

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS**

ALEXANDRE JOSÉ DANTAS DO NASCIMENTO

**Rio de Janeiro
2017/ 2º SEMESTRE**

ALEXANDRE JOSÉ DANTAS DO NASCIMENTO

**A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Ms. Wallace de Almeida Corbo.**

Rio de Janeiro
2017/ 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

J244c José Dantas do Nascimento, Alexandre
A concessão dos serviços públicos na efetivação de
Direitos Fundamentais: uma análise dos aspectos
jurídicos e práticos / Alexandre José Dantas do
Nascimento. -- Rio de Janeiro, 2017.
77 f.

Orientador: Wallace de Almeida Corbo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Concessão. 2. Serviços Públicos. 3. Direitos
Fundamentais. 4. Saneamento básico. 5. Iniciativa
privada. I. de Almeida Corbo, Wallace, orient. II.
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ALEXANDRE JOSÉ DANTAS DO NASCIMENTO

A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Ms. Wallace de Almeida Corbo**.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____.

Banca Examinadora:

Wallace de Almeida Corbo
Professor Mestre – Faculdade Nacional de Direito, UFRJ – Professor Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 2º SEMESTRE

*Ao meu pai (in memoriam) e minha mãe
pelo amor e apoio recebidos.*

AGRADECIMENTOS

Das inúmeras facetas que compõem o meu eu, inúmeras também são as pessoas que ajudaram a me fazer como sou. Fato de fácil percepção, já que ao longo desta vida, cada um que passou por mim até hoje deixou um pouco de si nas palavras, nos gestos, nas risadas, no apoio diário ou, até mesmo, na forma de existir no mundo.

O ponto inicial de tudo veio do sopro de vida daqueles que tudo fizeram por mim: meu pai, que realiza este sonho comigo ainda que em outro plano, e minha mãe, que está sempre ao meu lado em todas as minhas escolhas. Muito obrigado por tudo. E quando falo em “tudo” é porque demais palavras não conseguiriam definir precisamente o que esses dois seres já fizeram por mim.

Agradeço também à minha avó Francisca Basília, que demonstrou cuidado e carinho até o momento da sua ida, ao meu primo Jefferson Dantas, meu tio Nilson Dantas e meu irmão Matheus Dantas, que mesmo distantes se fazem importantes.

De longas datas e por serem fieis à amizade até hoje, agradeço a Telmo Olimpio, Yuri Pablo, Laysa Menezes e Ana Clara Ferreira.

Quando se trata de Faculdade Nacional de Direito, impossível não registrar o agradecimento às pessoas que me propiciaram ser feliz e completo neste lugar que muito me ensinou: Carolina de Marsillac, Gabriella Carvalho, Julia Vieira, Clarissa Sacramento e Amanda Albernaz.

Ao longo da trajetória acadêmica, que muito ainda falta cumprir, agradeço a todos os meus professores, desde os que ensinaram a ler até os que me deram acesso ao conhecimento jurídico essencial para entender de maneira crítica a sociedade que nos rodeia. Especialmente ao meu orientador Wallace Corbo, que me acompanha desde o primeiro estágio e se mostrou disponível em todas as dúvidas na consecução deste trabalho.

Da longa distância que me separa da minha família há muitos anos, imprescindível se mostrou a ajuda, nesta cidade cheia de contradições, de Felipe Sarraf, Janaina Brasil, Mateus Xavier e Gloria Morgado.

Responsáveis por deixar meu dia a dia mais leve, agradeço a minhas três grandes amigas Carolina Cardoso, Gabriela Fontoura e Paula Carvalho.

Por fim, pelo orgulho de sermos quem somos e de sempre resistir diante dos preconceitos, agradeço aos meus grandes amigos que me enchem de felicidade a cada abraço e momento compartilhados: Vitor Aguiar, Camila Pavi, Antonio Albani e Yuri Braga. O amor só existe quando todos podem amar livremente.

*“Enquanto os homens exercem
Seus podres poderes
Índios e padres e bichas
Negros e mulheres
E adolescentes
fazem o carnaval”*

Caetano Veloso

RESUMO

NASCIMENTO, Alexandre J. Dantas do. *A concessão dos serviços públicos na efetivação de Direitos Fundamentais: uma análise dos aspectos jurídicos e práticos*. 2017. 77 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O intuito da presente monografia é analisar a efetivação de Direitos Fundamentais, consagrados no texto constitucional, na prestação de serviços públicos executados por meio de concessão. Para isso, são analisados, primeiramente, os conceitos e noções básicas de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro. Concomitantemente, faz-se um estudo basilar acerca da construção dos Direitos Fundamentais, de maneira a evidenciar suas características, dimensões e limites à luz do Direito Constitucional. Posteriormente, o ponto central do trabalho é trazido ao debate, uma vez que a concessão, como modalidade de delegação, se torna objeto de pesquisa, ao passo que é sopesado e visto sob a ótica da efetivação de Direitos Fundamentais. O tema é melhor averiguado à medida em que se contrapõe a prestação dos serviços públicos diretamente pelo Estado com a prestação pela iniciativa privada. Por fim, é feito estudo de caso no âmbito do saneamento básico da cidade do Rio de Janeiro, com o objetivo de analisar mais especificamente o ponto crucial do trabalho, qual seja, a concessão de serviços públicos na efetivação de Direitos Fundamentais.

Palavras-Chave: concessão; serviços públicos; Direitos Fundamentais; saneamento básico; iniciativa privada.

ABSTRACT

NASCIMENTO, Alexandre J. Dantas do Nascimento. *The public service concession in realization of Fundamental Rights: an analysis of legal and practical aspects*. 2017. 77 p. Monograph (Graduation in Law) – Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The objective of the present monograph is to analyze the realization of Fundamental Rights, enshrined in the Constitution, in provision of public services executed by concession. In order to, the concepts and basic notions of public services in Brazilian legal system are analyzed. Concurrently, it is done a foundational study about the construction of Fundamental Rights, that aims to emphasize their characteristics, dimensions and limits under Constitutional Law. Afterward, the central point is brought to the debate, once the concession, as a kind of delegation, becomes the object of the research, while it is weighed and viewed as a way to accomplish Fundamental Rights. The theme is better investigated as far as the consummation of public services directly by the state is opposed to the consummation by the private initiative. Finally, it is done a case study about the basic sanitation in the city of Rio de Janeiro, aiming to analyze specifically the crucial point of this work, that is the concession of public services in the consummation of Fundamental Rights.

Keywords: concession; public services; Fundamental Rights; basic sanitation; private initiative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. NOÇÕES INICIAIS ACERCA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.1 Os serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro.....	13
1.1.1. Noções e conceito.....	13
1.1.2. Os serviços públicos de acordo com a Constituição de 1988.....	16
1.1.3. Princípios aplicáveis aos serviços públicos.	18
1.1.4. Classificação dos serviços públicos.....	22
1.2. Breves considerações acerca dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	24
1.2.1. Histórico, conceito e características dos Direitos Fundamentais	24
1.2.2. As dimensões dos Direitos Fundamentais	29
1.2.3. Previsão constitucional e restrições aos Direitos Fundamentais	31
1.3. Considerações finais do capítulo	35
2. A CONCESSÃO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
2.1. A concessão como uma das modalidades de delegação de serviços públicos.....	36
2.1.1. A distinção da concessão com relação às demais espécies de delegação.....	39
2.1.2. O contrato de concessão	42
2.1.3. Regulação e fiscalização.....	43
2.2. A análise conjunta: a concessão de serviço público e os Direitos Fundamentais	46
2.2.1. O direito à prestação, melhoria e manutenção dos serviços públicos	47
2.2.2. A iniciativa privada e sua relação com a promoção dos Direitos Fundamentais ...	49
2.2.3. Uma análise da Lei nº 13.460/2017.....	55
2.3. Considerações finais do capítulo	57
3. ANÁLISE DA CONCESSÃO DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO	58
3.1. Questões introdutórias	58
3.2. Os relevantes aspectos da recente concessão do serviço de saneamento básico no município do Rio de Janeiro	60
3.3. Considerações finais do capítulo	67
4. CONCLUSÕES	69
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

A presente monografia consiste em analisar a efetivação de Direitos Fundamentais, consagrados no texto constitucional, na prestação de serviços públicos executados por meio de concessão.

Em verdade, o tema será melhor averiguado à medida em que contrapusermos a prestação dos serviços públicos diretamente pelo Estado com a prestação pela iniciativa privada, que pode ou não buscar única e exclusivamente o lucro, independentemente da qualidade do serviço prestado e dos anseios populacionais.

Partindo de um ponto de vista geral, o tema contará com algumas delimitações que permitam uma análise mais detida sobre o assunto, até mesmo como maneira de proporcionar conclusões com conteúdo jurídico relevante. Nesse sentido, serão utilizadas: (i) delimitação conceitual; (ii) delimitação de conteúdo; e (iii) delimitação territorial.

A delimitação conceitual pode ser constatada partindo do fato de que existem inúmeras formas de delegação, à iniciativa privada, dos serviços públicos que outrora eram prestados pelo Estado. A presente monografia se deterá exclusivamente à análise da concessão, de maneira a não incluir, no seu objeto central, estudo detalhado sobre demais formas de delegação, tais como Parceria Público-Privada, Autorização, dentre outras.

Passada uma análise de cunho mais teórico, far-se-á uma análise de caso, objetivando ter como centro de estudo um serviço público dentre uma gama de outros serviços existentes. Dessa forma, o serviço público escolhido foi o de saneamento básico.

À luz do local onde se realiza a corrente monografia e considerando, inclusive, a facilidade de acesso às fontes primárias de pesquisa, o espaço delimitado é a cidade do Rio de Janeiro.

À luz da delimitação acima exposta, se faz necessária uma problematização do tema tratado, de maneira a trazer questões obscuras e controversas que serão oportunamente esclarecidas no decorrer da monografia.

Podemos mensurar dois questionamentos de ordem geral e um questionamento de ordem específica. As dúvidas amplas seriam: (i) o serviço público, quando delegado a pessoas jurídicas de direito privado por meio de concessão, possui algum grau de efetivação de Direitos Fundamentais quando executados?; (ii) de uma maneira superficial, a efetivação de Direitos Fundamentais ocorre de maneira mais eficaz quando o serviço público é prestado pelo Estado ou pela iniciativa privada?

Partindo dos questionamentos amplos e indo ao estudo do caso concreto, eis a dúvida específica: a concessão de saneamento básico na cidade do Rio de Janeiro representa, na sua execução, a efetivação de Direitos Fundamentais?

À luz até mesmo das perguntas formuladas, a presente monografia possui dois objetivos gerais: (i) responder se a delegação do serviço público por meio de concessão representa efetivação de Direitos Fundamentais em alguma medida; e (ii) identificar, ainda que de modo superficial, se os Direitos Fundamentais são mais bem promovidos quando os serviços públicos são prestados pelo Estado ou pela iniciativa privada.

Partindo dos objetivos amplos e indo ao estudo do caso concreto, baseado também nos questionamentos formulados, o objetivo específico é constatar se os Direitos Fundamentais são efetivados quando observamos a concessão de saneamento básico da cidade do Rio de Janeiro.

A importância da temática posta se revela à medida que todos os indivíduos inseridos na sociedade brasileira lidamos rotineiramente com as mais variadas espécies de serviço público. Nesse contexto, inúmeros são os debates acerca da qualidade da prestação do serviço público, das recentes concessões que o Estado cada vez mais vem efetivando e dos Direitos Fundamentais, que possuem importância central em qualquer tema que se analise no pós-Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a presente monografia trata de tema afeto à população com um todo, objetivando recolher análises aptas a representar impacto na sociedade a partir dos seus resultados. Até mesmo como uma forma de contribuir na melhoria dos serviços prestados, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada.

1. NOÇÕES INICIAIS ACERCA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Os serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro

1.1.1. Noções e conceito

Importante ressaltar inicialmente a dificuldade enfrentada na conceituação de serviço público. Exatamente por isso, de maneira propedêutica, far-se-á um transcurso, com base da narrativa apresentada por Alexandre Aragão, a respeito da noção de serviço público de acordo com suas matrizes ideológicas principiantes: francesa, americana e europeia.

Na França, o serviço público alcançou uma dimensão única associada às ideias republicanas de igualdade e liberdade¹, sendo caracterizada pelo confronto doutrinário de duas correntes: a defendida pela Escola do Serviço Público e a que teve como expoente Maurice Hauriou².

Os autores da Escola do Serviço Público o entendem como sendo necessário à interdependência e à ordem social, ao passo que Hauriou deu ao serviço público um caráter de mera instrumentalidade. O que ambas as correntes têm em comum, e aí se determina a característica preponderante na noção francesa, é que aliam o serviço público ao poder de império dos governantes³.

Na matriz americana, fica evidente o confronto entre o interesse comum, que é o resultado da soma dos interesses particulares, e interesse público, que é o interesse do Estado frente aos particulares⁴. Partindo disso, a noção de serviço público americana – *public utilities* – consiste na atividade da iniciativa privada regulada e limitada pelo Estado⁵.

A União Europeia, por sua vez, não se mostra contrária à prestação do serviço público pelo Estado, desde que isto não ocorra de maneira exclusiva e a prestação estatal esteja

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 75.

² Ibid., p. 93.

³ Ibid., p. 94.

⁴ Ibid., p. 97.

⁵ Ibid., 102.

submetida às regras concorrenciais⁶. Seria, para alguns doutrinadores, uma noção mais *soft*, dando origem aos chamados serviços de interesse econômico geral⁷.

Partindo dessas noções doutrinárias, cabe conceituar a ideia de serviço público à luz do ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, serão avaliados os conceitos de serviços públicos por meio de recorte histórico, de maneira que consigamos entendê-los desde uma noção mais autoritária até uma versão mais contemporânea.

Na concepção de Hely Lopes Meirelles, que representa o Direito Administrativo mais autoritário⁸, serviço público é entendido como “*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*”⁹. Assim, o autor se resume a dar uma definição ampla daquilo que merece melhores especificações, dado o risco de se confundir com outros tipos de atividade. Além disso, confere ao Estado ampla arbitrariedade para determinar, de acordo com sua mera conveniência, o que seria um serviço público.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, identificado por representar o Direito Administrativo do fim do século XX, serviço público é definido como sendo a atividade que o Estado toma para si, sob regime de Direito Público, em decorrência do seu papel prestacional de satisfazer as necessidades da sociedade:

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 às vezes, 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 normativo¹⁰.

⁶ BEZERRA, Helga Maria. As transformações da noção de serviço público na União Europeia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 32, jan./jun. 2008, p. 104-133.

⁷ *Ibid.*, p. 130.

⁸ O perfil autoritário do Direito Administrativo defendido por Hely Lopes Meirelles, voltado à proteção da ordem pública, pode ser verificado em seu discurso proferido na Escola Superior de Guerra em 24 de maio de 1972. Para tanto cf. MEIRELES, Hely Lopes. Poder de Polícia e Segurança Nacional. In: *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 4, n. 40, set. 2002. Ainda assim, autores mais contemporâneos defendem um Direito Administrativo voltado à promoção de Direitos Fundamentais. Para tanto cf. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 289.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 679.

Por sua vez, Alexandre Aragão, dentro de um contexto mais contemporâneo, propõe um conceito mais específico, com pontos em comum se comparados aos dois autores já citados, mas imbuindo na definição as ideias de remuneração, delegação e titularidade. Veja-se:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem estar-social¹¹.

Por fim, Marçal Justen Filho, também alocado numa perspectiva contemporânea, aponta uma definição de serviço público que mais parece se adequar aos fins aqui pretendidos, uma vez que o vincula à promoção de direitos fundamentais sem se dissociar das delimitações básicas já apontadas pelos outros autores. Nesse sentido:

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 público¹². (grifou-se)

Dessa forma, a partir da concepção adotada, é possível indicar alguns requisitos para a conceituação de um serviço como público: (i) ser atividade administrativa material ou imaterial de natureza funcional pública; (ii) ter como objetivo a satisfação de necessidades concretas de grupos individuais ou transindividuais; (iii) ser vinculado à promoção de um direito fundamental; (iv) ser destinado a um grupo indeterminado de pessoas; e (v) ser executado sob regime de direito público.

Diante da conceituação posta, importante destrinchar cada requisito apontado. O serviço público é uma atividade, pois necessita de atuação humana e material para se concretizar. Denomina-se como administrativa já que não se põe como sendo judicial ou legislativa. É pública em decorrência das funções que desempenha na sociedade¹³.

Ademais, objetiva a satisfação concreta de grupos individuais ou transindividuais, pois surge do anseio populacional em ter suas necessidades diárias atendidas e “*não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado*”¹⁴.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 109.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.478.

¹³ *Ibid.*, p. 478.

