



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**
Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO INTERINSTITUCIONAL COM A FACULDADE LUCIANO FEIJÃO

ROQUE HUDSON URSULINO PONTES

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO
SANEAMENTO BRASILEIRO: INOBSERVÂNCIA AS PARTIÇÕES DE
COMPETÊNCIAS DAS ENTIDADES FEDERATIVAS

FLORIANÓPOLIS-SC
2021

ROQUE HUDSON URSULINO PONTES

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO
SANEAMENTO BRASILEIRO: INOBSERVÂNCIA AS PARTIÇÕES DE
COMPETÊNCIAS DAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito para a conclusão do Curso de Doutorado
Interinstitucional em Direito oferecido pela
Universidade Federal de Santa Catarina na Faculdade
Luciano Feijão.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

FLORIANÓPOLIS-SC
2021

Ficha de Identificação da obra elaborada pelo autor,
Através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

PONTES, ROQUE HUDSON URSULINO

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO
SANEAMENTO BRASILEIRO: INOBSERVÂNCIA AS PARTIÇÕES DE COMPETÊNCIAS DAS
ENTIDADES FEDERATIVAS / ROQUE HUDSON URSULINO PONTES; orientador, CLÁUDIO
LADEIRA DE OLIVEIRA, 2021. 183 p.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Novo Marco Regulatório. 4. Saneamento. 5. Direito Social.
6. Federalismo. 8. Competências normativas. 9. Pacto federativo. 10. Inconstitucionalidade. I.
OLIVEIRA, CLÁUDIO LADEIRA DE. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

ROQUE HUDSON URSULINO PONTES

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO
SANEAMENTO BRASILEIRO: inobservância as partições de competências das entidades
federativas**

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Arno Dalri Júnior, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD - UFSC

Prof. Delamar Volpato Dutra, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGFIL - UFSC

Prof. Guilherme Soares, Dr.
Procuradoria do Estado do Paraná

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Prof^a. Norma Sueli Padilha, Dra.
Coordenação do PPGD/UFSC

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Florianópolis-SC, outubro de 2021.

Dedico este trabalho à minha família, que de forma incondicional sempre me apoiou nessa jornada do conhecimento, aos meus pais José Linhares e Noemy Ursulino, minha sogra Izabel Pontes, minha querida esposa Renata e Silva Pontes e aos meus filhos Lyvia Silva Ursulino Pontes e Lucas Silva Ursulino Pontes, que sempre estiveram na torcida para que eu pudesse concretizar este sonho. O apoio de vocês foi fundamental.

AGRADECIMENTOS

A busca do conhecimento é uma arte e que possui vários caminhos a serem percorridos para que esse objetivo seja alcançado. É arte das noites solitárias, da resiliência, da leitura, da tranquilidade, da escrita, entre outros tantos sentimentos que experimentamos nesse momento de formação acadêmica. Destaco incansáveis horas de estudo, momentos em que a solidão esteve presente, mas sempre havia um objetivo que me concedia forças para dar continuidade, a tão sonhada tese em Direito. Desta feita, além dos esforços que empreguei, outros fatores foram determinantes para a consecução efetiva desta etapa, muitos foram os responsáveis por me manterem firme e determinado, mesmo quando o trabalho, a ansiedade, a falta de tempo, as noites sem sono e o cansaço, por muitas vezes, quiseram se apoderar das minhas energias, estas pessoas me deram ânimo para persistir.

Sempre, em qualquer lugar e em nome Dele, tudo vem de Deus que sem sombra de dúvidas foi e sempre será meu companheiro e encorajador.

Dedico também o sucesso nesta etapa a meus pais, José Linhares da Pontes e Noemy Ursulino da Pontes, pelo apoio e os ensinamentos que me foram repassados desde meu nascimento até os dias atuais e que serviram para a formação de minha personalidade e dos caminhos que resolvi trilhar. Saibam que a semente que foi plantada sempre está germinando.

Não poderia deixar de agradecer aos meus irmãos, Érica, Romulo e Eveline, para os quais, como sou o primogênito, sempre servi de espelho e que também foram combustíveis para que eu sempre desse o meu melhor.

Agradeço também a minha sogra Isabel Cristina Pontes e Silva, sempre incentivadora, estusaiasta e que esteve próxima apoiando estas minhas empreitadas, concedendo todo o suporte necessário para que tudo pudesse acontecer com tranquilidade.

À minha esposa amada Renata e Silva Pontes, que já faz parte da minha vida há mais de vinte anos e vivenciou todas as conquistas e dificuldades que enfrentei durante este período. É uma grande incentivadora das minhas lutas diárias, companheira, compreensiva, um suporte que é muito relevante em minha vida. Saiba que lhe amo muito, sou muito grato e que todas estas vitórias sempre serão também suas.

Aos meus amados filhos Lyvia Silva Ursulino Pontes e Lucas Silva Ursulino Pontes. A minha primogênita resolveu seguir meus passos no Direito e expressa que sempre serei seu

espelho. Saiba meu amor que sempre procuro dar os melhores passos, buscar os melhores caminhos, para que você possa ter bons exemplos e que eu sirva de guia para sua vida e para seu caminho profissional. Ao meu amado filho Lucas, sempre tranquilo, mas curioso em saber quais os passos que estou realizando, também muito dedicado as suas convicções, sempre procuro contagiá-lo e não permitir que desanime frente às adversidades do mundo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Araújo Ladeira, agradeço pelos conhecimentos, pela parceria, amizade e confiança depositadas. A sua atenção, disponibilidade, serenidade e paciência foram fundamentais para que eu lograsse êxito neste trabalho. Muito obrigado mestre.

Aos professores Dr. Arno Dalri Júnior, Dr. Delamar Volpato Dutra, Dr. Guilherme Soares, sou grato pela participação de tão valorosos profissionais em minha banca para apresentação da tese, pela disponibilidade e, pelas importantes contribuições concedidas para que eu apresentasse um excelente trabalho acadêmico. A participação destes expoentes do mundo jurídico me deixou bastante orgulhoso e feliz pelos resultados alcançados.

