princípio, o conceito de atividade econômica em sentido estrito pressupõe a utilização especulativa da propriedade privada, visando precipuamente à realização do interesse dos particulares.

(...)

Já o serviço público, embora configurando uma atividade que pode ser economicamente avaliada (atividade econômica em sentido amplo), identifica-se pela sua orientação ao bem comum. Isso é que conduz à sua assunção por parte do Estado. Quando uma atividade se configura como *serviço público* passa a sujeitar-se a uma disciplina que retrate essa instrumentalidade para realizar o interesse público”.⁵⁴

Diante disso o que se verifica é que a distinção da atividade econômica exercida pelo Estado, por meio do serviço público, é a sua finalidade, que ultrapassa os interesses particulares e individuais e a impossibilidade de os serviços serem paralisados por ausência de lucratividade na sua prestação.

Alaôr Caffé Alves é da mesma opinião quando aduz:

53. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 89.

54. *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 56/57.

“O serviço é público e não mera atividade econômica porque está sob regime de direito público, isto é, não sujeito às regras do mercado. *Ele se diferencia da atividade econômica quanto ao modo de prestação; aos fins a que está vinculado; à relação entre controle e prestação; às obrigações fiscais; à supremacia sobre o interesse particular; à adequabilidade e universalidade da prestação; ao regime de retribuição pela prestação; à forma de transferência de seu exercício a terceiros; à continuidade e qualidade do serviço; à legalidade das atividades que o compõem etc.*

(...)

Uma singular característica que extrema o serviço público da atividade econômica, em razão dos objetivos perseguidos, é precisamente a ‘generalidade’ (também chamada com mais propriedade de ‘universalidade dos serviços públicos’, com o objetivo de atender a toda comunidade, indiscriminadamente)”.⁵⁵

Após conceituar e classificar “serviço público”, e verificar os princípios regentes da sua prestação, deve-se, pois, analisar o art. 30, V, da Constituição Federal, a respeito da definição do que sejam serviços de “interesse local”, já que apenas esses são da competência do Município.

Nesse sentido Hely Lopes Meirelles esclarece:

“O interesse local, já definimos, não é o interesse *exclusivo* do Município, porque não há interesse municipal que não o 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”.⁵⁶

Para que se possa resolver o problema da titularidade municipal de determinados serviços públicos, faz-se mister a definição de serviço público e em seguida o significado da expressão “interesse local”.

Celso Antônio Bandeira de Mello define “serviço público” da seguinte forma:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, *sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais* –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.⁵⁷

Compreende-se como “utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados” os serviços de água, luz, esgoto, transporte coletivo etc. Esses serviços são incumbência do Poder Público, que pode prestá-los diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, de acordo com o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Complementando essa idéia da prestação indireta do serviço público, a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro estabelece *sua titularidade*:

“2. o poder concedente só transfere ao concessionário a *execução* do serviço, continuando *titular* do mesmo, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público; essa titularidade é que lhe permite alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público”.⁵⁸

Portanto, os serviços públicos, ainda que prestados indiretamente pelo Estado, são de sua responsabilidade, sendo seu dever zelar para que sejam prestados de acordo com o interesse público. Ou seja, *o controle da forma como será prestado o serviço público envolve, também, o poder de fixação da tarifa*.

Aqui cabe dar destaque a mais um fato: as tarifas de serviços constituem-se em receitas públicas, conforme preceitua o art. 11, § 1º, da Lei nº 4.320/64.

55. *Saneamento Básico, Concessões, Permissões e Convênios Públicos*, Bauru, Edipro, 1998, pp. 21/24.

56. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 293/294.

57. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 477.

58. *Direito ...*, cit., 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 244.

Em se tratando de receitas públicas, são de titularidade do próprio Município. Em sendo de titularidade do próprio Município, tais receitas poderão ser utilizadas, nos limites definidos em lei, para consecução dos fins do Município, entre eles a prestação do serviço de saneamento básico.

Dessa forma, facilmente se pode admitir a possibilidade de o Município vir a empregar tais recursos em investimentos na sociedade de economia mista a ser criada ou mesmo de empregá-los em garantia a eventuais financiamentos necessários à execução do serviço público de saneamento básico.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o Município é o ente federativo titular do serviço público de abastecimento de água e coleta de esgoto sanitário, bem como das respectivas tarifas.

8) Conclusões

A criação da companhia de saneamento municipal é perfeitamente possível pela atual le-

gislação em vigor; dependerá, contudo, por sua natureza de sociedade de economia mista, de autorização legal prévia.

Diversos arranjos societários são possíveis, desde a criação de uma companhia aberta até a fechada. A adoção de um ou outro modelo reflete, na verdade, opção estratégica da futura companhia.

Ressalte-se que uma ou outra situação não são definitivas, de modo que uma companhia que se constitui fechada pode vir a tornar-se aberta, obedecidos os requisitos legais e o procedimento adequado junto à CVM.

A participação popular nessa futura companhia é possível não só como instituidora e influenciadora das decisões a serem tomadas, mas também como agentes de investidores. Dependendo de qual dos perfis se preferir adotar, deverá-se adequar sua estrutura societária.

S.m.j.

Eis o parecer.