¹⁴ *Ibid.*, 479.

Constitui-se como prestação de utilidade materiais e imateriais, uma vez que pode se ater tanto à prestação de serviço de energia elétrica, por exemplo, como a de radiodifusão de rádio e imagens, que se traduz em utilidade imaterial¹⁵.

Além disso, e aí se funda o teor importante do serviço público, é que ele se presta à efetivação de Direitos Fundamentais, já que estes não podem deixar de ser satisfeitos. Melhor elucidando este requisito, Marçal afirma:

Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos¹⁶. (grifou-se)

No mais, se destina a pessoas indeterminadas, tendo em vista o seu caráter de generalidade, não se restringindo a nenhum público específico. Por fim, é executado sob regime de Direito Público em decorrência do objetivo público que almeja, qual seja, a própria promoção de Direitos Fundamentais.

1.1.2. Os serviços públicos de acordo com a Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988 traz inúmeras referências aos serviços públicos, demarcando, desde já, seu caráter comprometido e ativo na efetivação de direitos sociais por parte do Estado¹⁷. Assim, por exemplo, o artigo 21¹⁸, ao tratar das competências materiais da União, elenca algumas atividades que são consideradas como públicas a partir da sua vinculação Direitos Fundamentais¹⁹.

Adiante, o artigo 30 da Constituição prevê que os Municípios são os entes competentes para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluindo os transportes e o

¹⁵ Ibid., p. 479 – 480.

¹⁶ Ibid., p. 480.

¹⁷ TÁCITO, Caio. Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, out./dez. 1993, p. 2 – 3.

¹⁸ Dentre os serviços previstos no artigo 21 da Constituição, é possível citar alguns, dentre eles: serviço postal e correio aéreo (inciso X); serviços de telecomunicação (inciso XI); serviços de radiodifusão sonora (inciso XII, a); serviços de energia elétrica (inciso XII, b); serviços de transporte rodoviário, aquaviário e rodoviário (inciso XII, c, d), dentre outros.

¹⁹ “Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais”. (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 484)

atendimento à saúde. Outras referências são feitas aos serviços públicos ao longo da Constituição, incluindo educação²⁰, saúde²¹, cultura²², meio ambiente²³, desporto e lazer²⁴ e afins.

Assim sendo, observa-se que o constituinte considerou todas essas atividades essenciais. Entretanto, apesar das inúmeras referências às atividades de essencialidade pública, não há na Constituição a definição de um termo exato para a delimitação de um serviço como público.

A utilização de nomenclatura “*serviço público*” ao longo do texto constitucional parece ser confusa e desprovida de rigor técnico. Ora o serviço público citado faz referência a atividades de titularidade estatal passíveis de desenvolvimento pela iniciativa privada²⁵, ora como atividade prestacional do Estado²⁶, ora como sinônimo de Administração Pública²⁷ e assim por diante.

²⁰ Constituição da República/1988. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²¹ Constituição da República/1988. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Art. 30. Compete aos Municípios: VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

²² Constituição da República/1988. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

²³ Constituição da República/1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁴ Constituição da República/1988. Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

²⁵ Constituição da República/1988. 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.

²⁶ Constituição da República/1988. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

²⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Exatamente por isso, Alexandre Aragão²⁸ indica ser possível extrair da Constituição algumas concepções de serviços públicos: (i) amplíssima, que indica ser serviço público todas as atividades exercidas pelo Estado, seja econômica, de polícia administrativa ou de fomento; (ii) ampla, na qual se incluem os serviços econômicos, sociais e os *uti universi*, ficando de fora a polícia administrativa; (iii) restrita, que inclui somente as atividades diretamente vinculadas ao indivíduo, de maneira a excluir os serviços *uti universi*; e (iv) restritíssima, que exclui tanto os serviços *uti universi* quanto os sociais, ficando somente aqueles prestados única e exclusivamente pelo Estado.

O autor acaba concluindo ser mais adequada a concepção restrita, com o que concordamos, já que são abrangidos uma série de serviços – serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais - com unidade de sentido²⁹, ainda que tenham regime jurídico diferenciado.

Na tentativa de distinguir o papel prestacional do Estado de acordo com os serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰ ainda indica as seguintes imposições constitucionais: (i) serviços prestados obrigatória e exclusivamente pelo Estado, que são os serviço postal e correio aéreo; (ii) serviços obrigatórios ao Estado com outorga obrigatória a terceiros, que são os de radiodifusão sonora ou de imagens e sons; (iii) serviços de prestação obrigatória do Estado sem exclusividade, que são exemplificadamente os de saúde, educação, previdência social, radiodifusão e assistência social; e (iv) serviços não obrigatórios ao Estado, mas caso não o prestem tem o dever se outorgar a terceiros por meio de permissão ou concessão, que são todos os demais.

Dessa forma, restou à doutrina pormenorizar a contribuição da Constituição no tocante aos serviços públicos, seja delimitando o campo de atuação do Estado seja indicando qual a concepção mais compatível com os anseios do poder constituinte originário.

1.1.3. Princípios³¹ aplicáveis aos serviços públicos.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos; op. cit., p. 138 – 143.

²⁹ Ibid., 151.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 696 – 968.

³¹ Não estamos aqui adotando o conceito de princípio como norma jurídica, mas como mandado de otimização, conforme preceituado por autores como Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008).

Os serviços públicos são regidos por princípios em decorrência da sua natureza única, de forma tal que se distinguem da natureza comum dos serviços privados. É possível citar oito princípios aplicáveis aos serviços públicos, quais sejam³²: generalidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, segurança, cortesia e modicidade³³.

A generalidade pode ser entendida de duas formas: (i) ao dever do Estado em atingir e beneficiar o maior número de indivíduos no todo social; e (ii) à impossibilidade de se estabelecer critérios discriminatórios entre os beneficiários do serviço público, já que todos devem ser tratados de igual forma, o que se coaduna com o princípio geral da impessoalidade da Administração Pública³⁴.

A continuidade, por sua vez, impõe ao Estado o dever de prestar permanentemente o serviço, o que não indica necessariamente que o serviço não poderá ser suspenso por motivos de força maior, emergência, ordem técnica e ordem particular³⁵, desde que de maneira motivada.

Nesta seara, é possível apontar debate em torno da suspensão de serviços em decorrência do inadimplemento do usuário. O entendimento majoritário que se tem é que a suspensão só será admitida se for remunerada por tarifa - já que gera obrigação de caráter pessoal - e desde que os débitos sejam atuais³⁶.

Assim sendo, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela possibilidade de interrupção no fornecimento de água a usuário inadimplente³⁷, restando inaplicável ao caso o

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 417.

³³ Foi adotado o rol de princípios do Diogo de Figueiredo em razão de sua abrangência. Demais autores apresentam rol de princípios mais restrito, como é o caso de José Santos Carvalho Filho, por exemplo, que aponta a existência de somente quatro princípios: modicidade, eficiência, continuidade e generalidade.

³⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224 apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 343.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 417.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelações cíveis. Ações conexas. Cobrança, do novo usuário, autor, de débito de energia elétrica de terceiro. Sentença única para ambas as ações, sendo julgados improcedentes os pedidos. Irresignação do demandante. Interposição de um recurso de apelação pelo autor em cada demanda. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da unirrrecorribilidade. Conhecimento unicamente do apelo que primeiramente foi protocolizado (0000445-37.2011.8.19.0031). Preclusão consumativa em relação ao posterior. Suspensão do serviço na hipótese que se mostra ilícita e abusiva. Dano moral configurado. Inexistência de prova quanto aos alegados danos materiais. Não acolhimento desta pretensão. Apelação nº 0000445-37.2011.8.19.0031. Apelante: Rogério da Costa Procópio. Apelada: Light Serviços de Eletricidade S.A. Relator: Murilo Kieling. Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 2016.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil E Administrativo. Inexistência De Violação Do Art.

artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor³⁸, que dispõe serem ininterruptos os serviços essenciais.

Adiante, o princípio da regularidade aduz que o serviço deve manter suas condições e características de forma linear, seja o Estado ou o delegado que o esteja prestando. Implica a necessidade da manutenção da qualidade de acordo com padrões legais, até mesmo como maneira de possibilitar o controle e exigências por parte dos usuários³⁹.

A eficiência atesta a necessidade do Poder Público executar os serviços de uma maneira eficiente, ou seja, com maior produtividade e menos dispêndio⁴⁰. A empresas concessionárias tem o dever, de acordo com o artigo 175, parágrafo único, IV da Constituição⁴¹, de manter o serviço prestado adequado, logo devendo respeitar o princípio da eficiência.

Tal postulado se mostra tão importante que foi incluído no rol do artigo 37 de princípios gerais da Administração Pública por meio da Emenda Constitucional 19/1998, passando a ser um direito difuso da cidadania⁴². Apesar de tal importância, existe dificuldade em conferir conteúdo jurídico à eficiência, especialmente no tocante à possibilidade de controle dos atos administrativos à luz dessa norma.

O princípio da atualidade ressalta a importância de atualização com relação aos avanços tecnológicos e científicos na prestação do serviço público - principalmente no tocante àqueles serviços de utilidade pública - a fim de melhorar a qualidade das atividades desenvolvidas⁴³. Observa-se sua similaridade com relação ao princípio da eficiência supracitado.

535 do CPC. Fornecimento De Água. Corte. Usuário Inadimplente. Possibilidade, Após Prévio Aviso. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 364.470/RJ. Agravante: Conceição da Silva Guimarães. Agravado: Companhia Estadual de Águas e Esgotos. Relator: Mauro Campbell. Brasília, 24 de setembro de 2013.

³⁸ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 418.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 348.

⁴¹ 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: V - a obrigação de manter serviço adequado.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 418.

⁴³ Ibid., p. 418 - 419.

Também aliada à eficiência, a segurança indica o fato de que durante a execução do serviço, os usuários e os bens afetos devem estar salvaguardados, de maneira que os administrados não tenham sua integridade comprometida⁴⁴.

Ademais, a cortesia perpassa, em alguma medida, o bom trato que os usuários devem receber, uma vez que os prestadores devem enfatizar a gestão de sua atividade em prol de toda a população⁴⁵. Isto se comunica diretamente com o artigo 37, §3º da Constituição, que assegura por meio de norma de eficácia limitada a possibilidade de reclamações concernentes à prestação do serviço público como um todo⁴⁶.

Por último, o princípio da modicidade significa que os preços cobrados em contraprestação à execução do serviço devem ser razoáveis e adequados, com o objetivo de atender tanto à capacidade econômica dos usuários quanto às exigências do mercado⁴⁷.

Acerca da necessidade de observância da modicidade tarifária, o Tribunal de Contas da União já evidenciou sua importância:

Denúncia. Exploração de centrais geradoras de energia hidroelétrica. Vencimento de prazo contratual. Ausência de prorrogação. **Continuidade da exploração em desacordo com legislação setorial. Prejuízos à modicidade tarifária e à eficiência energética.** Conhecimento. Procedência parcial. Determinações⁴⁸. (grifou-se)

O que é possível notar, em decorrência de todos os princípios expostos, é o fato de que a prestação do serviço público deve estar respaldada em critérios que dão valor e impõem limites nas respectivas atuações do Poder Público ou das concessionárias de serviço público.

⁴⁴ Ibid., p. 419.

⁴⁵ Ibid., p. 419.

⁴⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 348.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Denúncia relacionada à exploração de centrais geradoras de energia hidroelétrica pela Companhia Brasileira de Alumínio (CBA) em desacordo com a legislação setorial. Processo nº 033.107/2016-5. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 09 de agosto de 2017.

O que corrobora, em última análise, com o comprometimento em atender os direitos dos usuários.

1.1.4. Classificação dos serviços públicos.

A classificação dos serviços públicos pode ocorrer de acordo com suas respectivas particularidades. Para tanto, adotar-se-ão os critérios de classificação⁴⁹ elencados por Hely Lopes Meirelles⁵⁰, uma vez que se mostram mais completos ao estudo, quais sejam: essencialidade, adequação, finalidade e destinatários.

O primeiro critério, da essencialidade, subdivide os serviços em públicos e de utilidade pública. Os públicos são os prestados exclusivamente pela Administração de maneira direta, não podendo sequer serem delegados, uma vez que envolvem atos de império e medidas compulsórias⁵¹. Os de utilidade pública são prestados diretamente pelo Estado ou podem ser objeto de concessão, permissão ou autorização, possuindo como objetivo facilitar a vida dos indivíduos no meio social⁵².

Como exemplo de serviços públicos nós podemos citar os de defesa nacional, polícia e preservação da saúde; ou seja, todos envolvem o exercício efetivo do poder de polícia⁵³. Os de utilidade pública são os serviços de transporte, energia elétrica, gás, telefone e afins.

O critério da adequação decompõe os serviços em próprios e impróprios⁵⁴. Os primeiros são atinentes às atribuições do Poder Público de maneira estrita, tais como a promoção de segurança, saúde pública, manutenção do judiciário etc⁵⁵. Em decorrência do seu caráter

⁴⁹ Demais autores elencam critérios diversos de classificação. José Santos Carvalho Filho, por exemplo, adota os critérios da extensão, âmbito de incidência e natureza. Para tanto cf. CARVALHO FILHO, José Santos, op. cit., p. 335. Por sua vez, Marçal Justen Filho elenca como critérios de classificação a competência federativa, o grau de essencialidade e a necessidade a ser satisfeita. Para tanto, cf. JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 620.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 419 – 426.

⁵¹ *Ibid.*, p. 420.

⁵² *Ibid.*, p. 420 – 421.

⁵³ *Ibid.*, p. 420.

⁵⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro também classifica os serviços públicos em próprios e impróprios, mas diferentemente de Hely Lopes Meirelles, a autora indica que os serviços próprios são prestados pelo Estado ou por meio de delegação, enquanto os impróprios correspondem a atividades privadas executadas, autorizadas, regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 113 – 114.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 422.

essencial, os serviços próprios são gratuitos ou de baixa remuneração, não podendo ser, em regra, delegados a particulares⁵⁶. Os impróprios podem ser prestados pela Administração ou delegados, dado que não envolvem substancialmente os interesses da coletividade, mas tão somente interesses comuns dos particulares⁵⁷.

O terceiro critério, da finalidade, traz de um lado, para Hely Lopes Meirelles, os serviços administrativos, que são aqueles que se destinam à satisfação de necessidades da própria Administração Pública, e os serviços industriais, que geram receita para quem os presta mediante remuneração⁵⁸.

Todavia, Maria Sylvia Di Pietro⁵⁹ discorda de tal visão, uma vez que indica a existência de três serviços dentro deste critério, quais sejam os serviços administrativos, industriais e sociais.

Na visão da autora, os serviços administrativos são conceituados da mesma forma. Contudo, a mesma diferencia os serviços industriais dos sociais. Enquanto os primeiros atendem interesses coletivos de ordem econômica, os últimos – saúde, educação, previdência, cultura e afins - atendem necessidades coletivas mediante atuação do Estado e, concomitantemente, da iniciativa privada⁶⁰.

Por fim, de acordo com o último critério, dos destinatários, os serviços ainda podem ser divididos em *uti universi* e *uti singuli*. Os serviços *uti universi* ou gerais são prestados a usuários indeterminados, satisfazendo interesses gerais e não gerando direito subjetivo aos administrados⁶¹. Como exemplo, podemos citar a iluminação pública e a coleta de lixo.

Enquanto isso, nos serviços *uti singuli* ou individuais é possível identificar e mensurar a utilização do serviço de acordo com cada usuário, como ocorre nos serviços de água,

⁵⁶ Em alguns casos, diante de determinação constitucional ou infraconstitucional, tais serviços podem ser delegados aos particulares, como por exemplo os serviços notariais e de registro, por força da determinação do artigo 236 da Constituição da República/1988.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 422.

⁵⁸ Ibid., p. 422.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 114 – 115.

⁶⁰ Ibid., p. 116.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 423.

transporte, energia elétrica etc. Contrariamente aos serviços *uti universi*, geram direito subjetivo aos particulares e são remunerados por meio de taxa ou tarifa⁶².

Em decorrência da classificação posta, importante classificar o saneamento básico, vez que será objeto de estudo posterior. Nesse sentido, o saneamento se põe como sendo um serviço de utilidade pública, impróprio, industrial e *uti singuli*.

1.2. Breves considerações acerca dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

1.2.1. Histórico, conceito e características dos Direitos Fundamentais

Torna-se tarefa difícil conceituar adequadamente e de maneira precisa o que seriam os Direitos Fundamentais. Dessa forma, a fim de auxiliar nesta tarefa, importante iniciar a presente narrativa traçando um breve histórico⁶³ acerca de tais direitos.