Não posso deixar de reconhecer e agradecer ao grupo Luciano Feijão, em nome de seu Chanceler, o Professor Francisco Luciano Feijão, um verdadeiro desbravador da educação no interior do Ceará que com sua crença, trabalho e fé, forma centenas de milhares de pessoas, concedendo a estas, a oportunidade de uma vida mais digna. Esse Doutorado Interinstitucional é mais uma das suas visões de futuro, através do qual observa na educação, como a mola propulsora para o conhecimento e uma sociedade melhor e livre. Em nome de nossa turma, agradeço pela oportunidade que nos foi concedida.

À nossa diretora geral Professora Isabel de Aguiar Pontes, que não mediu esforços para que nossa instituição pudesse ofertar um curso de grande referência jurídica no interior do Nordeste, mostrando sua visão acadêmica e inovadora, merecendo nosso reconhecimento pela luta para que houvesse a qualificação de seu corpo docente, o que qualificaria ainda mais os ensinamentos na área do Direito na Faculdade Luciano Feijão.

RESUMO

A presente tese tem por tema de estudo a inconstitucionalidade do Novo Marco do Saneamento brasileiro – Lei de n.º 14.026/2020, delimitado sob a perspectiva de que a nova lei não inobservou as competências dos entes federados, no que tange as prerrogativas elencadas no texto maior. Para tanto, foi realizado um estudo da teoria da separação de poderes, segundo o modelo formulado por Adrian Vermeule. Há de se destacar também, uma breve consideração acerca da legitimidade e legalidade da Constituição no conceito de Carl Schmitt. O modelo americano de organização estatal apresentado por Vermeule e o Poder Normativo do Estado Americano, são importantes para se entender o modelo gerencial que se pretende implantar no Brasil. Nesse contexto, versa-se sobre as agências reguladoras, o seu contexto histórico, a atividade estatal reguladora e seu Poder Regulamentar. No fim deste tópico, tratou-se acerca do objetivo 06 da ONU – que aborda sobre o tema da Água Potável e Saneamento, compromissos que foram assumidos pelo Estado brasileiro, como metas a serem alcançadas até 2030. Diante desta discussão, se fez necessário pesquisar sobre o sistema federalista brasileiro, as divisões de prerrogativas dos entes estatais, as unidades constituintes deste federalismo, e sua cooperação constitucional administrativa. Para sanar incongruências legislativas, o Poder Judiciário, como fiscal externo da atividade legiferante, assume papel fundamental no controle da constitucionalidade destes atos, sendo seu dever exercer o papel de fiscal do cumprimento das normas jurídicas, bem como de suas formalidades, visando o cumprimento do Princípio da Legalidade e do Princípio da Simetria das normas. Dito isso, se faz imperioso tratar sobre as questões de constitucionalidade do serviço de saneamento no Brasil, trazidos pela móvel legislação. A problematização se deu com a identificação de que os meios utilizados pelo legislador reformador, não observou aos ditames dispostos no texto da Constituição Federal, ou seja, o mecanismo jurídico utilizado não foi o adequado para formular o Novo Marco Regulatório do Saneamento nacional, de acordo com o que expõe o art. 23, inciso XI da Constituição, tomando por base a necessidade da observância da hierarquia normativa disposta no art. 59 da Carta Política. O objetivo geral deste estudo é investigar o porquê da inobservância das partições de competências das entidades federativas, o que leva a inobservância do Princípio da Legalidade, disposto nos arts. 5º inciso II, 37, caput, da CF/88 e do Princípio da Simetria das normas, dispostos no art. 25 da CF/88 e art. 11 da ADCT. Levantou-se a hipótese de (in) constitucionalidade, tendo em vista a inobservância das normas constitucionais acima mencionadas e o dever da Corte Maior da nação, em realizar a guarda e a interpretação da Carta Magna. A modificação de qualquer de seus termos, devo obedecer às espécies normativas elencadas em seu texto, notadamente no art. 59, que especifica as categorias normativas e sua hierarquia. A presente pesquisa verificou a inobservância das competências constitucionais dos entes federados, pois estas prerrogativas foram modificadas através de um instrumento que não possui validade jurídica em nosso ordenamento. Para que uma prerrogativa constitucional seja modificada, deverá ser realizada mediante Revisão Constitucional, Emenda à Constituição ou por uma Nova Carta, o que não se observou com as novidades trazidas pela Lei de n.º 14.026/2020, que elaborou o Novo Marco Regulatório do Saneamento no Brasil. Ao se adotar este paradigma, analisa-se a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, em declarar a inconstitucionalidade do Novo Marco do Saneamento no Brasil por contrariar os instrumentos normativos dispostos na Carta Política.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Novo Marco Regulatório. Saneamento. Direito Social. Federalismo. Competências normativas. Pacto federativo. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present thesis has as its subject of study the unconstitutionality of the New Brazilian Sanitation Framework - Law No. 14.026/2020, delimited under the perspective that the new law did not disregard the competences of federated entities, regarding the prerogatives listed in the larger text. Therefore, a study of the theory of separation of powers was carried out, according to the model formulated by Adrian Vermeule. It should also be highlighted, a brief consideration about the legitimacy and legality of the Constitution in the concept of Carl Schmitt. The American model of state organization presented by Vermeule and the Normative Power of the American State are important to understand the managerial model that is intended to be implemented in Brazil. In this context, it deals with the regulatory agencies, their historical context, the regulatory state activity and its Regulatory Power. At the end of this topic, the objective 06 of the UN was discussed - which addresses the topic of Drinking Water and Sanitation, commitments that were assumed by the Brazilian State, as goals to be achieved by 2030. In view of this discussion, it was necessary to research on the Brazilian federalist system, the divisions of prerogatives of state entities, the constituent units of this federalism, and its administrative constitutional cooperation. In order to remedy legislative inconsistencies, the Judiciary, as external inspector of the legislative activity, assumes a fundamental role in the control of the constitutionality of these acts, and its duty is to exercise the role of inspector of compliance with legal rules, as well as its formalities, aiming at the fulfillment of the Principle of Legality and the Principle of Symmetry of the norms. That said, it is imperative to address the issues of constitutionality of the sanitation service in Brazil, brought by the new legislation. The problematization occurred with the identification that the means used by the reforming legislator did not observe the dictates set forth in the text of the Federal Constitution, that is, the legal mechanism used was not adequate to formulate the New Regulatory Framework for National Sanitation, according to with what the art. 23, item XI of the Constitution, based on the need to observe the normative hierarchy provided for in art. 59 of the Political Charter. The general objective of this study is to investigate the reason for the non-observance of the divisions of competences of the federative entities, which leads to the non-observance of the Principle of Legality, provided for in arts. 5th item II, 37, caput, of CF/88 and the Principle of Symmetry of the standards, provided for in art. 25 of CF/88 and art. 11 of the ADCT. The hypothesis of (un)constitutionality was raised, in view of the non-observance of the above mentioned constitutional norms and the duty of the Higher Court of the nation, to carry out the custody and interpretation of the Magna Carta. The modification of any of its terms, I must comply with the normative species listed in its text, notably in art. 59, which specifies the normative categories and their hierarchy. The present research verified the non-compliance with the constitutional competences of the federated entities, as these prerogatives were modified through an instrument that does not have legal validity in our legal system. For a constitutional prerogative to be modified, it must be carried out by means of a Constitutional Review, Amendment to the Constitution or a New Charter, which was not observed with the novelties brought by Law No. 14.026/2020, which elaborated the New Regulatory Framework of the Sanitation in Brazil. By adopting this paradigm, the responsibility of the Federal Supreme Court, as guardian of the Constitution, is analyzed declaring the unconstitutionality of the New Sanitation Framework in Brazil for contradicting the normative instruments set out in the Political Charter.