Howard K. Stern, delimitando o histórico dos Direitos Fundamentais, o divide em três etapas: (i) a primeira que se desenvolve até o século XVI; (ii) a intermediária, marcada pelo surgimento de doutrinas jusnaturalistas acerca dos direitos do homem; e (iii) a última marcada pelo processo de constitucionalização iniciada em 1776 com a Declaração de Independência dos Estados Unidos⁶⁴.

A primeira fase é elencada como sendo a pré-histórica, demarcada por uma noção principiante do mundo antigo de que o homem é titular de direitos naturais, tais como a liberdade, dignidade e igualdade⁶⁵. Tal entendimento encontra base principalmente na filosofia clássica e no pensamento cristão⁶⁶.

⁶² Ibid., p. 423 – 424.

⁶³ Cabível ressaltar aqui a existência de críticas e métodos específicos para o desenvolvimento de “evoluções” históricas de institutos jurídicos. Para tanto Cf. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.

⁶⁴ STERN, Howard K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: [s.n.], 1988, p. 56. v. III/1 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 39.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

⁶⁶ É de se ressaltar que os valores e conceitos entendidos como certos à época, em decorrência do contexto histórico, em muito se destoam da atualidade. A título de exemplo podemos citar a própria noção de igualdade e liberdade, que possuía um significado por vezes excludente e segregatório. O pensamento aristotélico é um exemplo disto que aqui se afirma.

A partir de então é possível identificar a fase intermediária, caracterizada essencialmente pela existência dos pensadores da Idade Média, em especial São Tomás de Aquino, e dos contratualistas. Desenvolveu-se neste lapso a doutrina jusnaturalista.

Partindo de São Tomás de Aquino, é possível identificar em seus pensamentos, caracterizados pela profunda relação com o cristianismo, a importância dada à dignidade humana e à necessidade de limitação do poder por meio, até mesmo, do direito de resistência da população⁶⁷.

Adiante, é importante ressaltar a existência das cartas de direitos assinadas pelos monarcas ao longo do século XVII. Lord Edward, discutindo a *Petition of Rights* de 1628, atesta a existência dos *fundamental rights* dos ingleses, principalmente no referente à liberdade e propriedade⁶⁸.

Nesta mesma fase, ainda é possível apontar a contribuição dos contratualistas na construção dos direitos naturais do homem, dentre eles Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant.

Hobbes, a partir dos estudos que desenvolve sobre o estado de natureza, considera que o homem possui alguns direitos naturais inerentes à sua pessoa, que, na existência de um soberano, são a ele disponibilizados⁶⁹.

Locke reconheceu alguns direitos naturais de eficácia oponível inclusive aos soberanos, tais como vida, liberdade e propriedade, que eram o fim prioritário do todo social e o princípio legitimador básico do governo⁷⁰. A resistência, por sua vez, só era disponível aos cidadãos e proprietários, já que sujeitos e não simples objetos do governo⁷¹.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 40 -41.

⁶⁸ Ibid., p. 42.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 23 – 63.

⁷⁰ “Con Locke, la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad se convierte en el fin prioritario de la sociedad civil y en el principio legitimador básico del gobierno. Mientras que Pufendorf cifró en la dignidad humana el postulado del que deriva su sistema de derechos naturales” (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 31).

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 43.

Kant enfatiza o direito à liberdade, para ele inerente a todo homem em razão do seu existir como humano. Esta liberdade, todavia, encontra limite na existência da liberdade do outro e na obediência às leis que são de seu livre consentimento⁷².

Acerca da última fase apontada por K. Stern, importante destacar que sua principal característica se dá com o processo de positivação de direitos que, em alguma medida, já vinham sendo reconhecidos ao longo dos séculos por documentos que possuem importância até os dias atuais.

Um destes documentos é a Magna Carta, firmada em 1215 a fim de garantir à nobreza privilégios, além de alguns direitos civis básicos, como a propriedade, *habeas corpus*, devido processo legal, liberdade de locomoção, livre acesso à justiça etc⁷³.

Possível também citar na Inglaterra a *Petition os Rights* supracitada, o *Habeas Corpus Act*, e o *Bill of rights*⁷⁴. Estas declarações foram importantes na extensão das liberdades e afirmação de direitos, porém não podem ser consideradas como marcos iniciais para o nascimento dos Direitos Fundamentais tal como o entendemos atualmente⁷⁵.

De acordo com Ingo Sarlet, a matriz dos Direitos Fundamentais encontra sua origem na Declaração de Direitos do povo da Virgínia em 1776, ainda que possuam alguns doutrinadores que entendam que isto tenha ocorrido somente com a Declaração Francesa em 1789⁷⁶.

Ao seu entender, do qual compartilhamos, as declarações americanas positivaram direitos já reconhecidos, além de indicar os meios pelos quais os cidadãos podem conseguir a sua garantia efetiva, qual seja a partir do controle judicial de constitucionalidade, também entendido por si só como um direito fundamental a partir da Constituição americana de 1791⁷⁷.

⁷² Ibid., p. 43.

⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25 – 26.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 45.

⁷⁶ Ibid., p. 46.

⁷⁷ Ibid., p. 47.

Não obstante, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão também possui demasiada importância, já que fruto de processo revolucionário e reconhecadora dos direitos e liberdades fundamentais.

Ambos os documentos possuem influência jusnaturalista e reconhecem direitos que não são adstritos a nenhum estamento social. De acordo com Luño:

Los derechos recogidos en tales documentos a la libertad, a la propiedad y a la búsqueda de la felicidad corresponden a todo individuo por el miembro hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de un estamento, ni siquiera a los de un país, sino de facultades universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles. Son derechos emanados de las propias leyes de la naturaleza (...)⁷⁸.

Dessa forma, estes foram os marcos para a consolidação dos Direitos Fundamentais, ou seja, para a efetivação de direitos adstritos à esfera humana que passaram do plano das ideias e de princípios jusnaturalistas para normas positivadas, tanto em Declarações quanto em Constituições⁷⁹.

A respeito, mais especificamente, da distinção entre Direitos Fundamentais, objeto central da presente monografia, e Direitos Humanos⁸⁰, afirma Ingo Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo **“direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional**, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os

⁷⁸ “Os direitos reconhecidos em tais documentos como a liberdade, a propriedade e a busca pela felicidade correspondem a todo indivíduo desde seu nascimento; tratam-se de direitos que, portanto, não estão restritos a membros de um estamento, nem mesmo de um país, sendo facultades universais, absolutas, invioláveis e imprescritíveis. São direitos emanados das próprias leis da natureza (...)”. (LUÑO, Antonio Enrique Perez, op. cit., p. 35-36, tradução nossa)

⁷⁹ ROCHA, Paulo Victor. Definição e estrutura dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr. 2015, p. 117 -151.

⁸⁰ Acerca da mesma distinção, apontando no mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira afirma: “A despeito dos diversos desacordos terminológicos que envolvem a linguagem dos direitos, há certa tendência em utilizar a referida expressão para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem constitucional. O termo direitos humanos tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecidos da esfera internacional (...)”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 76).

povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)⁸¹. (grifou-se)

Assim sendo, fique registrado que, ao nos referirmos a Direitos Fundamentais estamos querendo tratar de direitos positivados e assegurados pela ordem constitucional, ainda que existam alguns autores que utilizam nomenclaturas tais como “Direitos Humanos Fundamentais”⁸².

No mais, as normas de Direitos Fundamentais possuem caráter duplo, uma vez que são compostas tanto por regras quanto por princípios⁸³. Essa se constitui como sendo aspecto determinante na construção da Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo Robert Alexy⁸⁴.

Já tendo conceituado os Direitos Fundamentais, importante tecer considerações acerca das suas características, a fim de tornar clara a compreensão acerca do tema e, assim, ser possível prosseguir nesse estudo.

Analisando o ordenamento, temos que tais espécies de direitos são hermeneuticamente superiores se comparados com os demais direitos consagrados pela ordem estatal⁸⁵. Exatamente por isso possuem as características de: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade^{86 87}.

A imprescritibilidade, a inalienabilidade e a irrenunciabilidade, dizem respeito, respectivamente, ao fato de que os Direitos Fundamentais não convalescem com o decurso do tempo, e não são possíveis de serem transferidos gratuita ou onerosamente, bem como renunciados.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 33.

⁸² Ibid., p. 31.

⁸³ Aqui estamos adotando o conceito de princípios como normas. Para tanto cf. ALEXY, Robert, op. cit., p. 90 – 91.

⁸⁴ Ibid., p. 144.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de Moraes, op. cit., p. 41.

⁸⁶ José Afonso da Silva ainda aponta a característica da historicidade, que indica que os Direitos Fundamentais se desenvolveram ao longo do tempo, o que rechaça a suposição de que possuem origem jusnatural. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 181.

⁸⁷ Ibid., p. 41.

Enquanto isso, a universalidade destaca que os Direitos Fundamentais devem ser irrestritos à população como um todo, não devendo ser reduzidos à parcela da sociedade; a efetividade indica a necessidade dos Direitos Fundamentais passarem de mera previsão legal para efetiva prestação. Ambas as características, em alguma medida, se coadunam também com os princípios da generalidade e eficiência dos serviços públicos.

Por fim, a interdependência e a complementariedade revelam o caráter de que os Direitos Fundamentais são autônomos, possuem diversas finalidades, devendo estabelecer relações entre si e com todo o ordenamento jurídico para que possam se fazer mais aplicáveis.

1.2.2. As dimensões dos Direitos Fundamentais

A partir das digressões já realizadas, insta discutir sobre as dimensões dos Direitos Fundamentais. E fale-se em dimensões e não em “gerações” de direitos, uma vez que, seguindo a Doutrina mais moderna, geração traz um caráter de substituição e evolução de um direito por outro⁸⁸ – o que não é verdade.

Assim sendo, podemos considerar primeiramente a existência de três dimensões de Direitos fundamentais. Todavia, há quem aponte também a existência de mais duas dimensões, que seriam a quarta e a quinta.

A primeira dimensão encontra sua base no pensamento liberal-burguês do Século XVIII, que é marcado por um processo de controle da força do Estado por parte da sociedade⁸⁹. Demonstrem-se como sendo direitos aptos a assegurar a esfera da autonomia individual e são caracterizados como sendo direitos de cunho negativo⁹⁰.

Como exemplos de direitos de primeira dimensão podemos citar aqueles de inspiração jusnaturalista, como o direito à vida, propriedade, igualdade e liberdade (o que inclui suas diversas facetas, como a liberdade de expressão, imprensa, reunião, manifestação etc).

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 5, 2005, p. 546.

⁸⁹ O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 55 – 59.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 50.

Paulo Bonavides definiu tais direitos como sendo direitos civis e políticos, correspondentes ao processo de constitucionalização ocidental, que se mantêm nos textos constitucionais até a atualidade, o que demonstra seu grau de importância⁹¹.

Os direitos de segunda dimensão encontram origem diante dos graves problemas econômicos e sociais que surgiram com o processo de industrialização, especialmente ao longo do Século XX⁹². São pautados na ideia de que o Estado deve exercer um papel ativo e prestacional na efetivação de direitos básicos.

Estão ligados à ideia de Estado do bem-estar social e podem ser identificados como os direitos de prestação positiva, uma vez que demandam atuação direta do Estado para que possam ser concretizados, não bastando mera abstenção para que se façam valer no plano da realidade⁹³.

Nascem “abraçados ao princípio da igualdade”⁹⁴ e englobam uma série de direitos aos trabalhadores, bem como se associam à ideia de justiça social e busca por uma sociedade mais equânime de condições para todos.

A terceira dimensão de direitos ganha melhor contorno no pós 1ª e 2ª Guerras Mundiais, momento em que se constatou a necessidade de proteger direitos atinentes à coletividade com o objetivo de evitar e combater episódios marcados por abuso de poder e genocídios, tal como ocorreu ao longo do Século XX⁹⁵.

Podem ser entendidos como os direitos de fraternidade ou solidariedade, possuindo a característica de serem transindividuais, já que atingem os indivíduos de maneira geral,

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

⁹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68 – 80.

⁹³ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18 – 22.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 564.

⁹⁵ Diante da força que o Nazismo criou à época, esta dimensão de direitos também se viu associada à valorização dos Direitos Humanos a nível supranacional. Cf. MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

indeterminável e indefinida. Como exemplos, podemos citar o direito à paz, ao meio ambiente e à autodeterminação dos povos⁹⁶.

Uma quarta dimensão de direitos ainda é citada por alguns autores⁹⁷, como Paulo Bonavides⁹⁸, que os identificam como sendo os direitos decorrentes do processo de globalização. Compõe-se de direitos à informação e à democracia e ainda não encontraram efetivamente um processo de positivação nas Constituições.

A partir das dimensões de Direitos Fundamentais exposta, surgem algumas problemáticas atinentes à questão. A primeira delas diz respeito ao fato de que estes direitos vêm tendo sua noção e entendimento constantemente atualizados, vide até mesmo os direitos liberais tradicionais, como a liberdade e a igualdade⁹⁹.

Uma segunda questão importante de apontar é a dificuldade que se tem em dar concretização às previsões constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos de segunda e terceira dimensões¹⁰⁰. Enfrenta-se cotidianamente dificuldade no processo de concretização de tais direitos, muitas vezes em razão do acúmulo de funções por parte do Estado.

1.2.3. Previsão constitucional e restrições aos Direitos Fundamentais

Após um complicado período de crise democrática vivenciada pelo Brasil durante a ditadura militar, foi iniciado o processo de elaboração da Constituição de 1988, que significou importante passo na redemocratização do país e tentou conciliar os diversos anseios da sociedade¹⁰¹.

A partir disso, devemos considerar que a Constituição democrática de 1988 incorporou em seu texto um leque diverso de Direitos Fundamentais. E quando queremos dizer Direitos Fundamentais estamos fazendo menção tanto aos consagrados no Título II da Constituição -

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 53.

⁹⁷ Há ainda quem aponte a existência de uma quinta dimensão de Direitos Fundamentais, contudo não iremos adentrar neste pormenor teórico, tendo em vista que a grande parte dos autores não aborda esta concepção.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 570 – 573.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 56.

¹⁰⁰ Ibid., p. 58.

¹⁰¹ Ibid., p. 67 – 68.

que incluem os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos como um todo¹⁰² – quanto aos esparsos ao longo do texto constitucional. Sem prejuízo destes, válida a ressalva de que existem Direitos Fundamentais que não estão positivados no texto constitucional, sendo reconhecidos como Direitos Fundamentais implícitos¹⁰³.

É no tocante aos Direitos Fundamentais que Ingo Sarlet confere à Constituição/88 três características básicas¹⁰⁴: (i) analítica, trazendo uma diversidade de previsões legais sobre a matéria, de maneira que somente no Título II existem sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos; (ii) pluralista, uma vez que são reconhecidos diversos direitos sociais do mesmo lado de direitos de cunho mais liberal, a fim de conciliar os diferentes interesses; e (iii) pragmática e dirigente, pois as previsões constitucionais em sua grande parte necessitam de regulamentação legislativa.

Aliado a isto, importante ressaltar que os Direitos Fundamentais adquiriram destaque na Constituição, localizando-se logo após o preâmbulo e se fazendo valer de parâmetro hermenêutico para toda a ordem constitucional. A existência desse status jurídicos atribuído aos Direitos Fundamentais fica mais evidente quando nos deparamos com o artigo 60, §4º, CR, que impedem “*a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado*”¹⁰⁵.

O que ocorre é que a Constituição trouxe, conforme já falado, um catálogo grande de Direitos Fundamentais, abrangendo, em alguma maneira, todas as dimensões de direitos, com cautela para as terceira e quarta dimensões, que possuem alguns direitos esparsos consagrados¹⁰⁶, mais ainda precisam de maior atenção¹⁰⁷.

Todavia, no Título de Direitos e Garantias Fundamentais, o constituinte, por vezes, posicionou no rol alguns direitos que não possuem características de Direitos Fundamentais,

¹⁰² MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 43.

¹⁰³ A nomenclatura utilizada por Robert Alexy é de “Direitos Fundamentais atribuídos”. Cf. ALEXY, Robert, op. cit., p. 69-76.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 69-70.

¹⁰⁵ Ibid., p. 71.

¹⁰⁶ Como exemplos, podemos citar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CR), a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, CR), autodeterminação dos povos e não intervenção (art. 4º, I, III, IV, CR), dentre outros.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 72.

mas de normas organizacionais, como ocorre, por exemplo, no artigo 14, §3, I a VI, CR¹⁰⁸.

E apesar desta extensa previsão, o constituinte deixou de prever regras a respeito da restrição dos direitos fundamentais¹⁰⁹, pois como se sabe os Direitos Fundamentais podem sofrer restrições tanto por parte do Judiciário quanto por meio da atuação legislativa¹¹⁰.

Robert Alexy prevê duas modalidades de restrições aos Direitos Fundamentais: a direta e a indireta¹¹¹. A primeira deriva imediatamente de normas constitucionais, ou seja, a própria Constituição traz a restrição. Enquanto que na modalidade indireta a restrição ocorre por meio de normas infraconstitucionais, desde que autorizadas pela Constituição, como é o caso da limitação ao exercício da liberdade profissional (art. 5º, XIII, CR).

Ainda assim, Jane Pereira¹¹² propõe uma classificação complementar das restrições aos Direitos Fundamentais, que são as restrições: (i) expressamente estatuídas; (ii) expressamente autorizadas; e (iii) implicitamente autorizadas.

As restrições expressamente estatuídas pela Constituição são aquelas que estabelecem o exercício do Direito Fundamental e ao mesmo tempo preveem a exceção ao exercício deste direito através do próprio texto constitucional. Um exemplo é a vedação ao anonimato quando se consagra a liberdade de expressão (art. 5º, IV, CR).

As restrições expressamente autorizadas pela Constituição “*são estabelecidas por atos infraconstitucionais com fundamento em competências conferidas de forma explícita no texto constitucional*”¹¹³. Um exemplo é a inviolabilidade de domicílio, que pode ser mitigada por determinação judicial, que seria aí considerado como um ato infraconstitucional. Outro exemplo de restrição autorizada é a inerente ao estado de necessidade (Estado de Defesa e

¹⁰⁸ Constituição da República/1988. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 76.

¹¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 204.

¹¹¹ Ibid., p. 208.

¹¹² Ibid., p. 209 – 214.

¹¹³ Ibid., p. 209.

Estado de Sítio, respectivamente nos artigos 136 e 139 da Constituição).

Por fim, as restrições implicitamente autorizadas pela Constituição se dividem em restrições que decorrem de “*conceitos indeterminados e institutos jurídicos sujeitos à regulação legal*” e de “*conflitos entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente legítimos*”¹¹⁴.

No primeiro caso, o legislador tem espaço para atuar diante da existência de um conceito que requer delimitação e definição, como são os casos de “depositário infiel” do artigo 5º, LXVII, CR e “flagrante delito” do artigo 5º, XI, CR. Dessa forma, visível que o legislador pode restringir Direitos Fundamentais na medida em que cabe a ele pormenorizar o significado de algumas expressões e conceitos que necessitam melhores explicações.

O segundo caso demarca o fato de que os Direitos Fundamentais se comunicam entre si no ordenamento jurídico e, por diversos momentos, é impossível a coexistência de mais de um direito em um mesmo caso, ou seja, eles se conflitam¹¹⁵. O método adequado para a solução do conflito é conhecido como ponderação, que consiste “*em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente*”¹¹⁶.

A temática da restrição de Direitos Fundamentais ganha especial relevo quando analisamos os direitos sociais especificamente, uma vez que estes são os mais restringidos diante da limitação de recursos financeiros estatais¹¹⁷. Não só isso, os direitos sociais estão umbilicalmente vinculados aos serviços públicos e, por isso, merecem destaque.

O texto constitucional, quando trata dos direitos sociais, elenca uma série deles no artigo 6º, dentre os quais podemos citar o transporte, saúde, educação, segurança, previdência social etc. Nesse contexto, a Constituição brasileira firma compromissos com a população, trazendo para a realidade nacional um perfil universalista no diálogo com as questões

¹¹⁴ Ibid., p. 212 – 214.

¹¹⁵ Frise-se que, ainda assim, os Direitos Fundamentais devem ter o seu âmbito de atuação maximizado a partir incidência de princípios. (ROCHA, Paulo Victor. Definição e estrutura dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr. 2015, p. 149).

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 334.

¹¹⁷ Acerca da reserva do possível cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

sociais¹¹⁸.

1.3. Considerações finais do capítulo

À luz do exposto, foi possível compreender as noções básicas e mais importantes acerca dos dois principais institutos jurídicos que servem de pressuposto essencial para a presente monografia: os serviços públicos e os Direitos Fundamentais.

O essencial de se observar é que os serviços públicos não podem ser entendidos como públicos se dissociados da efetiva prestação de Direitos Fundamentais. Há profunda conexão e interdependência entre ambas as figuras.

Não é possível pensar na promoção de um Direito Fundamental dissociado da prestação de um serviço público. Em outras palavras, o serviço só se constitui como público diante da sua relevância para a promoção de Direitos Fundamentais. Chegamos, ao fim, em uma relação de interdependência entre os dois institutos.

De maneira exemplificativa, não é possível pensar na promoção da educação sem a manutenção de escolas, inexistente segurança se o serviço de polícia não for oferecido, ausente a liberdade de ir e vir e o acesso ao transporte sem a disponibilização de ônibus, metrô e demais transportes públicos.

Ou seja, logicamente não se concebe um direito sem a instrumentalização por meio de um serviço e vice-versa. Trata-se, aqui, de uma relação de cooperação com o objetivo de construir uma sociedade mais justa e igualitária.

Partindo desse pressuposto, bem como dos conceitos e características básicas dos dois institutos apontados, resta adentrar em um ponto mais específico ao presente estudo: analisar em que medida ou mesmo como e quanto os Direitos Fundamentais são efetivados quando o serviço público é prestado por meio de concessão e não diretamente pelo Estado.

¹¹⁸ BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 193 – 194.

2. A CONCESSÃO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. A concessão como uma das modalidades de delegação de serviços públicos

Tendo em vista o desenvolvimento de diversos serviços públicos ao longo do tempo, o Estado viu a necessidade de pensar uma maneira de prestá-los eficientemente por meio de novas maneiras organizativas sem que se desvinculasse da titularidade¹¹⁹, conforme preceitua Alexandre Aragão.

Nesse contexto, foram concebidas duas formas de prestação de serviço: uma centralizada e outra descentralizada. A prestação centralizada ocorre quando a própria Administração Direta presta o serviço por meio de seus órgãos, ou seja, acumula as figuras de titular e prestador de serviços¹²⁰.

A prestação descentralizada se dá quando o Poder Público transfere: (i) a titularidade ou execução a ente da Administração Indireta; ou (ii) somente a execução à iniciativa privada. Essa transferência pode ocorrer por outorga ou por delegação.

A outorga acontece “quando a transferência se dá por lei a entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta¹²¹”, que são os casos de exercício de serviço público prestados por autarquias, sociedades de economia mista ou empresas públicas.

Já na delegação, a transferência ocorre por meio de contrato – nos casos de concessão - ou ato administrativo – nos casos de autorização e permissão - a um particular. As concessões e permissões recebem previsão constitucional nos artigos 21 e 175, CR. Todavia, isso não indica que não existam outras modalidades de delegação¹²².

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 531.

¹²⁰ Ibid., p. 532.

¹²¹ Ibid., p. 533.

¹²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 04 de setembro de 2017.

O objeto central da presente monografia se debruça sobre a concessão. Ainda assim, posteriormente, serão feitas melhores explicações a respeito de outras modalidades de delegação mais conhecidas.

No concernente especificamente à concessão, cabe dizer que o Poder Público recorre a esta modalidade de delegação como maneira de se desonerar da prestação de serviço público de sua titularidade, em decorrência de incapacidade financeira ou inconveniência na prestação direta do serviço¹²³. Tal desoneração é possibilitada pela delegação da prestação a um ente privado, que será remunerado, em regra, pelas tarifas dos usuários.

Em outras palavras, a concessão¹²⁴ é um contrato administrativo – residindo aí sua natureza jurídica¹²⁵ - celebrado entre Administração Pública e ente privado, no qual há somente a transferência da execução de serviço público de interesse coletivo, com a existência de remuneração oriunda da utilização do serviço pelo usuário.

Alexandre Aragão reforça tal assertiva, na medida em que destaca o fato de que o serviço continua vinculado ao Estado, que permanece detentor de todas prerrogativas e direitos inerentes ao serviço:

Ora, é exatamente isso que ocorre na concessão: o direito que é concedido (de gerir um serviço público) deriva e faz parte de um direito da Administração (de ser o senhor do serviço em todos os seus aspectos), sendo criado a partir dele. O conteúdo daquele corresponde ao conteúdo de uma das faculdades que integram esse. Há, então, a segregação daquela faculdade de gestão e a sua autonomização em um direito autônomo, que é o direito do qual o concessionário passa a ser o titular enquanto viger o contrato de concessão. Embora perca essa faculdade (gestão de serviço), **a Administração mantém todas as demais faculdades inerentes ao seu direito sobre o serviço (de fiscalizá-lo, de alterar as condições de sua prestação, de retomá-lo, etc), de forma semelhante à que, analogicamente, se dá com o proprietário, que, apesar do usufruto, continua sendo o proprietário da coisa**¹²⁶.
(grifou-se)

¹²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 421.

¹²⁴ A concessão é subdividida em comum e de obra pública. Neste sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 763.

¹²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 392.

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 4.

Ressalta-se que, ao fim do contrato de concessão, os bens afetados à prestação do serviço são reintegrados ao patrimônio público¹²⁷, até mesmo como forma de preservar a continuidade do serviço público.

Normalmente, a concessão é aplicável a atividades privatizadas que são caracterizadas pelo monopólio natural¹²⁸, já que estas demandam alto valor de investimento. Neste contexto, ocorre a possibilidade de maior regulação sobre o serviço, o que gera como consequência um melhor preço, qualidade e universalidade na prestação.

Nessa toada, é possível apontar como principais características da concessão, à luz do artigo 23 da Lei nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”), que dispõe sobre a concessão e permissão de serviços públicos: (i) a manutenção da titularidade estatal sobre o serviço público, concretizada, por exemplo, através do controle da tarifa, que é a fonte de remuneração principal da concessionária¹²⁹; (ii) a inexistência de exclusividade na celebração do contrato de concessão, salvo exceções¹³⁰; (iii) a necessidade de fixação de prazo determinado no contrato, sem limite de prazo máximo¹³¹; (iv) a possibilidade de subcontratação de terceiros¹³²; (v) a admissão da utilização da exceção do contrato não cumprido quando observado inadimplemento do usuário¹³³; (vi) a obrigatoriedade de licitação¹³⁴; dentre outras.

Há quem defenda, ainda, que os elementos tradicionalmente apontados para a caracterização da concessão são comuns a outros contratos administrativos, desde o próprio objeto até o mecanismo de remuneração do concessionário. Todavia, estes elementos devem sim ser observados, sendo possível somente de maneira casuística a identificação propriamente dita de qual atividade estaria sendo desempenhada por meio de concessão¹³⁵.

¹²⁷ Ibid., p. 3.

¹²⁸ GROTTI, Dinorá Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações. In: *Revista de Direito Administrativo*, abr./jun. 2001, v. 224, p. 187.

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 428.

¹³⁰ Ibid., p. 428.

¹³¹ Ibid., p. 428 – 429.

¹³² Ibid., p. 430.

¹³³ Ibid., p. 431.

¹³⁴ Neste sentido, assevera José dos Santos Carvalho Filho: “A lei de concessões não somente assentou a obrigatoriedade de licitação para a escolha do cessionário, como ainda fixou que a modalidade licitatória para o caso é a concorrência, aplicando-se a exigência quer para as concessões simples, quer para as precedidas de execução de obra pública”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 404)

¹³⁵ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 152 – 176.

Dessa forma e conclusivamente, podemos citar como exemplos de concessão aqueles relacionados aos serviços públicos de transporte ferroviário, transporte de barcas, transporte de ônibus, energia, saneamento básico, água, dentre outros que demandam contraprestação por parte do usuário.

2.1.1. A distinção da concessão com relação às demais espécies de delegação

A fim de confirmar a diferença entre a concessão, objeto central do presente estudo, e demais espécies de delegação, cabível tecer considerações acerca de outras modalidades, que são as mais estudadas: permissão, autorização e Parcerias Público-Privadas (“PPPs”).

A permissão pode ser entendida como aquela na qual os serviços são prestados ao público de acordo com requisitos pré-estabelecidos pela Administração e cometidos por meio de ato precário àqueles que apresentarem capacidade para tal¹³⁶. Ademais, está prevista nos artigos 21, XI, XII, e 175 da Constituição, bem como nos artigos 2º, IV e 40 da Lei de Concessões.

Nesse contexto, a permissão é precipuamente unilateral, precária e discricionária, ou seja, pode ser revogada a qualquer tempo de maneira unilateral, ou até mesmo ter as condições iniciais do termo de permissão modificadas¹³⁷.

Existe debate doutrinário no sentido de estabelecer a natureza jurídica da permissão. Ao passo que uns conceituam o instituto como ato administrativo em decorrência da sua precariedade e revogabilidade, outros o citam como contrato de adesão¹³⁸.

Resumidamente, podemos estabelecer como características da permissão: (i) a possibilidade de o permissionário ser pessoa física; (ii) a desnecessidade de previsão de prazo determinado; (iii) a necessidade de realização de licitação, mas não precisando ser a modalidade de concorrência; (iv) a sua qualidade de contrato de adesão, aliada à precariedade e à revogabilidade unilateral; e (v) a inexistência de previsão de permissão de obra pública¹³⁹.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 505.

¹³⁷ Ibid., p. 506.

¹³⁸ MONTEIRO, Vera. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 82.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 458.

No geral, a permissão ocorre em investimentos de baixo custo, por curto período e com bens não reversíveis. Assim sendo, podemos citar como exemplo o transporte coletivo¹⁴⁰, os serviços lotéricos¹⁴¹, os serviços de radiodifusão¹⁴² etc.

A autorização, por sua vez, pode ser entendida, brevemente, como espécie de delegação em que, por meio de ato unilateral, normalmente precário e discricionário¹⁴³, o particular pode exercer serviço de interesse coletivo instável ou de emergência transitória¹⁴⁴.

De acordo com construção doutrinária, existem três concepções para o termo “autorização”, que não se limita à prestação de serviço: (i) ato da polícia administrativa; (ii) autorização de uso de bem público; e, por fim, (iii) autorização de serviço público.

A diferenciação com relação às outras hipóteses estudadas é que a autorização se refere ao consentimento da Administração Pública a atividades privadas, mesmo existindo serviço público no setor, enquanto a permissão e concessão se referem ao consentimento com relação a atividades públicas¹⁴⁵.

Como algumas características, temos: (i) as atividades autorizadas não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas; (ii) a autorização é precária, em regra; (iii) os

¹⁴⁰ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e processual civil. Art. 462 do CPC/73. Prequestionamento implícito. Transporte público coletivo. Permissão. Ausência de licitação. Nulidade. Ausência de violação da reserva de plenário. Cerceamento de defesa. Incidência da súmula 7/STJ. Art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/95. Prorrogação de vigência contratual. Prazo. Respeito ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1376569/RJ. Agravante: Viação Beira Mar LTDA. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Humberto Martins. Brasília, 17 de maio de 2016.

¹⁴¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil e administrativo. Recurso especial. Violação do art. 535, ii, do CPC. Inexistência. Ação indenizatória. Serviços lotéricos. Permissão de serviço público. Natureza jurídica. Rescisão unilateral. Direito à indenização pelos gastos de instalação da casa lotérica. Existência de investimento vultoso para concretizar o exercício da atividade. Doutrina e jurisprudência do STJ. Danos materiais. Reconhecimento pelo tribunal de origem em razão de laudo pericial. Reexame de matéria fático probatória. Inadequação. Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso Especial nº 1021113/RJ. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Magic Numbers Comercial e Serviços LTDA. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 11 de outubro de 2011.

¹⁴² Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Serviço público. Permissão. Radiodifusão. Rádio comunitária. Processo administrativo. Impossibilidade de ingerência do poder judiciário quanto ao mérito do ato. Recurso Especial nº 1019317/MG. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Associação Comunitária Água Viva de Radiodifusão. Relator: Castro Meira. Brasília, 03 de novembro de 2009.

¹⁴³ MONTEIRO, Vera, op. cit., p. 90.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 508 – 509.

¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 462.

executores não são agentes públicos, mas tão somente prestam atividades de interesse coletivo; (iv) a regulação e o regime aplicáveis são de Direito Privado¹⁴⁶; dentre outros.

De maneira a tornar fático o entendimento da autorização, cabe elucidar como exemplos a autorização para porte de arma, acesso à fonte de água pública, realização de atividades de segurança privada, táxi¹⁴⁷ e demais casos aplicáveis.

Por fim, as Parcerias Público-Privadas podem ser entendidas, em sentido amplo, como vínculos estabelecidos entre a Administração e um ente privado para fins de promoção de uma atividade de interesse geral¹⁴⁸. Esse conceito amplo acaba por incluir até mesmo a própria concessão.