Keywords: Constitutional Law. New Regulatory Framework. Sanitation. Social Law. Federalism. Normative competences. Federative pact. Unconstitutionality.

RESUMEN

La presente tesis tiene como objeto de estudio la inconstitucionalidad del Nuevo Marco Brasileño de Saneamiento - Ley N° 14.026 / 2020, delimitado bajo la perspectiva de que la nueva ley no desconoce las competencias de las entidades federadas, en cuanto a las prerrogativas enumeradas en el texto más amplio. Por tanto, se llevó a cabo un estudio de la teoría de la separación de poderes, según el modelo formulado por Adrian Vermeule. Cabe destacar también, una breve consideración sobre la legitimidad y legalidad de la Constitución en el concepto de Carl Schmitt. El modelo estadounidense de organización estatal presentado por Vermeule y el Poder Normativo del Estado estadounidense son importantes para comprender el modelo de gestión que se pretende implementar en Brasil. En este contexto, se trata de los organismos reguladores, su contexto histórico, la actividad del Estado regulador y su Poder Regulador. Al final de este tema, se discutió el objetivo 06 de la ONU - que aborda el tema de Agua Potable y Saneamiento, compromisos que fueron asumidos por el Estado brasileño, como metas a alcanzar para el 2030. En vista de esta discusión, Era necesario investigar sobre el sistema federalista brasileño, las divisiones de prerrogativas de las entidades estatales, las unidades constitutivas de este federalismo y su cooperación constitucional administrativa. Para remediar las inconsistencias legislativas, el Poder Judicial, como inspector externo de la actividad legislativa, asume un papel fundamental en el control de la constitucionalidad de estos actos, y su deber es ejercer la función de inspector del cumplimiento de las normas legales, así como como sus formalidades, encaminadas al cumplimiento del Principio de Legalidad y el Principio de Simetría de las normas. Dicho esto, es imperativo abordar los temas de constitucionalidad del servicio de saneamiento en Brasil, traídos por la nueva legislación. La problematización se produjo con la identificación de que los medios utilizados por el legislador reformador no cumplieron con los dictados en el texto de la Constitución Federal, es decir, el mecanismo legal utilizado no fue el adecuado para formular el Nuevo Marco Normativo del Saneamiento Nacional, según a con lo que el arte. 23, inciso XI de la Constitución, basado en la necesidad de observar la jerarquía normativa prevista en el art. 59 de la Carta Política. El objetivo general de este estudio es investigar el motivo del incumplimiento de las divisiones de competencias de las entidades federativas, lo que conduce al incumplimiento del Principio de Legalidad previsto en los arts. 5° punto II, 37, caput, del CF / 88 y el Principio de Simetría de las Normas, previsto en el art. 25 del CF / 88 y art. 11 del ADCT. Se planteó la hipótesis de (in) constitucionalidad, ante el incumplimiento de las referidas normas constitucionales y el deber del Tribunal Superior de la Nación, de llevar a cabo la custodia e interpretación de la Carta Magna. La modificación de cualquiera de sus términos, deberá cumplir con las especies normativas enumeradas en su texto, en particular en el art. 59, que especifica las categorías normativas y su jerarquía. La presente investigación verificó el incumplimiento de las competencias constitucionales de las entidades federativas, ya que estas prerrogativas fueron modificadas a través de un instrumento que no tiene validez legal en nuestro ordenamiento jurídico. Para que una prerrogativa constitucional sea modificada, debe realizarse mediante una Revisión Constitucional, Reforma Constitucional o una Nueva Carta, lo cual no se cumplió con las novedades que trajo la Ley N° 14.026 / 2020, que elaboró el Nuevo Reglamento. Marco del Saneamiento en Brasil. Al adoptar este paradigma, se analiza la responsabilidad del Tribunal Supremo Federal, corresponsable y guardián de la Constitución, al declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Marco de Saneamiento en Brasil por contradecir los instrumentos normativos establecidos en la Carta Política.