Todavia, com o advento da Lei nº 11.079/2004, foi possível limitar o escopo das PPPs, que estritamente são os contratos de concessão patrocinada e administrativa. Na concessão patrocinada, o pagamento do parceiro privado ocorre tanto por meio das tarifas cobradas ao usuário quanto pela contraprestação pecuniária do ente público¹⁴⁹. Na concessão administrativa, diferentemente, o Estado arca com todo o pagamento ao parceiro privado, tendo em vista a impossibilidade econômica e social de realizar a cobrança dos usuários¹⁵⁰.

A diferença básica, portanto, das PPPs com relação às concessões diretas é a forma de pagamento, de maneira que na primeira existe remuneração por parte do Estado e nas segundas a receita é oriunda das tarifas dos usuários e, ocasionalmente, das receitas alternativas não provenientes dos cofres públicos¹⁵¹.

Contudo, apesar da proximidade conceitual dos dois contratos, para fins metodológicos, as conclusões aqui postas partirão da análise exclusiva da concessão direta, visto que não existem demasiadas experiências de PPPs no Brasil.

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 508 – 510.

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 460 - 461.

¹⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico prático das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

¹⁴⁹ MONTEIRO, Vera, op. cit., p. 145.

¹⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, op. cit., p. 31.

¹⁵¹ Ibid., p. 37.

2.1.2. O contrato de concessão

A concessão de um serviço público é delimitada por meio de um contrato, que especifica o objeto do serviço que está sendo concedido, o prazo, as obrigações das partes e dos usuários, bem como demais questões essenciais à execução do objeto contratual.

A Lei de Concessões prevê em seu artigo 23 as cláusulas essenciais de existir em um contrato de concessão, dentre elas podemos destacar: objeto, área e prazo; fórmulas e parâmetros definidores da qualidade de serviço; casos de extinção da concessão; direitos, deveres e obrigações das partes e dos usuários; as penalidades contratuais etc.

Esse contrato ainda possui algumas características, já que se insere em um regime de Direito Público e se presta a atingir um fim também público. Essas características são observadas ao longo da própria Lei de Concessões.

De início, cabe destacar três características que se ressaltam¹⁵²: (i) a principal remuneração da concessionária é a tarifa paga pelos usuários, que é definida quando da licitação e atualizada conforme critérios preestabelecidos; (ii) via de regra, não há exclusividade, ao menos no caso de comprovada inviabilidade técnica ou econômica; e (iii) não há determinação de prazo máximo, mas este deve ser determinado, tendo em vista que a concessão de um serviço de maneira perpétua implica a transferência da própria titularidade do serviço, o que não é possível¹⁵³.

Inclusive, acerca desta última característica, a prorrogação do contrato pode somente ser realizada pela Administração, dado que esse ato pressupõe a revisão de cláusulas atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato realizada no âmbito de um processo administrativo¹⁵⁴.

Além da análise estrita do contrato de concessão em si de acordo com as disposições legais, importante ponderar que anterior a celebração do contrato em si existem inúmeros atos

¹⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 551 - 552.

¹⁵³ “A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão”. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58-59.

¹⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 554.

administrativos que possibilitam a posterior celebração do contrato¹⁵⁵.

Como primeiro passo, é necessária autorização legislativa, de acordo até mesmo com o artigo 175 da Constituição, ainda que exista interpretação contrária no sentido de que não existe exigência constitucional para tanto¹⁵⁶.

Além da autorização legislativa, é fundamental a ocorrência de procedimento licitatório, de acordo também com o artigo 175 da Constituição. Aplicam-se ao caso as normas formais de licitação também aplicáveis no âmbito de qualquer outro contrato administrativo¹⁵⁷.

Ademais, cabível frisar que a Administração passa por um processo de decisão interna antes de delegar um serviço público, de maneira que a Lei de Concessões determina ser necessário um procedimento prévio apto a determinar a promoção da delegação ou não¹⁵⁸.

Isso se alia ao fato de que a concessão de um serviço implica a análise de diversos pontos e questões, sejam políticos, jurídicos e econômicos. Logo, a delegação de um serviço não é mera conveniência ou escolha, mas envolver diversos fatores atinentes até mesmo à ponderação se o serviço público será melhor prestado se executado pela iniciativa privada.

Por fim, e não menos importante, são efetivados uma série de procedimentos anteriores à consecução contratual: elaboração e publicação do edital, efetivação do projeto básico e projeto executivo, orçamento detalhado, além de todas as etapas internas e externas no concernente à licitação¹⁵⁹.

2.1.3. Regulação e fiscalização

Como o serviço outrora prestado pelo Estado passa a ser executado pelo concessionário, o primeiro passa a fiscalizar as atividades desenvolvidas pelo segundo, já que se não o fizer o

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 173.

¹⁵⁶ De acordo com a Lei nº 9.074, possível extrair a compreensão de que o artigo 175 da Constituição não demandaria autorização legislativa, ou que tal autorização poderia decorrer de previsão infraconstitucional. Todavia, conforme preceitua Marçal Justen Filho a “Constituição não omite autorização legislativa para outorga de concessões”. (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 174 – 176).

¹⁵⁷ Ibid., p. 197.

¹⁵⁸ Ibid., p. 201.

¹⁵⁹ Ibid., p. 200 – 217.

interesse público corre o risco de ser prejudicado.

A necessidade de fiscalização por parte do Estado ganha demasiada importância quando identificamos a necessidade de salvaguarda dos Direitos Fundamentais na prestação concreta do serviço público.

Tal importância é observada quando nos deparamos com a constante referência à necessidade da fiscalização nas previsões legais da Constituição e da Lei de Concessões, que indicam, sumariamente, que é o poder concedente o responsável pelo exercício de tal atribuição¹⁶⁰ - o que não descarta o acompanhamento das atividades por parte dos usuários também.

Acerca da atuação dos usuários nesse processo, cabível evidenciar a importância do seu papel, servindo, principalmente, como meio de comunicação da existência de defeitos aos órgãos estatais fiscalizadores, já que não possuem condições e formas de gerar algum controle mais intenso¹⁶¹.

Esse processo de atuação efetiva dos usuários se coaduna diretamente com a efetivação de Direitos Fundamentais, vez que serve como meio democrático de atuação direta da população na melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados como um todo¹⁶².

A Lei de Concessões prevê e se preocupa em institucionalizar o procedimento de fiscalização, que deve ser realizado por corpo técnico especializado e de maneira periódica e permanente¹⁶³, com o objetivo de não deixar a concessionária plenamente livre e desvinculada dos preceitos de ordem pública importantes.

Ao mesmo tempo, essa fiscalização deve ser institucionalizada e exercida por meio de órgãos determinados que possibilitem acesso a informações técnicas e a documentos internos

¹⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 561.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 451 – 452.

¹⁶² Destaque-se que a apreciação da reclamação dos usuários deve ser considerada de maneira séria pelos órgãos de regulação e fiscalização, que tem a obrigação de apurar e solucionar todos os fatos a si levados. Diligenciar da atuação da população neste tocante é desconsiderar a importância do papel democrático e dos Direitos Fundamentais decorrentes desse papel.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 449.

por parte, principalmente, do concessionário¹⁶⁴. O que não pode ocorrer, sob nenhum pretexto, é a inviabilização da prestação do serviço através de exigências abusivas e não razoáveis.

Nesse contexto, podemos identificar três modalidades de fiscalização exercida pelo Estado¹⁶⁵: (i) repressiva, que ocorre quando há a verificação da compatibilidade das projeções originais da prestação postas no contrato e a real efetivação desta prestação; (ii) preventiva, que se destina a “evitar que o delegatário olvide sua condição de agente da realização do interesse público¹⁶⁶”; e (iii) prospectiva, que objetiva colher informações e dados aptos a contribuir para melhoria do serviço prestado.

Essa fiscalização ainda abrange a análise de alguns aspectos¹⁶⁷: (i) técnicos, de maneira que são analisados os deveres concernentes à gestão em si do serviço, o material humano e técnico disponibilizado; (ii) financeiro, que passa pela análise das receitas, balanços, aquisições de bens e outros aspectos relativos à capacidade econômica da concessionária; e (iii) jurídico, perpassando a verificação dos atos da concessionária que necessitam de aprovação do poder concedente, bem como o cumprimento das obrigações contratuais.

No mais, essa atividade de acompanhar diretamente a prestação do serviço por parte do concessionário pode ser desenvolvida de algumas formas, que não são excludentes entre si. O Estado pode executar a função por meio de servidores com capacidade para tal, por meio de alguma repartição de caráter técnico ou através de entidades autônomas, demarcado principalmente pela atuação das agências reguladoras¹⁶⁸.

A respeito do papel das agências reguladoras, temos que estas ganharam fundamental importância no fim do Século XX e início do Século XXI no Brasil à medida que os serviços foram sendo cada vez mais delegados à iniciativa privada.

Tratando da função das agências reguladoras - e no Brasil podemos citar algumas, tais como ANAC, ANVISA, ANATEL, ANEEL, ANP etc - Antônio Carlos Cintra do Amaral

¹⁶⁴ Ibid., p. 51.

¹⁶⁵ Ibid., p. 448.

¹⁶⁶ Ibid., p. 448.

¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 561 – 562.

¹⁶⁸ Ibid., p. 564.

assevera que:

A agência reguladora tem por função básica articular e coordenar as ações do poder concedente e da concessionária, harmonizando os vários interesses envolvidos, sempre com a finalidade precípua de garantir a prestação de “serviço adequado” ao usuário. Para isso, cabe-lhe controlar e fiscalizar contratos de cuja elaboração geralmente sequer participou, porque celebrados anteriores à sua criação¹⁶⁹. (grifou-se)

Nesse contexto, a agência reguladora assume um papel de gestora do contrato, de maneira que acumula os papéis de controle, fiscalização e diligências para que o mesmo seja devidamente cumprido¹⁷⁰.

Além dos órgãos reguladores, os Tribunais de Conta – União, Estados e Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo - assumem papel de relevante importância na fiscalização dos contratos de concessão, fazendo avaliações acerca da regularidade na celebração do contrato e de seus posteriores termos aditivos¹⁷¹.

No mais, o que é essencial destacar é que o papel de fiscalização e regulação dos contratos de concessão são essenciais na consecução da promoção de Direitos Fundamentais, já que tais papéis limitam atuações arbitrárias por parte do concessionário, que não à toa possui como objetivo final a obtenção do lucro.

2.2. A análise conjunta: a concessão de serviço público e os Direitos Fundamentais

Passada a análise da concessão em si, abordando o seu regime jurídico e a distinguido das outras espécies de delegação, faz-se necessário agora abordar a questão cerne da presente

¹⁶⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 161.

¹⁷⁰ Ibid., p. p. 164.

¹⁷¹ A fim de comprovar o papel fiscalizador dos Tribunais de Conta, eis um exemplo de precedente no âmbito do Tribunal de Contas da União: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Solicitação do Congresso Nacional. Pedido de fiscalização do contrato de concessão da BR 101 BA/ES pela comissão externa da Câmara dos Deputados. Conhecimento. Atendimento parcial da demanda neste momento. Inspeção realizada. Constatação de fortes indícios de irregularidades na execução do contrato de concessão. Autorização para oitiva dos responsáveis. Remessa de cópia do relatório de inspeção à comissão externa da Câmara dos Deputados. Concessão excepcional de prorrogação do prazo de 120 dias para conclusão dos trabalhos. Restituição dos autos à unidade técnica para promoção de novas oitivas e análises conclusivas. Processo nº 010.482/2016-4. Interessado: Eco 101 Concessionária de Rodovias S.A. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1746. Requerente: Procurador Geral da República. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 22 de fevereiro de 2017.

monografia, qual seja a relação íntima entre a concessão do serviço público e sua respectiva promoção ou não dos Direitos Fundamentais.

Objetiva-se, aqui, entender os serviços públicos como meio necessário à promoção de direitos inerentes à pessoa humana e, com base nisso, compreender em que medida a iniciativa privada coopera ou não na concretização desses direitos.

Para tanto, será feito capítulo inicial acerca do serviço público como meio de efetivação de Direitos Fundamentais, outro sobre a forma como a iniciativa privada se relaciona com essa efetivação através da concessão e um último tratando da recente Lei nº 13.460/2017.

2.2.1. O direito à prestação, melhoria e manutenção dos serviços públicos

À luz do exposto, cabível mensurar a importância da prestação do serviço público como meio de efetivação de Direitos Fundamentais. Ocorre que, além da necessidade de prestação, o serviço público deve ter suas condições mantidas e melhoradas, a fim de viabilizar condições de vida razoáveis aos cidadãos¹⁷².

Observando as alterações de dinâmica do Estado, podemos perceber que, depois da consagração do modelo social, a Administração ficou consideravelmente responsável em corresponder aos anseios e necessidades da sociedade, sendo o serviço público uma das maneiras de corresponder às necessidades da população.

A ideia do serviço público é justamente causar, em alguma medida, grau de isonomia dentro de um sistema demarcado por oportunidades desiguais. Ele busca trazer certa coesão social à medida que proporciona acesso a condições básicas de vida, principalmente àqueles que não possuem meios financeiros para tanto¹⁷³.

De acordo com a própria conceituação vista dos serviços públicos em capítulo supra, ele só pode ser entendido quando o dimensionamos lado a lado com os Direitos Fundamentais, que é sua própria causa de existência. Não é possível dizer, todavia, que existe um Direito

¹⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 505 – 507.

¹⁷³ COELHO, Maria Francisca; TAPAJÓS, Luziele; RODRIGUES, Monica (org.). *Políticas sociais para o desenvolvimento: superar a pobreza e promover a inclusão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO, 2010, p. 261.

Fundamental ao serviço público, mas que ele possibilita o atingimento de outros tantos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente: liberdade, igualdade, saúde, educação, transporte e afins¹⁷⁴.

O problema constantemente enfrentado é conseguir efetivar os Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana associados aos serviços públicos dentro de um cenário de recursos públicos limitados. Contudo, a limitação de recursos não deve servir de escusa ao fornecimento de condições essenciais básicas aos indivíduos – denominado mínimo existencial -, já que se consagra no nosso ordenamento o direito à prestação do serviço público.

Acerca da problemática envolvendo a promoção do bem-estar humano e os gastos públicos, Ana Paula Barcellos afirma que o mínimo existencial é possível de conviver com a reserva do possível a partir do estabelecimento de prioridades orçamentárias. Veja-se:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.** Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. **O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível**¹⁷⁵. (grifou-se)

Assim sendo, os cidadãos devem ter a certeza de que o serviço será prestado para atender ao mínimo existencial e ao núcleo essencial básico do Direito Fundamental prestado, de maneira que seja possível conviver com a limitação orçamentária.

Em um segundo sentido, existe não só o direito à prestação do serviço, como também o direito à sua melhoria, tendo em vista o princípio da adaptação dos serviços públicos¹⁷⁶, que impõe constante atualização, principalmente tecnológica, no exercício das atividades.

O problema enfrentando é que o princípio da adaptação encontra baixa densidade normativa, o que não origina necessariamente um direito subjetivo de ver o serviço público

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 506 – 507.

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 252-253.

¹⁷⁶ Ibid., p. 514.

ser cada vez mais melhorado¹⁷⁷.

Entretanto, a eficácia do direito à melhoria pode ser observada quando associada a um mínimo existencial de algum Direito Fundamental, diante da existência de um serviço melhor prestado a um indivíduo e a outro não – corroborando o princípio da igualdade -, e na ocorrência de concessão que preveja em seu contrato a adaptação constante do serviço¹⁷⁸.

Por fim, cabível destacar ainda o direito à manutenção das condições de prestação outrora já fornecidas¹⁷⁹, o que se coaduna com a impossibilidade de se retornar ao *status quo ante*. Em outras palavras, sendo o serviço prestado sob determinadas características e extensão, não poderá ocorrer retroação, seja deixando de existir seja tendo pior prestação.

A existência desse postulado não implica uma consideração estanque e absoluta do serviço, que, com a alteração das relações sociais, pode até mesmo deixar de existir por se mostrar desnecessário.

O observado, ao fim das contas, é que o serviço público, como sendo papel precípua do Estado, representa um meio de efetivação de Direitos Fundamentais através da sua prestação, manutenção e melhoria.

É esse mesmo serviço que, quando concedido à iniciativa privada, deve continuar atentando à consolidação de direitos, mas dentro, essencialmente, da delimitação do objeto e obrigações do contrato, conforme se descreverá posteriormente.

2.2.2. A iniciativa privada e sua relação com a promoção dos Direitos Fundamentais

No Brasil, especialmente a partir da década de 90, a prestação do serviço público passou por consideráveis transformações, ficando evidenciado o fenômeno da privatização, que em sentido amplo engloba a concessão. Nesse contexto, o Estado deixou de assumir determinadas atividades, buscando na iniciativa privada pessoas jurídicas interessadas em assumir a

¹⁷⁷ Ibid., p. 514.