Palabras clave: Derecho Constitucional. Nuevo marco regulatorio. Saneamiento. Derecho social. Federalismo. Competencias normativas. Pacto federativo. Inconstitucionalidad.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANA – Agência Nacional das Águas

art. – artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

Min. – Ministro

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU - Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	015
2. A SEPARAÇÃO DE PODERES PARA ADRIAN VERMEULE	035
2.1. Uma breve consideração sobre Constituição – Legalidade e Legitimidade em Carl Schmitt	036
2.2 O NOVO ESTADO ADMINISTRATIVO PARA ADRIAN VERMEULE – A NEGAÇÃO AO DIREITO	038
2.2.1 O nascimento do estado administrativo americano	039
2.2.2 O estado administrativo para Adrian Vermeule	041
2.2.3 O poder normativo do Estado na visão de Vermeule	043
2.3 PODERES ADMINISTRATIVOS – O PODER NORMATIVO DO ESTADO	046
2.3.1 Aspectos Gerais	046
2.3.2 Poder regulamentar: regulação e regulamentos	048
2.3.3 Poder Normativo	050
3 AGÊNCIAS REGULADORAS – SEU CONTEXTO HISTÓRICO NO BRASIL E SEU PODER REGULAMENTAR	053
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	053
3.1.1 A evolução do direito administrativo e o fenômeno da delegação legislativa	056
3.1.2 Atividade estatal reguladora	059
3.2 REGULÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE E DISCRICIONARIEDADE	063
3.2.1 Agências reguladoras: conceito, natureza e características	065
3.2.2 Competência da agência reguladora – exercício do poder regulamentar	068
3.2.3 Teoria da captura e abuso de poder	070
3.3 AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	072
3.3.1 O Estado Administrativo brasileiro e sua ideia de regulação	078
3.3.2 O processo de regulação pós-constituição de 88 - as agências reguladoras a regulamentação do serviço de saneamento	080
3.3.3 O processo de regulamentação do serviço de saneamento	086
3.3.4 O objetivo 06 da ONU - Água Potável e Saneamento – a ideia do desenvolvimento sustentável no Brasil	089
4 O SISTEMA FEDERALISTA E AS DIVISÕES DE PRERROGATIVAS NA ÁREA DE SANEAMENTO DOS ENTES ESTATAIS	093
4.1 O MODELO FEDERALISTA BRASILEIRO	094
4.1.1 As unidades constituintes do federalismo brasileiro	094
4.1.2 União	101
4.1.3 Estados-membros	106
4.1.4 Municípios	107
4.2 A COLABORAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS ENTES FEDERADOS – UMA COOPERAÇÃO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA	109

5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA INTERVENÇÃO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS.....	112
5.1 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL APÓS A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	112
5.2 PODER POLÍTICO DO JUDICIÁRIO.....	116
5.3 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS LEGISLATIVOS E ADMINISTRATIVOS.....	119
5.3.1 Controle judicial dos atos legislativos.....	119
5.3.2 Controle judicial dos atos administrativos.....	121
5.3.3 O judiciário como garantidor de direitos.....	123
5.3.4 Diferenças entre ativismo judicial e judicialização.....	125
6 AS QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE DO SERVIÇO DE SANEAMENTO NO BRASIL – AS COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERADOS.....	130
6.1 UMA CONSIDERAÇÃO SOBRE A DECISÃO DO STF NA ADI 1.842/RJ.....	130
6.2 AFINAL, DE QUEM É A COMPETÊNCIA PARA ORGANIZAÇÃO E PRESTAÇÃO?.....	132
6.3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO – INOBSERVÂNCIA AS PARTIÇÕES DE COMPETÊNCIAS DAS ENTIDADES FEDERATIVAS.....	135
6.3.1 As modificações da lei nº 14.026/2020 – o novo marco regulatório brasileiro.....	137
6.3.2 A predominância das disposições constitucionais nas ideias Kelsen e Schmitt.....	141
6.3.3 A supremacia da constituição frente às leis de hierarquia inferior.....	143
6.3.4 As possibilidades de mutação constitucional.....	146
6.3.5 O Poder Constituinte Reformador, Derivado ou de 2º grau – suas limitações de atuação e papel do STF na aplicação do ativismo judicial.....	148
7 CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS.....	164

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho científico partiu de uma temática que teve como finalidade, apresentar a (In) Constitucionalidade do Novo Marco Regulatório brasileiro, destinando-se, dentro de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária, analisar os instrumentos constitucionais e legais capazes de referendar o que esta sendo apresentado, bem como propor uma solução. A problematização se deu com a identificação de que os meios utilizados pelo legislador reformador, não observou aos ditames dispostos no texto da Constituição Federal, ou seja, o mecanismo jurídico utilizado não foi o adequado para formular o Novo Marco Regulatório do Saneamento nacional, de acordo com o que expõe o art. 23, inciso XI da Constituição, tomando por base a necessidade da observância da hierarquia normativa disposta no art. 59 da Carta Política.

O objetivo geral deste estudo é investigar o porquê da inobservância das partições de competências das entidades federativas, o que leva a inobservância do Princípio da Legalidade, disposto nos arts. 5º inciso II, 37, caput, da CF/88 e do Princípio da Simetria das normas, dispostos no art. 25 da CF/88 e art. 11 da ADCT. Levantou-se a hipótese de (in) constitucionalidade, tendo em vista a inobservância das normas constitucionais acima mencionadas e o dever da Corte Maior da nação, em realizar a guarda e a interpretação da Carta Magna. A modificação de qualquer de seus termos, deve obedecer às espécies normativas elencadas em seu texto, notadamente no art. 59, que especifica as categorias normativas e sua hierarquia.