¹⁷⁸ Ibid., p. 515.

¹⁷⁹ Ibid., p. 516.

execução dos serviços públicos¹⁸⁰.

Tal atitude é característica típica do modelo neoliberal, que pode ser considerado como o observado atualmente no Estado Democrático brasileiro, vez que permite a intervenção estatal na economia mesclando com aspectos do Estado Social, Liberal e Democrático¹⁸¹.

Dentro desse processo citado, que se estende até os dias atuais, resta pôr em dúvida até que ponto a desestatização é favorável à prestação do serviço público, tendo em vista o desafio de construir um Estado Democrático de Direito que consiga conciliar o progresso econômico e a justiça social.

Em outras palavras: em que medida a delegação à iniciativa privada por meio de concessão faz com que os serviços públicos sejam meio de efetivação de direitos inerentes à pessoa humana?

De acordo com Marçal Justen Filho, o capital privado, por meio da concessão, tem sido fundamental à implementação de políticas públicas, de maneira a satisfazer os anseios da sociedade e a dignidade da pessoa humana:

Tem sido cada vez mais relevante a contribuição do capital privado para a implementação das políticas públicas e atendimento a necessidades coletivas (...) **A concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidade necessárias à satisfação imediata da dignidade humana**¹⁸². (grifou-se)

Dessa forma, possível considerar que a concessão se coloca como alternativa essencial para a promoção de Direitos Fundamentais, já que funciona como meio de efetivação de políticas públicas que não são ou não podem mais ser objeto de prestação por parte da Administração Pública.

¹⁸⁰ MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos cidadãos frente aos serviços essenciais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55/2005, jul/set. 2005, p. 107.

¹⁸¹ “No modelo de Estado atual – Estado Democrático e Social de Direito -, presente se faz uma forte tendência do modelo neoliberal, que para alguns não passa do antigo modelo liberal, mas que permite a intervenção do Estado na economia, possibilitando mesclar aspectos do Estado liberal (não mínimo), social e democrático, o que define rumos bastante alternativos em termos de prestação de serviços públicos e de utilidade social”. (Ibid., p. 107)

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, n. 1, jan./mar. 2003, p. 95 – 96.

Coloca-se como alternativa essencial ainda mais quando consideramos que o Estado, por vezes, não possui meios financeiros de prestar o serviço público por conta própria, ou o presta de maneira deficitária. As entidades privadas possuem, em regra, capital suficiente para investir e prestar o serviço¹⁸³.

Não só possuem o capital, como também são munidos de expertise e capacidade a fim de realizar “*investimentos em tecnologia, recursos humanos e financeiros para que os serviços possam ser prestados adequadamente*”¹⁸⁴. O Estado, de outra maneira, se mostra sobrecarregado e inapto a ter conhecimentos demasiadamente específicos e evoluídos com relação a cada serviço, tendo em vista que acumula em si a prestação de diversas atividades ao mesmo tempo¹⁸⁵.

Confirmando tal assertiva, observe-se:

Se determinado serviço público é prestado em regime de monopólio e isso está gerando prejuízos ao interesse público, pela falta de tecnologia e investimentos necessários ao setor ou por qualquer outro motivo legítimo, logicamente o Estado deve buscar alterar isso¹⁸⁶.

Outro ponto a ser destacado é concernente ao fato de que o concessionário está vinculado ao contrato de concessão celebrado, devendo atentar ao cumprimento das suas obrigações de maneira exímia. Diante de tal vinculação, torna-se mais fácil para o próprio Estado exigir o cumprimento do contrato e a melhor prestação do serviço público.

Partindo disso, junto com as concessões também surgiram as agências reguladoras de cada setor, o que faz com que o Estado possa de maneira mais ativa cobrar as exigências de cumprimento contratual como forma de adequar a atuação das concessionárias ao interesse público.

Todavia, apesar de vantagens que possam ser citadas com a atuação da iniciativa

¹⁸³ Ibid., p. 101 e 136.

¹⁸⁴ MOOR, Fernanda Stracke, op. cit., p. 107.

¹⁸⁵ Importante tecer a consideração de que tal posição não é pacífica, à medida que autores diversos tecem críticas à prestação do serviço público pela iniciativa privada. Cf. AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, v. 5., nov. 2012, p. 121.

¹⁸⁶ Ibid., p. 123.

privada na prestação do serviço público, importante evidenciar os pontos negativos observados nesse modelo.

O primeiro e mais evidente ponto diz respeito ao fato de que na concessão estamos lidando com uma pessoa jurídica que busca o lucro. A lógica é a prestação do serviço em busca de retorno financeiro advindo da cobrança das tarifas à população mediante constantes atualizações.

Nesse sentido, à medida que o objetivo da concessionária é a obtenção do lucro, pode ocorrer o distanciamento entre a prestação do serviço e a efetivação de Direitos Fundamentais, já que o indivíduo passa, dentro dessa lógica, a ser mera peça à obtenção de retorno financeiro.

A doutrina destaca de maneira massiva esse caráter da concessão, que pode ser identificada, ao menos em última medida, como um instrumento de acumulação de riqueza capitalista distanciado do compromisso com a dignidade da pessoa humana:

Não se olvide, por outro lado, **que a delegação à iniciativa privada pressupõe a legitimação do lucro na exploração.** Daí se extrai que uma parcela da riqueza dos usuários será transferida para o delegatário. **Sem a concessão, o serviço público é prestado sem lucro ou, se assim não o for, o lucro é arrecadado pelos cofres públicos** – gerando recursos para outorga de benefícios para a comunidade¹⁸⁷. (grifou-se)

Logicamente o interesse privado não tem integral afinidade com o público, enquanto este decorre de um múnus, **aquele move-se pelo lucro e não tem naturais compromissos com a dignidade da pessoa humana, com a universalização do serviço e demais valores abrigados na Carta Magna e que justificam ser o Estado o titular de um sistema de prestações públicas efetivas**¹⁸⁸. (grifou-se)

A referida busca pelo lucro pode ser observada, inclusive, nas cláusulas do próprio contrato de concessão, que possibilita o reequilíbrio econômico-financeiro, evidenciando carga protetiva à concessionária e se distanciando da proteção ao usuário, que se vê submetido a possíveis suspensões da prestação do serviço¹⁸⁹.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 102.

¹⁸⁸ AMARO, Fernanda Pereira, op. cit., p. 122 – 123.

¹⁸⁹ “O delegatário do serviço público tem garantida a sua esfera por uma relação contratual, que lhe garante o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, sendo facilmente perceptível, com a oscilação das decisões judiciais, que em muitas vezes há uma forte conotação política, que traz implícita a preocupação com o resguardo da contrapartida tarifária, por meio da suspensão da prestação dos serviços. No entanto, deve-se levar em conta que o mesmo regime público que visa dar ampla proteção ao usuário, sem dúvida resguarda o equilíbrio econômico, acima referido, ao contratado, não sendo razoável que a proteção do usuário seja relativizada para a garantia do

Além disso, essa lógica afeta a modicidade tarifária, já que: (i) o usuário é o responsável pelo pagamento da manutenção do serviço e do lucro obtido pela iniciativa privada¹⁹⁰, o que implica a exclusão do serviço a parcelas populacionais que não podem contribuir com a contraprestação pecuniária; e (ii) a concessionária, muitas vezes através de pressão política, atualiza constantemente o valor da tarifa, o que a torna onerosamente excessiva à população, principalmente às camadas mais pobres. Isso se distancia dos Direitos Fundamentais e da busca pela igualdade.

Adiante, temos que a concessionária responde somente nos limites do seu marco regulatório (legal, constitucional, regulamentar ou contratual). Ou seja, somente está obrigada de acordo com previsão legal e contratual, o que impossibilita a imposição de obrigações decorrentes diretamente da invocação de Direitos Fundamentais¹⁹¹.

Em outras palavras, a possibilidade de cobrança de efetivação de Direitos Fundamentais em face da concessionária se torna muito mais limitada se compararmos com o Estado, que possui um dever geral e inerente à sua essência de promoção de direitos.

Nesse sentido, inexistindo cláusulas contratuais no âmbito da concessão preocupadas com os Direitos Fundamentais, a concessionária se vê mais livre na condução de suas atividades em busca do lucro, até mesmo em detrimento dos direitos dos usuários.

Um típico exemplo que podemos citar é a própria interrupção do serviço quando da ausência de pagamento da tarifa¹⁹². A população desprovida de recursos se depara com a falta de serviços essenciais básicos, demarcando a dissociação da iniciativa privada com a busca pela dignidade da pessoa humana, já que “*o interesse da coletividade deve ser interpretado para garantir que o cidadão, individualmente considerado, tenha a garantia da manutenção*

imediato pagamento, pois o direito é ao equilíbrio econômico propriamente dito, conforme contratualmente previsto”. (MOOR, Fernanda Stracke, op. cit., p. 109).

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 101 – 102.

¹⁹¹ “É inadmissível que a imposição de obrigações para o concessionário advenha diretamente da invocação de direitos fundamentais ou princípios constitucionais. O concessionário só pode estar obrigado a atender direitos fundamentais em razão da densificação deles previamente feita pelo marco regulatório”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 520).

¹⁹² Conforme já destacado no capítulo anterior, o Judiciário já entendeu pela possibilidade de interrupção de serviços públicos, inclusive os essenciais à manutenção da vida dos indivíduos, como a água.

*do serviço apesar do inadimplemento*¹⁹³”.

Outro ponto a ser destacado dentro desse modelo de prestação diz respeito à sua íntima relação com aspectos políticos e econômicos, o que pode desvirtuar o caráter prestação do serviço público e dirimir direitos oriundos dessa prestação¹⁹⁴.

Por todos os possíveis lados que possamos observar, existem pontos positivos e negativos com relação à concessão dos serviços públicos e sua interação com a efetivação dos Direitos Fundamentais. De fato, como um modelo ideológico, é possível confirmar os inúmeros aspectos positivos já evidenciados. Todavia, há certa distância entre a realidade e a prática que, conforme já falado, é demarcada pela busca de interesses privados.

Essa distância aumenta à medida que o interesse público perde força em face dos interesses do mercado, e é exatamente isso que não pode ocorrer. O serviço público deve guardar o seu caráter público, ainda quando prestado por pessoa jurídica de direito privado. Nesse sentido:

O interesse público há de ser sempre preservado (...) Sem sombra de dúvida que a livre concorrência, a livre iniciativa e o fim da titularidade estatal em certas áreas de interesse dos particulares não podem servir para instaurar uma era de retrocesso na sociedade e no Direito. **Não se pode aceitar que o interesse público se renda ao mercado**¹⁹⁵. (grifou-se)

Dentro dessa mesma perspectiva, a concessão não pode servir de instrumento de submissão e transferência de direitos dos mais pobres para os segmentos mais abastados da sociedade. De acordo com Marçal Justen Filho, a capacidade contributiva deve estar presente na concessão como meio de *“impedir que a delegação da prestação do serviço público seja uma forma de agravamento das diferenças sociais existentes ou de frustração das garantias constitucionalmente reconhecidas aos cidadãos usuários e não-usuários*¹⁹⁶”.

Como maneira de dar maior efetividade aos Direitos Fundamentais no âmbito da concessão, a partir da verificação dos problemas apontados, é possível visualizar algumas soluções: (i) atuação do judiciário a fim de diminuir o distanciamento existente entre

¹⁹³ MOOR, Fernanda Stracke, op. cit., p. 119.

¹⁹⁴ Ibid., p. 111.

¹⁹⁵ AMARO, Fernanda Pereira, op. cit., p. 124.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., 103.

concessionária e usuário a partir da observância das liberdades, direitos e garantias fundamentais¹⁹⁷; (ii) intervenção mais efetiva do Estado na regulação, tendo sempre como pressuposto a busca pela qualidade e universalidade dos serviços prestados¹⁹⁸; (iii) o fornecimento de utilidades aos mais carentes por meio da atuação estatal através de subsídios¹⁹⁹ ²⁰⁰; e (iv) a tentativa, em termos gerais, até mesmo na elaboração do contrato de concessão, de diminuir o distanciamento das diretrizes de interesse público quando da assunção dos serviços.

2.2.3. Uma análise da Lei nº 13.460/2017.

Conforme já exposto anteriormente, a prestação do serviço público está envolta por diferentes fontes de regulação, seja legal ou contratual, sob as quais o Estado e o concessionário estão diretamente submetidos.

De acordo com a previsão do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), em seu artigo 6º, é direito básico do consumidor a prestação adequada e eficaz do serviço público. Até o momento, o CDC era um dos únicos diplomas legais específicos aplicados nessas relações, já que são envolvidos consumo em alguma medida²⁰¹.

Ocorre que recentemente foi publicada a Lei nº 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. O diploma legal não é aplicável somente para os serviços públicos prestados pela Administração, como também se faz valer, de acordo com o artigo 1º, §3º, aos particulares prestadores de serviço público, o que inclui as concessionárias.

O importante de destacar nessa lei é a sua íntima relação com o objeto central da presente monografia, uma vez que prevê uma série de direitos básicos dos usuários de serviço público, dentre os quais a igualdade, a obtenção de informações precisas, a proteção de

¹⁹⁷ MOOR, Fernanda Stracke, op. cit., p. 117.

¹⁹⁸ AZEVEDO, Fernando Costa de. O controle da prestação de serviços públicos por meio dos consumidores-usuários: construindo uma cultura cidadã no contexto do Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 60, out./dez. 2006, p. 84. Apontando no mesmo sentido: AMARO, Fernanda Pereira, op. cit., p. 130.

¹⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., 122.

²⁰⁰ A fim de tornar mais lúcido esse ponto, pode ser citado no Município do Rio de Janeiro o passe livre para utilização de transporte público por parte dos idosos e estudantes da rede pública de ensino, por exemplo.

²⁰¹ AZEVEDO, Fernando Costa de, op. cit., p. 82.

informações pessoais, dentre outros.

Além disso, a Lei dispõe acerca de procedimento de manifestação dos usuários, além de prever um sistema de ouvidoria, criação de conselho de usuários e forma de avaliação continuada, fazendo com que a população como um todo tenha papel mais ativo na regulação dos serviços prestados.

Quando o projeto de lei que se converteu na Lei nº 13.460/2017 ainda tramitava perante o Legislativo, a doutrina já se debruçava sobre o tema:

É importante citar alguns temas previstos nesses projetos de lei que, uma vez em vigor, fortalecerão ainda mais a proteção dos interesses dos consumidores-usuários de serviços públicos: a) a vinculação do conceito de serviço público adequado à participação do usuário, e das entidades de defesa do usuário, no planejamento, fiscalização da execução e avaliação dos serviços; b) a relação de subsidiariedade com o Código de Defesa do Consumidor; c) a criação do Conselho Nacional de Serviço Público, das Comissões de Avaliação e das Ouvidorias de Defesa do usuário; d) em relação às prestadoras, a obrigatoriedade da existência de Serviços de Atendimento ao Usuário. Ao que parece, tais conselhos, comissões e ouvidorias gerais, uma vez em vigor a sobredita lei, deverão atuar em coordenação com os já existentes e semelhantes órgãos das agências reguladoras federais e estaduais²⁰².

Dentro desse contexto, importante frisar o papel democrático da norma, bem como a sua proximidade e preocupação com a efetivação de Direitos Fundamentais dos usuários, seja quando o serviço for prestado pelo Estado diretamente seja por meio de concessão.

Isto, apesar de ser possível considerar que a Lei possua muitos dispositivos de textura mais aberta, demandando a edição de tantas outras normas infraconstitucionais para ter suas premissas definitivamente efetivadas.

A referida Lei ainda não entrou em vigor. Resta aguardar a seu ingresso²⁰³ no ordenamento jurídico de forma plena, a fim de conferir em que medida surtirá efeitos na efetivação dos direitos dos usuários, principalmente quando o serviço for prestado pela iniciativa privada.

²⁰² Ibid., p. 84.

²⁰³ De acordo com o artigo 25, o ingresso no ordenamento jurídico da lei varia de acordo com o ente federativo. Observa-se: Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em:

I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;

II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e

III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.

2.3. Considerações finais do capítulo

À luz do exposto, foi possível identificar e traçar as principais características da concessão de serviço público, bem como estudar a sua relação com a efetivação de Direitos Fundamentais.

Nessa toada, cabível mensurar os pontos positivos da concessão como um meio de concretização de Direitos Fundamentais, sendo possível concluir que este modelo prestacional pode ser um meio efetivo de promoção de direitos.

Todavia, de acordo com a lógica de busca pelo lucro, ao mesmo tempo em que a concessão pode contribuir à efetivação de Direitos Fundamentais, também acaba encontrando problemas de ordem prática, o que, por vezes, faz com o instituto se distancie do interesse público e restrinja direitos importantes.