A abordagem utilizada foi a do método dedutivo e empregou-se o procedimento monográfico, com a fundamentação necessária obtida através de pesquisas bibliográficas. A presente pesquisa se justifica, pois as competências constitucionais dos entes federados foram modificadas através de um instrumento que não possui validade jurídica em nosso ordenamento, pois para que uma prerrogativa constitucional seja modificada, deverá ser realizada mediante Revisão Constitucional, Emenda à Constituição ou por uma Nova Carta, o que não se observou com as novidades trazidas pela Lei de n.º 14.026/2020 que elaborou o Novo Marco Regulatório do Saneamento no Brasil.

No segundo capítulo, objetivou-se estudar as teorias das partições dos poderes que historicamente já possui muitos caminhos, torneados pela influência francesa e inglesa, principalmente depois das construções de Montesquieu. Essa construção se deu pela vontade

da humanidade em possuir um sistema político que pudesse organizar o Estado fazendo com que houvesse uma divisão de competências e, conseqüentemente, garantindo uma melhor aplicação das normas e proteção aos direitos do cidadão. A teoria da separação de poderes teve este papel e caminhou durante os séculos até o iluminismo europeu.

Já para o final do século XX e início do XXI, a separação de competências permanece como uma teoria relevante e indissociável do Estado Democrático de Direito, mas precisou de adaptações às novas realidades sociais e jurídicas, assim, vem ganhando nova roupagem, principalmente pela redução do papel do Estado em algumas relações jurídicas, notadamente quando da prestação de alguns serviços públicos. Neste trilhar, Adrian Vermeule, baseado no modelo de Estado Americano, defende uma nova forma de participação do Estado na prestação de serviços, afastando o poder do direito e concedendo força a decisão das agências reguladoras.

O autor analisa que o direito deveria ser imparcial, pois sua finalidade era resolver as questões entre o povo e o governo, trazendo a paz social e, conseqüentemente, um “arco da lei”, que se voltou para a deferência ao Estado Administrativo. Vermeule (2016) explica que o “arco da lei” é uma forma de descrever a força que existe – e de certa forma realiza a ligação - entre os Três Poderes e a autoridade de um ordenamento jurídico de um Estado. Em linhas gerais, o direito teria, em nome dos acordos governamentais, repudiado a si mesmo, segundo o que expressa o título do livro a “Abnegação do Direito”.

Diante da concepção do constitucionalista americano, o Estado Administrativo deveria ser tratado como um quarto poder. Sua competência deveria ser admitida pelos demais poderes, o que tem sido reconhecido por magistrados, advogados, que veem a administração com prerrogativas para tomar uma série de decisões, o que resolveria uma série de demandas ainda na seara extrajudicial.

Esta nova ideia tem como finalidade precípua, conceder um maior poder de decisão as agências, por terem maior expertise, conhecerem dos problemas na prestação de serviço e conseguirem dar uma resposta mais célere para o cidadão, no que tange a prestação de serviços. O autor entende que não seria mais possível deixar nas mãos do judiciário, todas as decisões que não forem resolvidas na seara administrativa.

Esta nova concepção concede uma nova visão sobre o Estado Administrativo, onde a antiga metodologia de tripartição dá lugar a ações que são realizadas por órgãos reguladores,

que tomarão decisões de caráter administrativo, podendo, inclusive, em alguns casos, legislar, ficando sobre o crivo do controle por parte do Poder Judiciário.

A conceituação do autor na Abnegação ao Direito revela que o modelo de partição de poderes norte-americano outorgou competências para que as agências administrativas pudessem naturalmente utilizar o poder regulador, que anteriormente ficava exclusivo nas mãos do Poder Executivo, demonstrando um novo paradigma, o da negação, da renúncia ao Direito, em detrimento das decisões judiciais, e atos legislativos.

Portanto, a configuração original clássica do Estado, já não responderia as necessidades da sociedade, exigindo da máquina administrativa uma dinâmica bem maior do que se observa nos dias atuais. O conceito do novo Estado Administrativo para o autor é um tema obrigatório e central a ser discutido na Teoria Constitucional contemporânea.

Nesta senda, o Estado brasileiro possui aplicação de regulação administrativa, através de suas agências, mas ainda de forma tímida e distante da concebida por Vermeule. Mesmo assim, o ordenamento jurídico pátrio concedeu as entidades administrativas à prerrogativa de regular, normatizar alguns de seus dispositivos. O Poder Normativo, não teria o condão de esgotar a capacidade normativa da Administração Pública, seria na realidade, uma das formas de sua manifestação.

Indubitavelmente que os atos administrativos, notadamente os normativos, poderão se manifestar de diversas formas. No que diz respeito ao poder regulamentar, este seria uma forma de expressão do poder normativo, pois abrirá a possibilidade da Administração exarar normas, mas, sempre observando as limitações impostas pelo princípio da legalidade.

Conforme mencionado, vê-se que um dos pontos de convergência entre ambos os poderes é a subordinação à lei, mantendo também a sua natureza de norma, já que a lei em seu sentido estrito tem como finalidade comum o fato de emanarem normas, tendo, portanto com característica a generalidade e abstratividade.

Contudo, apesar da similaridade acima exposta, o poder de regulamentação da Gestão Pública não tem o condão de inovar a ordem jurídica, de modo a criar ou suprimir direitos e obrigações. Tal função compete unicamente ao Legislativo e a sua inobservância importa na nulidade do ato normativo por desobediência legal, pois extrapola os limites impostos pela Separação de Poderes.

No terceiro capítulo, o estudo preocupou-se em versar sobre a regulação no Brasil e suas agências reguladoras. Como o Estado não tinha mais condições práticas de intervir

propriamente na economia nem de prestar diretamente os serviços públicos essenciais passou a delegar competências e a exercer um poder regulador sobre a iniciativa privada, especialmente em setores estratégicos, tais como o de comunicação e o energético.

Desta forma, se fez necessário encaminhar ao setor privado, algumas atividades que eram inerentes ao poder público. Assim se faz patente o surgimento de um modelo regulatório, que propõe a extensão ao setor dos serviços públicos de concepções desenvolvidas na atividade econômica privada. Por este modelo, o Estado somente poderia atuar economicamente em setores que a iniciativa privada poderia colocar em risco valores coletivos ou que fosse insuficiente para propiciar sua plena realização. Portanto, em setores sociais importantes, como a educação, segurança e seguridade social, não se admitiriam a mercantilização de valores com a atuação direta e independente da iniciativa privada.

Diante disso, houve uma alteração no instrumento interventivo, haja vista que o Estado não mais atuaria diretamente na atividade econômica. Assim, a legislação lhe atribuiu competência regulatória, fato que assegurou a permanência estatal no domínio econômico.

O intervencionismo do modelo regulatório não visa somente nortear o mercado, limitando ou atenuando suas imperfeições, excessos e inconveniências, mas, também, passou a ter a finalidade de propiciar a execução de valores sociais e políticos. Em verdade, as atividades econômicas relacionadas a serviços públicos têm grande importância, pois envolvem o interesse da coletividade. Portanto, o lucro puro e simples e o desenvolvimento econômico não devem ser mais valorizados nem mais prestigiados que o próprio interesse público, que se trata da finalidade maior da atuação administrativa, especialmente nas Repúblicas Democráticas.

Esse novo modelo possui peculiaridades e uma nova dinâmica, isso porque a dinâmica das relações sociais e do mercado demanda uma resolução mais célere, eficiente e pontual, razão pela qual a aplicação de normas criadas sob o processo legislativo comum (criação de leis ordinárias) não seria efetiva e capaz de responder satisfatoriamente às diversas situações emergidas nas práticas mercantilistas.

A dimensão dos padrões de valores do Direito, quando tratam da conceituação de sua validade, tem por finalidade estabelecer uma interligação entre a Constituição e o Estado e as reações da sociedade com as ações do Poder Público. Desta feita, no Estado Democrático de Direito a adoção do Princípio da Legalidade ganhou um maior alcance, tendo como ressignificação à submissão aos valores, princípios e as leis. Em contra ponto, a

Administração Pública teve uma ampliação na sua possibilidade de atuação normativa, decorrentes das prerrogativas concedidas às agências reguladoras, competências que anteriormente só eram concedidas ao Chefe do Poder Executivo.

A partir desta possibilidade, decorrente da especialização funcional das entidades administrativas, em especial das agências reguladoras, surgiu o conceito de discricionariedade técnica, que significa uma atuação normativa pautada por questões de cunho técnico-científico.

As agências reguladoras no Brasil são autarquias constituídas em regime especial pertencente então à Administração Indireta dentro da estrutura organizacional estatal brasileira, sendo, pois, dotadas de personalidade jurídica de direito público. Desta feita, exerce atividade típica de Estado de forma descentralizada com alta especialidade técnica no ramo regulado, possuindo autonomia política, financeira e administrativa. Para sua criação depende de lei instituidora, que deverá determinar a sua organização e limitar sua área de atuação, conforme especifica no art. 37, inciso XIX da Constituição Federal.

O novo sistema de prestação de serviços vigente no país exigiu do Estado brasileiro uma participação mais efetiva na normatização e supervisão destes serviços, papel que era exercido pelo Poder Público, mas de forma direta, já que não existia o modelo das agências reguladoras. As funções inerentes a estas entidades especiais eram realizadas por qualquer órgão da administração pública.

Notadamente que o método utilizado para a fiscalização dos serviços públicos que não eram prestados diretamente pelo Estado, não possuía uma natureza jurídica específica, hora era realizada pelo poder central, em outro momento por órgão da administração indireta. Como se vê, havia a necessidade da institucionalização de uma pessoa jurídica própria para este tipo de serviço, com personalidade própria, liberdade, sem intervenções diretas do poder público.

A partir deste momento, surge a necessidade do Estado delimitar o papel que seria realizado pelos prestadores de serviços públicos, já que caberia após a edição do Decreto às agências a prerrogativa de exercer a função de mediar, regular, fiscalizar o funcionamento e realização de investimentos por parte dos serviços prestados por particulares.

Como citado, o Estado Brasileiro nas últimas décadas, segue uma tendência mundial, desenhando uma nova estrutura de governo de políticas públicas, passando por um período de privatização e concessão de serviços públicos para particulares. Desta forma, estas entidades

especiais são relevantes para o nosso Estado de Direito, pois alguns serviços se desgarram sobremaneira das amarras do Estado.

E essa necessidade não foi diferente com o serviço de saneamento, pois não existe uma forma única no Estado brasileiro, este serviço é prestado pelo poder público, por suas autarquias, por sociedades anônimas e agora, pela Lei de n.º 14.026/2020, está sendo encaminhada para o setor privado, mediante as funções de mediação, regulação, fiscalização ficando a cargo da Agência Nacional das Águas – ANA.

Toda essa manifestação estatal em acelerar e encaminhar a prestação de serviços para o particular ocorre por conta dos objetivos 06, assumido com a Organização das Nações Unidas – ONU, em conceder acesso à água potável e esgoto, a 98% da população brasileira até 2030. Esse caminho será realizado através do Novo Marco Regulatório do Saneamento brasileiro.

Há de se destacar que a Constituição versou sobre as competências dos entes federados no que tange a tratar sobre os assuntos que seriam de seu interesse, notadamente no que se refere à regulação dos serviços públicos, onde caberia a cada um, legislar e criar suas próprias instituições, mas uma lei federal modificou estas prerrogativas, mesmo sendo hierarquicamente inferior a Carta Magna, o que faz com que esta legislação, padeça de Constitucionalidade.

O quarto capítulo versará sobre o pacto federativo e as competências de cada ente federado no que tange a prestação de serviços, notadamente aos serviços de água e saneamento. Será uma análise acerca do que expõe a Constituição, notadamente no que se refere ao novo sistema de governo e o modelo federalista implantado no Brasil. Este paradigma desenvolveu-se de forma evidente no país, ganhando um novo formato, notoriedade e a imprescindibilidade de seu estudo e discussão.