Feita a análise teórica da questão, resta ao momento analisar aspectos de ordem prática. Para tanto, no capítulo posterior, será feita uma análise do serviço de saneamento básico no município do Rio de Janeiro tentando verificar como o serviço prestado por meio de concessão atinge ou não o objetivo de promoção de Direitos Fundamentais.

3. ANÁLISE DA CONCESSÃO DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

3.1. Questões introdutórias

A Lei nº 11.445/2007 (“Lei de Saneamento”), que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, prevê em seu artigo 2º uma série de princípios que deverão ser observados quando da prestação do serviço de saneamento, dentre eles a universalização, a eficiência e a regularidade.

Acerca do serviço de saneamento básico – que engloba o fornecimento de água e a coleta de esgoto -, estudos realizados pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades através do Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos apontam, ainda em 2014, a precariedade na prestação do serviço.

Somente 49,8% da população brasileira tem acesso à coleta de esgoto no Brasil, de maneira que existem municípios com índice de prestação igual a 0%²⁰⁴. Com relação ao tratamento do esgoto coletado referido à água consumida, o índice é ainda menor, uma vez que a média nacional é de 40,8%. Existem 29 municípios que tratam 20% ou menos do seu esgoto.

De acordo com o ranking do saneamento elaborado pelo Instituto Trata Brasil em 2016, dentre as grandes cidades brasileiras, o Município do Rio de Janeiro se alocava na quinquagésima posição com relação à prestação do serviço de saneamento básico²⁰⁵. O esgotamento urbano na cidade é prestado para 83,11% da população. Isso significa que, somente na área urbana, considerando a população mensurada pelo IBGE, mais de 1 milhão de pessoas não possuem acesso ao tratamento de esgoto.

A prestação do serviço de água se mostra um pouco melhor, uma vez que a média nacional é de 93,27%, enquanto a média no Município do Rio de Janeiro é de 91,62% da população com acesso à água.

²⁰⁴ *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2014*. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

²⁰⁵ *Ranking do saneamento Instituto Trata Brasil 2016*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/2016/relatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Por todos os índices que possamos observar, o fato notável é que o saneamento básico no Brasil, e também na cidade do Rio de Janeiro, se mostra longe de atingir a universalização pretendida pela Lei de Saneamento. Situação preocupante, ainda mais quando inferimos ser o saneamento serviço essencial à manutenção de condições mínimas do indivíduo.

Nesse contexto, o Município do Rio de Janeiro elaborou o Plano Municipal de Saneamento²⁰⁶, instituído pelo Decreto nº 34.290/2011, que aborda diretrizes, princípios, metas, informações do território e macrorregiões de drenagem e demais informações importantes na consecução do serviço de saneamento.

A elaboração do plano surgiu com base na exigência prevista na Lei Municipal nº 4.969/2008, que dispõe sobre objetivos, instrumentos, princípios e diretrizes para a gestão integrada de resíduos sólidos do Município do Rio de Janeiro, e na Lei Federal nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Há a previsão no seu item 8.2 de indicadores de cobertura e tratamento de esgotos, definidos à luz do esgoto produzido e coletado. São estabelecidas também metas no concernente a todo o Município do Rio de Janeiro considerando a cobertura mínima dos serviços de 2008 a 2030. De acordo com a previsão, espera-se que 90% da população tenha acesso ao serviço em todas as bacias hidrográficas em 2030.

Nesse contexto de atendimento das metas previstas no plano de saneamento e em busca da universalização prevista em lei, a Secretaria Municipal de Obras publicou o Edital da Concorrência Pública nº 38/2011²⁰⁷ em 2011, objetivando conceder o serviço público de saneamento sanitário na área de planejamento de bairros da Zona Oeste.

²⁰⁶ *Plano Municipal de Saneamento para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário*. Disponível em: < <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3372233/DLFE-262095.pdf/1.0>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

²⁰⁷ *Concorrência Pública nº 38/2011 – Concessão do serviço público de esgotamento sanitário na área de planejamento-5 do Município do Rio de Janeiro*. Disponível em: < <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105677/01.AnexoIEDITAL.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Após o trâmite do procedimento licitatório, o serviço é prestado por uma concessionária de acordo com o Contrato de Concessão nº 001/2012²⁰⁸ que tem como partes o Município e a própria concessionária.

A região concedida corresponde a 48% do território do Rio de Janeiro, englobando o total de 21 bairros. Tendo em vista a vasta extensão da concessão e a situação do serviço de saneamento básico do Brasil e no Rio de Janeiro, passaremos à análise desta recente concessão a fim de averiguar sua relação com a efetivação dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, serão analisados o Contrato de Concessão, a regulação dos órgãos competentes, bem como dados e fatos de caráter público de maneira a investigar se o serviço passou por melhorias na sua prestação à luz dos Direitos Fundamentais.

3.2. Os relevantes aspectos da recente concessão do serviço de saneamento básico no município do Rio de Janeiro

O primeiro ponto a se notar na concessão de saneamento básico dos bairros da Zona Oeste do Rio de Janeiro é que é recente, sendo empreendida desde 2012. Então, a análise que se seguirá será adstrita aos poucos anos que a concessionária vencedora do certame licitatório está sob a execução do serviço.

Outro ponto relevante é que a região concedida apresenta elevado nível populacional, bem como elevado nível de pobreza, o que corrobora com a importância do estudo aqui realizado.

Como atividade essencial da análise aqui posta, cabe inicialmente estudar as cláusulas do contrato de concessão e seus anexos, de maneira a identificar não só como o poder concedente (Município) alinhou suas expectativas com a concessionária, como também averiguar em que medida a previsão contratual contribui ou prejudica a efetivação dos direitos da população.

O contrato possui alguns aspectos positivos quanto o analisamos à luz da efetivação de

²⁰⁸ *Contrato de Concessão nº 001/2012.* Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105676/00.CONTRATODECONCESSAON001_2012.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

Direitos Fundamentais. O primeiro deles diz respeito às cláusulas 8.1²⁰⁹, 8.2²¹⁰ e 8.3²¹¹, que vinculam a concessionária ao cumprimento das metas e aos princípios norteadores da prestação do serviço.

Com base nisso, é possível à população e aos órgãos de regulação exercer controle efetivo acerca do cumprimento adequado das metas por parte da concessionária, sempre em observância à adequação, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade do atendimento ao usuário.

Acerca das metas, o Anexo III²¹² do contrato possui inúmeras previsões, estabelecendo metas para cobertura, atendimento e tratamento. A previsão é que a meta de cobertura, atinente ao estabelecimento de limites mínimos de disponibilização do serviço de coleta de esgotamento sanitário aos usuários, seja, após 15 anos, de 80%, enquanto antes da concessão a cobertura não chegava aos 40%. Por sua vez, a meta de tratamento, que *“tem por objetivo estabelecer o ritmo dos investimentos da concessionária em sistemas de tratamento de esgotamento sanitário, tendo em conta as indicações dos órgãos ambientais competentes²¹³”*, é de 100% após 10 anos de concessão.

Nessa toada, observa-se que o contrato vincula à concessionária ao estabelecimento de metas que contribuirão para elevar o número e o nível do serviço outrora prestado pelo Município do Rio de Janeiro, fazendo com que a população seja cada vez mais detentora de direitos.

Ademais, destacam-se as cláusulas que alocam à concessionária deveres prestacionais e preveem certo controle com relação ao serviço prestado, inclusive alocando riscos que devem ser unicamente suportados por esta, tais como não obtenção do retorno econômico previsto,

²⁰⁹ 8.1. A concessionária deverá, obrigatoriamente, cumprir as metas previstas no Plano de Metas, que integra o Anexo III, bem como observar os indicadores de qualidade para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário, estabelecidos no mesmo Anexo acima referido.

²¹⁰ 8.2. A concessionária, durante todo o prazo da concessão, deverá prestar os serviços de esgotamento sanitário visando ao pleno e adequado atendimento dos usuários.

²¹¹ 8.3. Para os efeitos do que estabelece o item 8.2 anterior, e sem prejuízo do disposto no regulamento da prestação do serviço, serviço adequado é o que tem condições efetivas de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas cobradas dos usuários.

²¹² *Anexo III – Plano de metas, níveis para prestação dos serviços de esgotamento sanitário e sanções.* Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105679/03.AnexoIIIPlanodemetaseniveisparaprestacaodosservicos.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

²¹³ *Ibid.*, p. 4.

danos causados ao sistema de esgotamento, atualidade da tecnologia empregada etc. Dentre elas, podemos citar as cláusulas 13.5²¹⁴, 20.3²¹⁵ e 25.2²¹⁶.

Tais previsões dificultam a arbitrariedade da concessionária em se eximir de obrigações oriundas do próprio objeto contratual na busca pelo lucro unicamente, fazendo com que a mesma se atente à melhoria do serviço em si.

Ademais, a cláusula 22.2²¹⁷ prevê uma série de direitos dos usuários, como, por exemplo, o recebimento do serviço de saneamento em condições adequadas, o acesso às informações necessárias para a defesa dos interesses individuais e coletivos, a possibilidade de exercer papel ativo no controle da prestação do serviço por meio da comunicação aos órgãos responsáveis de possíveis irregularidades etc.

Isso se coaduna até mesmo com a Lei nº 13.460/2017, acima analisada, uma vez que concede direitos explícitos aos cidadãos, bem como disponibiliza meios pelos quais se torna possível atingir tais direitos, o que contribui para a consecução da dignidade da pessoa humana.

Apesar dos pontos positivos destacados, o contrato de concessão possui algumas previsões que afrontam a efetivação dos Direitos Fundamentais. Uma delas diz respeito à previsão da cláusula 7.4²¹⁸, que possibilita a suspensão do fornecimento dos serviços em caso de inadimplência do usuário.

Apesar dessa previsão guardar assento jurisprudencial, doutrinário e legal, entendemos que se torna prejudicial à efetivação de Direitos Fundamentais, uma vez que afasta cada vez

²¹⁴ 13.5. A concessionária não poderá opor ao Poder Concedente e/ou a Rio-Águas, por conta dos financiamentos de que trata esta Cláusula, quaisquer exceções ou meios de defesa como justificativa para o descumprimento de qualquer condição estabelecida neste contrato.

²¹⁵ 20.3. A concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à concessão, ressalvados os casos decorrentes dos eventos previstos no item 20.4 adiante, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes: (...).

²¹⁶ 25.2. Além das demais obrigações constantes do regulamento da prestação do serviço, deste contrato, do edital e do contrato de interdependência, são direitos e deveres da concessionária: (...)

²¹⁷ 22.2. Sem prejuízo das demais disposições deste contrato, são direitos e deveres dos usuários: (...).

²¹⁸ 7.4. No âmbito da gestão comercial, a concessionária e a CEDAE desenvolverão políticas para recuperação de crédito e redução de inadimplência existente na Área de Planejamento-5, sendo que, sem prejuízo de outras atividades, caberá à concessionária suspender o fornecimento dos serviços em caso de inadimplência do usuário, observado a legislação a respeito, especialmente a Lei Federal nº 11.445/07 e demais legislação estadual e municipal pertinente.

mais a população mais pobre, presente em alto número na região, do acesso ao serviço público em questão.

Outra consideração importante é que o contrato de concessão deixa explicitamente de fora da concessão os locais da área de planejamento que são mananciais, faixas lindeiras aos rios e córregos, bem como as comunidades carentes do local. De acordo com o Anexo III do Contrato:

Por motivos legais, as populações residentes em áreas de proteção ambiental e áreas invadidas de propriedade privada não serão consideradas na população sujeita a atendimento (...) Economias elegíveis – São todas aquelas que se situem na Área de Planejamento-5, com exceção das que se encontrem implantadas em áreas de proteção de mananciais, faixas lindeiras aos rios e córregos ou implantadas em áreas invadidas de propriedade privada²¹⁹. (grifou-se)

Diante da exclusão das áreas elucidadas, percebe-se que o disposto no Anexo III pode afrontar os Direitos Fundamentais, uma vez que impossibilita de acesso ao saneamento básico justamente a população que é mais carente de recursos e que, por isso, não consegue ter acesso ao serviço se não for por subsídio do Estado.

Essa previsão ainda contraria a Lei de Saneamento, que determina categoricamente a busca pela universalização do serviço. A realidade da universalidade se torna distante à medida que a concessão é concebida excluindo parcela significativa da população ao acesso. E quando falamos em parcela significativa, estamos fazendo referência a 16% da população da região, que vive em “aglomerados subnormais”, de acordo com o estudo realizado pelo Instituto Pereira Passos²²⁰.

Não é possível apontar a causa de se ter essa disposição contratual, porém se sabe que a delimitação da área de concessão foi feita pelo poder concedente, que também indicou quais as áreas inelegíveis.

Apesar da concessionária não ter participado dessa escolha, o Diretor de Operações e Engenharia da concessionária, em entrevista ao Fórum Rio, iniciativa que possui diversos

²¹⁹ *Anexo III – Plano de metas, níveis para prestação dos serviços de esgotamento sanitário e sanções*, op. cit., p. 3.

²²⁰ Favelas na cidade do Rio de Janeiro: o quadro populacional com base no censo 2010. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/download%5C3190_FavelasnacidadedoRiodeJaneiro_Censo_2010.PDF>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

estudiosos preocupados com as políticas urbanas da cidade, afirmou que o investimento nas regiões de comunidade é dispendioso e geraria a ausência de pagamento e retorno financeiro à concessionária. Veja-se:

ForumRio.org – Como se resolve? É o poder público que precisa resolver?

Righetto – O que acontece? Eu sou impedido pela lei. Eu como técnico de uma empresa, eu sou preso, vou para a cadeia. Por outro lado, **eu sou uma empresa privada. Eu tenho obrigação de investimento, mas também um retorno financeiro esperado. Se você investe numa situação dessa, por exemplo, faz obra numa favela, num morro, é uma obra muito mais cara do que fazer numa área formal;** muito mais, porque você não tem ruas definidas, tem cotas a vencer, é uma obra muito mais difícil.

ForumRio.org – Mas o adensamento é maior.

Righetto – **Ninguém paga conta, ninguém vai remunerar o seu investimento**²²¹.
(grifou-se)

Ou seja, o que se percebe é a negativa de prestação de serviço essencial à vida de um indivíduo por motivos de ordem financeira, já que a busca pelo lucro está atinente à própria ideia de concessão. Ao conferir ao ente privado a função de prestar serviços públicos surge o risco já mencionado – e aqui, aparentemente, concretizado - de inversão das prioridades: argumentos financeiros e lucro se sobrepondo à efetivação dos Direitos Fundamentais.

Além da importância da análise do contrato de concessão em si, resta essencial estudar como este contrato vem sendo executado na prática pela concessionária. Ou seja, se as previsões contratuais restam correspondidas à realidade da região da concessão passados mais de 5 anos desde a assunção dos serviços.

Antes da execução contratual, a área da concessão possuía 50% de cobertura de coleta de esgoto, e dentre todo o esgoto coletado apenas 5% era tratado. O esgotamento sanitário cadastrado possuía 842.000 metros de rede coletora, 37 estações de tratamento de pequeno porte (sendo 29 inativas por falta de financiamento) e 8 unidades de operação.

Desde 2012, quando a concessionária assumiu a execução do serviço, estão sendo feitos reiterados investimentos e obras aptas a ampliar o sistema de esgotamento sanitário a fim de cumprir com a meta de, após 30 anos, a região contar com índice de 90% de coleta de esgoto e 100% de tratamento do esgoto coletado.

²²¹ NORONHA, Sílvia. Favelas de fora: concessão de esgoto aprofunda desigualdades na Zona Oeste. *Fórum Rio*, Rio de Janeiro, 24 fev. 2017. Disponível em: < <http://www.forumrio.org/ultimas/favelas-de-fora-o-desafio-da-inclusao-socioambiental/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

Até o momento, é possível apontar a reabilitação de 10 estações de tratamento e 26 elevatórias. Com relação às estações desativadas, foram reformadas 6 unidades, contribuindo para expansão da prestação do serviço.

Tais investimentos significaram aumento do sistema de esgotamento para 1.883.000 metros de rede coletora, 40 elevatórias e 55 unidades de estações de tratamento de águas residuais. Se comparado ao que até então estava sendo executado pelo Município, a diferença é consideravelmente significativa.

Além disso, o cumprimento das metas se mostra além do contratualmente estabelecido. A meta do indicador de cobertura era de 40% e neste ano se encontra em 48%, enquanto a meta do indicador de atendimento era de 33% e hoje se encontra em 42%. No tocante à meta do indicador de tratamento, o índice passou de 5% para 73%²²².