Desta forma, se torna deveras relevante para o estudo analisar o modelo Federalista e a Democracia implantados no Brasil, a partir da execução do modelo da ciência política americana. Neste paradigma, existe a necessidade de expandir os estudos acerca das relações existentes entre os órgãos e os poderes da administração pública.

Na constituição de uma nova organização estatal, a lei de instituição deverá elencar os entes, os poderes e órgãos que estarão em sua estrutura, cuja ideia é indicar suas funções, prerrogativas e indicar através de qual caminho será exposta a sua vontade.

Percebe-se, portanto, a exigência de uma integração, segundo Bielsa (1996), o Estado deveria constituir-se como ente e receber a integração de órgãos pelos quais possa manifestar sua vontade. Essa atuação da vontade dirigida à consecução de seus fins é que gera a atividade estatal.

Notadamente que se torna patente à necessidade de sua organização político/jurídica para que possa atender aos anseios da sociedade, cumprir com suas finalidades e culminar com o bem comum. Essas finalidades e prerrogativas recomendam seu cumprimento através de três funções principais a legislativa, a administrativa e a judiciária.

Para Seabra Fagundes (1984), a função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, ao passo que as demais têm por escopo a sua realização. Na verdade, tanto o administrador, como o juiz, atua subjacentemente à lei: esta lei é o pressuposto de sua atuação. Enquanto aquele se volta aos interesses da sociedade, este, em linha de princípio, dedica-se a atividade de dirimir conflitos de interesse, sejam eles individuais ou coletivos. Mas não lhes cabe instituir a lei, senão cumpri-la, observando seus limites.

É cediço que existe um conflito entre a atuação de diversos participantes da administração pública, o que gera prejuízos do ponto de vista da aplicação das políticas públicas. Desta forma, é imperativo que o poder público elabore estudos e conheça como devem ser efetivadas as relações entre os entes administrativos, apresentando soluções e indicações para pôr fim a estes enfrentamentos governamentais.

Portanto, no processo de formação do Novo Estado brasileiro, muitas inovações foram captadas para o ordenamento jurídico nacional, e este fato, também contribuiu para uma série de condutas e decisões que afetaram sobremaneira a relação estabelecida pelo modelo político, principalmente no que se refere às competências, organização administrativa, tributária e destinação de receitas.

A Carta Política estabeleceu do art. 20 e seguintes, uma série de competências, dentre elas, as competências de Estados e Municípios, o que demonstra a concessão de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, contrariando uma visão jurídica anterior, que tencionava pela centralização político-administrativa.

Essa modificação se fez necessária, pois quem saberia dos anseios e necessidades da população, seria a entidade do círculo menor, que era quem estava mais próximo da sociedade. Desta forma, carecia de uma visão do poder central de que havia uma demanda institucional de cooperação por parte dos demais entes federados, para assim conseguir os fins

almeçados pelo Estado, que é a realização do bem comum. Assim, o federalismo se tornou indissociável para a consecução das políticas públicas, pois o governo centralizado não alcançava os anseios sociais. Na realidade, é necessário que a sociedade seja servida de instituições fortes e presentes.

Nas ideias de Arretche (2001), dois aspectos que foram importantes para a descentralização administrativa nos anos 90, inicialmente a centralização regulatória combinada à ausência de arenas decisórias adicionais de veto limita as oportunidades de veto dos governos subnacionais. Em segundo lugar, o comportamento das bancadas estaduais sem coesão em torno das questões estaduais, cedendo mais aos acordos partidários do que aos interesses regionais que representam.

Além da previsão legal de competência legislativa concorrente, a Carta Maior limitou a atuação da União no que tange a competência concorrente, levando de forma clara essas prerrogativas para os demais entes federados que serão os reais prestadores do serviço público. A União prestaria suas funções aos demais entes federativos na regulação, planejamento, gestão e execução de tais serviços, bem como à orientação na elaboração de normas suplementares e locais de competência estadual e municipal.

Essa prerrogativa de normas gerais, respeitando as competências das demais entidades federativas, vem sendo exercida pelo poder público central, quando, por exemplo, edição do Estatuto das Cidades – Lei de n.º 10.257/2001, que versa sobre saneamento ambiental e básico, a Lei do Saneamento Básico – Lei de n.º 11.445/2007, que foi alterada recentemente pela Lei de n.º 14.026/2020, chamada de Novo Marco do Saneamento no Brasil.

Verificando o que expõe a Constituição Federal, todos os entes federados possuem suas respectivas competências, e, em algumas situações, existe um liame que deve ser observado para que não haja uma invasão destas prerrogativas. De sorte que, a União possui suas atribuições no que tange ao saneamento básico, notadamente, quando se fala da produção de normas de caráter geral e de legislar sobre o assunto.

Não se pode deixar de olvidar que o ente federal não é a autoridade constitucional para organizar e fornecer serviços, mas a responsável para colaborar com outras entidades políticas que prestam serviços. Essa é a atribuição proposta no art. 23, inciso IX da Carta Política. Lembre-se, existe uma capacidade (material) comum de “promover planos de construção de moradias e melhorar as condições de moradia e saneamento básico”.

Augusto Zimmermann (2005) entende que o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição de competências dentre os níveis autônomos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas.

Essa concepção foi importante para se consagrar as prerrogativas dos entes federados, a possibilidade de sua prestação de serviços com qualidade, notadamente ao que tange as questões de políticas públicas de saneamento básico. Assim muitos foram os embates sobre invasão de competências por parte da União, tendo judiciário um papel importante, para dirimir algumas questões voltadas à questão jurídica su pra mencionada.

O quinto capítulo adentra na esfera do papel do judiciário nesse controle externo. Além das competências expressas pertencentes à União, o texto da Carta Política ainda trouxe outras competências suplementares para os Estados e os Municípios. Essa percepção se dá pelo fato de que os Estados devem observar as questões de interesse regional, pois seriam conhecedoras das necessidades da população, logo a titularidade para a competência material e execução dos serviços deveria ficar a cargo deste ente federado.