Ocorre que, ainda no referente à execução contratual, de acordo com entrevistas realizadas com os habitantes da região, há a sensação de ausência de informações claras e falta de comunicação por parte da concessionária, principalmente com relação às obras realizadas²²³.

Os moradores apontam existência de obras nas ruas de maneira desorganizada, acarretando o convívio da população com constantes alagamentos e ausência de interligação ao sistema de esgotamento²²⁴.

Por fim, como último ponto de análise, cabível tratar da regulação que a Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro (“Rio-Águas”)²²⁵ vem exercendo sobre a concessão.

²²² NORONHA, Silvia. Em tempos de privatização, vale conferir o que anda ocorrendo na Zona Oeste do Rio. *Fórum Rio*, Rio de Janeiro, 9 fev. 2017. Disponível em: < <http://www.forumrio.org/ultimas/em-tempos-de-privatizacao-vale-conferir-o-que-anda-ocorrendo-na-zona-oeste-do-rio/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

²²³ As entrevistas foram realizadas pelo Fórum Rio, estando disponibilizadas na reportagem supracitada.

²²⁴ NORONHA, Silvia. Em tempos de privatização, vale conferir o que anda ocorrendo na Zona Oeste do Rio. *Fórum Rio*, Rio de Janeiro, 9 fev. 2017. Disponível em: < <http://www.forumrio.org/ultimas/em-tempos-de-privatizacao-vale-conferir-o-que-anda-ocorrendo-na-zona-oeste-do-rio/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

²²⁵ “A Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro - Rio-Águas é uma autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria Municipal de Saneamento e Recursos Hídricos, restabelecida pelo Decreto nº 33.767 de 06 de maio de 2011 e regulamentada pelo Decreto nº 36.735/2013 de 18 de janeiro de 2013. Dentre as funções desempenhadas, tem o objetivo de regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, os serviços de esgotamento sanitário na Área de Planejamento 5 - AP-5, sendo preservadas as

De acordo com o resumo dos indicadores de desempenho disponibilizados pela entidade reguladora em questão, a média anual de satisfação de atendimento do usuário em 2016 era de 93,18%, bem como a eficiência dos prazos de atendimento era de 95,80%²²⁶.

Nesse contexto, foram analisadas todas as atas de reunião do Comitê de Gestão Comercial, da Diretoria Colegiada e do Conselho Executivo da Rio-Águas²²⁷. Algumas das sessões da Diretoria Colegiada, no âmbito de processos administrativos sancionadores, atestaram alguns descumprimentos contratuais e legais cometidos pela concessionária.

Dentre os descumprimentos, podemos identificar a frustração do incremento das receitas da concessão com o aumento no atendimento do serviço de esgoto sanitário, o não fornecimento de água no volume mínimo necessário, atraso na delegação da gestão comercial, dentre outros. Alguns processos culminaram na pena de advertência, enquanto outros aplicaram pena pecuniária.

No mais, atas das reuniões diversas atestam a regular execução das obras, a expansão do nível de prestação do serviço, o cumprimento do cronograma de entrega de informações relativas aos indicadores de desempenho, dentre outros aspectos que indicam a regular execução contratual pela concessionária.

Além do processo regulatório efetivado pela Rio-Águas, que vem analisando de perto o cumprimento contratual por parte da concessionária, há a disponibilização de meios para que a população faça reclamações, sugestões e solicitações de serviços relacionados ao saneamento básico oferecido.

O que se observa, portanto, é a existência de alguns percalços na concessão de saneamento empreendida na Zona Oeste referentes a cláusulas contratuais, atuação dos órgãos de regulação e análise cotidiana da execução do serviço. Todavia, ainda assim, a prestação do

competências e prerrogativas municipais na área de drenagem e qualidade de águas urbanas". (Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/o-que-e>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

²²⁶ *Resumo dos indicadores de desempenho*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4282910/4179530/Resumoparaositerioaguasindicadores.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

²²⁷ Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/reunioes-e-atas>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

serviço como um todo vem melhorando, de maneira a concretizar cada vez mais, de acordo com as metas contratuais, Direitos Fundamentais à população.

3.3. Considerações finais do capítulo

De acordo com o observado, o serviço de saneamento básico é um problema tanto no Brasil quanto no Rio de Janeiro, uma vez que parte considerável da população não possui acesso a tal serviço, que se mostra essencial à própria dignidade da pessoa humana.

Dentro desse cenário, foi possível analisar a concessão do serviço de saneamento básico empregado em alguns bairros da Zona Oeste desde 2012, com o objetivo de entender como esta concessão vem contribuindo ou não para a efetivação de Direitos Fundamentais.

À luz do analisado, foram observados alguns problemas no tocante a: (i) cláusulas contratuais que excluem parcela da população do acesso ao serviço; (ii) execução contratual que tem se mostrado conturbada no tocante a algumas obras empreendidas; e (iii) processos regulatórios que têm atestado alguns descumprimentos contratuais por parte da concessionária, com posterior aplicação de sanções.

Por outro lado, alguns pontos positivos puderam ser também identificados, dado que, se comparada à gestão do Município do Rio de Janeiro, os serviços se expandiram consideravelmente com o intuito de perfazer a universalidade prevista na Lei de Saneamento Básico.

O próprio contrato de concessão estabelece e vincula uma série de prerrogativas que devem ser observadas pela concessionária, corroborando a preocupação do poder concedente com a qualidade e continuidade do serviço prestado. Paralelo a isso, a atuação da Rio-Águas se mostra essencial no processo de fiscalização da execução do serviço. Tudo com o intuito, ao menos implícito, de contribuir à efetivação de Direitos Fundamentais.

Por fim, é importante pontuar que a análise aqui empreendida pode ser alterada nos posteriores anos, já que se mostra recente e a concessionária teve até o momento, como maior ocupação, a realização de obras. Assim, a progressão do serviço de saneamento da área

analisada pode continuar como também pode retroceder, a partir da concepção de que, ao fim das contas, é a iniciativa privada que está sob a assunção dos serviços.

4. CONCLUSÕES

O presente trabalho teve por objetivo analisar a efetivação dos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente de acordo com a concessão dos serviços públicos que eram outrora executados pelo Poder Público.

Buscou-se, inicialmente, tecer considerações acerca da tratativa dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro, abordando conceito, princípios, classificações e previsão constitucional. Tudo com o objetivo de alinhar conceitualmente o presente trabalho.

A partir disso, foi feito estudo do segundo grande ponto de análise, quais sejam os Direitos Fundamentais. Para tanto, foi traçado histórico, abordando o conceito, as dimensões, as características e a relação dos mesmos com o texto da Constituição.

Partindo desse panorama básico, aprofundou-se a tratativa dos serviços públicos, uma vez que foi voltada análise para a delegação destes, até chegar na concessão em si, objeto principal das considerações depreendidas.

Paralelo a isso, por meio de revisão bibliográfica, foi construída a relação entre a concessão dos serviços públicos e os Direitos Fundamentais constitucionais, de maneira que foi feita ponderação entre os aspectos positivos e negativos de tal forma prestacional.

Nesse tocante, as dúvidas postas quando do início do trabalho puderam ser investigadas mais detidamente. Assim, chegou-se a constatação de que é possível afirmar que a delegação do serviço público por meio de concessão à iniciativa privada constitui algum grau de efetivação de Direitos Fundamentais.

No mesmo sentido, também foi possível compreender que a concessão possui alguns aspectos positivos que não existem quando o serviço é prestado diretamente pelo Estado. Dentre eles, foi apontada a vinculação ao instrumento contratual, a expertise na consecução do empreendimento, a necessidade de realização de investimentos contínuos, a forte regulação dos órgãos estatais incumbidos dessa função, dentre outros.

Por outro lado, entendeu-se que a concessão está empreendida dentro de uma lógica que busca o lucro, o que pode implicar a restrição de Direitos Fundamentais com base na subversão da lógica do serviço como público.

Dessa forma, a concessão se mostra como uma via de dois lados, já que pode tanto contribuir com a efetivação de Direitos Fundamentais por meio da prestação do serviço público como também cercear esses mesmos direitos, principalmente no tocante às camadas mais desfavorecidas da população.

Ao mesmo tempo, se pensarmos sob a lógica do Estado, que se apresenta demasiadamente sobrecarregado, os serviços públicos podem se encontrar em situação precária ou até mesmo inexistente, o que eventualmente pode deixar de acontecer diante de uma delegação.

Adiante a análise teórica acerca do tema, foi empreendido estudo no tocante a um serviço público específico a fim de averiguar sua relação com os Direitos Fundamentais e, ao fim, identificar a similaridade da conclusão teórica à conclusão prática.

A escolha se deu pelo serviço de saneamento básico, uma vez que essencial à dignidade da pessoa humana e precário de prestação no Brasil e no Rio de Janeiro. A cidade passou a contar, recentemente, com uma concessionária na área de planejamento que compreende alguns bairros da Zona Oeste.

Essa análise de cunho mais prático avaliou a conjuntura do saneamento básico na região da concessão, comparando dados que puderam ser úteis na averiguação da eficiência na execução do serviço. Por meio de tal comparação, foi identificada certa evolução e continuados investimentos empregados pela concessionária.

Além dos dados, notícias e estudos de órgãos, o contrato de concessão e seus anexos, bem como as atas das reuniões da Rio-Águas, órgão de regulação do serviço em questão no Rio de Janeiro, foram estudados com o fim de investigarmos mais detidamente o caso.

A conclusão básica que pôde ser constatada é a de que essa concessão apresenta algumas inconsistências no referente à efetivação de Direitos Fundamentais, principalmente

quando consideramos algumas previsões contratuais. Todavia, incontestável a evolução do serviço oferecido à população nos últimos anos desde a assunção dos serviços.

Como última consideração do presente trabalho, temos que a relação entre a concessão dos serviços públicos como um todo e a efetivação de Direitos fundamentais é tênue. Essa ponte se solidifica ou se distancia de acordo com a consideração, por parte da concessionária, de que o serviço ali prestado continua público e, dessa forma, deve atender aos anseios populacionais e à efetivação de direitos, e não à busca pelo retorno financeiro.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, v. 5., nov. 2012, p. 117 – 143.

Anexo III – Plano de metas, níveis para prestação dos serviços de esgotamento sanitário e sanções. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105679/03.AnexoIIIPlanodemetaseniveispa raprestacaodosservicos.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Delegações de Serviço Público. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 04 de setembro de 2017.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O controle da prestação de serviços públicos por meio dos consumidores-usuários: construindo uma cultura cidadã no contexto do Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 60, out./dez. 2006, p. 80 – 102.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 193 – 194.

BEZERRA, Helga Maria. As transformações da noção de serviço público na União Europeia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 32, jan./jun. 2008, p. 104-133.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

_____. Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2017.

_____. Lei Federal nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

_____. Lei Federal nº 13.460 de 26 de junho de 2016. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

_____. Lei Federal nº 8.078 de 8 de setembro de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

_____. Lei Federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e processual civil. Art. 462 do CPC/73. Prequestionamento implícito. Transporte público coletivo. Permissão. Ausência de licitação. Nulidade. Ausência de violação da reserva de plenário. Cerceamento de defesa. Incidência da súmula 7/STJ. Art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/95. Prorrogação de vigência contratual. Prazo. Respeito ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1376569/RJ. Agravante: Viação Beira Mar LTDA. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Humberto Martins. Brasília, 17 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Serviço público. Permissão. Radiodifusão. Rádio comunitária. Processo administrativo. Impossibilidade de ingerência do poder judiciário quanto ao mérito do ato. Recurso Especial nº 1019317/MG. Recorrente:

Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Associação Comunitária Água Viva de Radiodifusão. Relator: Castro Meira. Brasília, 03 de novembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil E Administrativo. Inexistência De Violação Do Art.535 do CPC. Fornecimento De Água. Corte. Usuário Inadimplente. Possibilidade, Após Prévio Aviso. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 364.470/RJ. Agravante: Conceição da Silva Guimarães. Agravado: Companhia Estadual de Águas e Esgotos. Relator: Mauro Campbell. Brasília, 24 de setembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil e administrativo. Recurso especial. Violação do art. 535, II, do CPC. Inexistência. Ação indenizatória. Serviços lotéricos. Permissão de serviço público. Natureza jurídica. Rescisão unilateral. Direito à indenização pelos gastos de instalação da casa lotérica. Existência de investimento vultoso para concretizar o exercício da atividade. Doutrina e jurisprudência do STJ. Danos materiais. Reconhecimento pelo tribunal de origem em razão de laudo pericial. Reexame de matéria fático probatória. Inadequação. Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso Especial nº 1021113/RJ. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Magic Numbers Comercial e Serviços LTDA. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 11 de outubro de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Solicitação do Congresso Nacional. Pedido de fiscalização do contrato de concessão da BR 101 BA/ES pela comissão externa da Câmara dos Deputados. Conhecimento. Atendimento parcial da demanda neste momento. Inspeção realizada. Constatação de fortes indícios de irregularidades na execução do contrato de concessão. Autorização para oitiva dos responsáveis. Remessa de cópia do relatório de inspeção à comissão externa da Câmara dos Deputados. Concessão excepcional de prorrogação do prazo de 120 dias para conclusão dos trabalhos. Restituição dos autos à unidade técnica para promoção de novas oitivas e análises conclusivas. Processo nº 010.482/2016-4. Interessado: Eco 101 Concessionária de Rodovias S.A. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1746. Requerente: Procurador Geral da República. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 22 de fevereiro de 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Denúncia relacionada à exploração de centrais geradoras de energia hidroelétrica pela Companhia Brasileira de Alumínio (CBA) em desacordo com a legislação setorial. Processo nº 033.107/2016-5. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 09 de agosto de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelações cíveis. Ações conexas. Cobrança, do novo usuário, autor, de débito de energia elétrica de terceiro. Sentença única para ambas as ações, sendo julgados improcedentes os pedidos. Irresignação do demandante. Interposição de um recurso de apelação pelo autor em cada demanda. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da unirrecorribilidade. Conhecimento unicamente do apelo que primeiramente foi protocolizado (0000445-37.2011.8.19.0031). Preclusão consumativa em relação ao posterior. Suspensão do serviço na hipótese que se mostra ilícita e abusiva. Dano moral configurado. Inexistência de prova quanto aos alegados danos materiais. Não acolhimento desta pretensão. Apelação nº 0000445-37.2011.8.19.0031. Apelante: Rogério da Costa Procópio. Apelada: Light Serviços de Eletricidade S.A. Relator: Murilo Kieling. Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Maria Francisca; TAPAJÓS, Luziele; RODRIGUES, Monica (org.). *Políticas sociais para o desenvolvimento: superar a pobreza e promover a inclusão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO, 2010.

Concorrência Pública nº 38/2011 – Concessão do serviço público de esgotamento sanitário na área de planejamento-5 do Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105677/01.AnexoIEDITAL.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Contrato de Concessão nº 001/2012. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105676/00.CONTRATODECONCESSAON001_2012.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2014. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Favelas na cidade do Rio de Janeiro: o quadro populacional com base no censo 2010. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/download%5C3190_FavelasnacidadedoRiodeJaneiro_Censo_2010.PDF>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

GROTTI, Dinorá Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações. In: *Revista de Direito Administrativo*, abr./jun. 2001, v. 224.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.

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

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. As diversas configurações da concessão de serviço público. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, n. 1, jan./mar. 2003, p. 95 – 136.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Poder de Polícia e Segurança Nacional. In: *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 4, n. 40, set. 2002.

MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros

MONTEIRO, Vera. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 82.

_____. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos cidadãos frente aos serviços essenciais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55/2005, jul/set. 2005, p. 106 – 119.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Silvia. Favelas de fora: concessão de esgoto aprofunda desigualdades na Zona Oeste. *Fórum Rio*, Rio de Janeiro, 24 fev. 2017. Disponível em: < <http://www.forumrio.org/ultimas/favelas-de-fora-o-desafio-da-inclusao-socioambiental/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. Em tempos de privatização, vale conferir o que anda ocorrendo na Zona Oeste do Rio. *Fórum Rio*, Rio de Janeiro, 9 fev. 2017. Disponível em: < <http://www.forumrio.org/ultimas/em-tempos-de-privatizacao-vale-conferir-o-que-anda-ocorrendo-na-zona-oeste-do-rio/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.

Plano Municipal de Saneamento para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. Disponível em: < <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3372233/DLFE-262095.pdf/1.0>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

Ranking do saneamento Instituto Trata Brasil 2016. Disponível em: < <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/2016/relatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Resumo dos indicadores de desempenho. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4282910/4179530/Resumoparaositerioaguasindicadores.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Paulo Victor. Definição e estrutura dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr. 2015, p. 117 – 151.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 5, 2005, p. 541 – 558.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico prático das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁCITO, Caio. Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, out./dez. 1993, p. 1 – 5.