Por determinação da Carta Política, os Estados regem-se por suas Constituições e legislação infraconstitucional que adotarem, devendo sempre obediência hierárquica ao art. 59, e aos princípios constitucionais. Ressalte-se que, as competências que não sejam vedadas pela União, serão concedidas a estas entidades regionais, que possuem entre seus bens as águas superficiais, fluentes, emergentes e em depósito que não tenham sido objeto de obras com verbas federais.

Seguindo este entendimento, Caio Tácito, quando exarou sua tese da titularidade dos Estados na prestação dos serviços de saneamento básico, mesmo sua ideia tendo nascedouro antes da Lei de n.º 11.445/2007, informou que fariam parte deste serviço público o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário e coleta de resíduos sólidos.

Seguindo no seu raciocínio, o jurista expressou que caso os conflitos envolvendo captação e uso de águas e a coleta de rejeitos ultrapassasse os interesses de um único município, deveria ser observada a disposição contida no art. 25, §3º da CF/88.

Esta estruturação constitucional estabeleceu a necessidade dos Estados resolverem essa questão através da criação de regiões metropolitanas, no sentido de atenderem as questões de caráter público e geral e que transcenderiam aos limites de determinado município, cabendo ao estado tutelar estes direitos.

Sob esta nova óptica, o Poder Judiciário recebe uma nova “função” e grau de importância, pois além de realizar o controle político dos atos legislativos e administrativos, ainda cuidaria de questões que não fossem dirimidas por parte da administração pública, tendo a atuação dos juízes e dos Tribunais, por muitas vezes, atuando não só para interpretar as normas jurídicas, mas efetivamente, de forma a criar o próprio direito.

Como expressa Barroso (2012), esta nova conduta perpetrada pelos tribunais e pelos magistrados, que os distancia das funções típicas do Poder Judiciário, que é a de aplicar o direito ao caso concreto, os conduz a uma condição semelhante aos de criadores das normas jurídicas.

Diante da nova ordem constitucional e social, o Poder Judiciário ganhou uma nova atribuição, pois se tornou responsável em exercitar o atributo de poder político, de vanguardista, de protetor social, tendo bastante influência nas decisões estatais e nos rumos do país.

Esses atributos são provenientes da nova estrutura organizacional do Estado Brasileiro que trouxe várias novas competências para este órgão, criando novos tribunais, enfim, obrigado à nação a conduzir seus atos em observância a moralidade, transparência e eficiência.

Estas são as exigências da nova ordem, pois o Judiciário anteriormente estava mergulhado em uma crise institucional e política, em decorrência de uma atuação deficitária, sem grande relevância e ineficiente. Tinha-se o receio de que com as novas demandas da Nova Carta, esta crise pudesse se agravar em decorrência de uma série de competências que foram elencadas para o poder jurisdicional.

A existência e observância destas prerrogativas asseguram a proteção destes direitos e a coesão do sistema jurídico, visto que terá serventia para combater os excessos do Poder Legislativo decorrente da hierarquia Constitucional.

Partindo das ideias de Hans Kelsen, o ordenamento brasileiro apresenta um sistema de normas hierarquizado, constante em sede Constitucional e que devem ser concebidas pelo Poder Legiferante. Notadamente que estes mecanismos serão garantidores da soberania popular e estabelecem o regime democrático, pois cria um sistema de limitação dos poderes estatais.

Diante disso, Ferrajoli (2002), definiu duas vertentes para o Estado de direito, uma pautada no sentido formal, no qual a lei é o único meio de exercício do poder, e a outra

baseada no sentido substancial, no qual a lei é entendida como responsável pela limitação do mesmo.

Desse modo, o Estado constitucional de direito (sentido substancial) versa sobre as formas de elaboração legal, como também sobre o conteúdo presente nessas normas, estabelecendo para os direitos e garantias fundamentais um caráter vinculante no texto constitucional que orienta a atuação do Poder Legislativo.

Divergente, portanto, do Estado de direito formal, limitado à validade técnica da norma. A democracia é a intercessão necessária para garantir a eficiência estrutural do Estado.

O Estado brasileiro é dividido em três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, cada uma com suas funções típicas e atípicas, independentes e harmônicos entre si, conforme expressa o texto constitucional.

Ocorre que em sua atuação, os poderes políticos não têm concedido às respostas desejadas pela sociedade, principalmente pela lembrança recente da inobservância de direitos que foram presentes durante a ditadura militar.

Esta desconfiança da sociedade civil exigiu que fosse criado um novo Estado brasileiro, onde os direitos fossem garantidos e que não deixasse apenas nas mãos dos poderes políticos a opção de aplicar os direitos e garantias inerentes ao cidadão, era preciso ir além, era necessário criar uma garantia de cumprimento das normas, frente aos abusos que porventura fossem promovidos pela administração pública. Diante desta necessidade, surge o novo Estado brasileiro.

As deflagrações dos embates militares e as atrocidades que se fizeram presentes durante o século XX, exigiam um novo modelo constitucional, que concedesse valores a dignidade da pessoa humana, fator essencial para a uma ideia de direito justo, que criasse princípios e valores e que os garantisse com a inclusão destes nas novas constituições.

Essa demanda não foi diferente no Brasil, pois o país também advinha de um período totalitário e a sociedade demandava que as políticas públicas fossem conduzidas a observância do bem-estar social.

Os esforços não foram em vão, pois a sociedade civil conseguiu uma grande conquista, a convocação da assembleia nacional constituinte, o que culminou com a promulgação da Constituição Cidadã, a Carta Maior de 1988.

Há de se destacar que com o pensamento jurídico evoluído no ocidente, as questões voltadas à organização de um Estado justo, fraterno e paritário, que segundo Rawls (1992), são consectários dos ideais de justiça, se faziam presentes para garantir a efetivação da organização social e política. Era necessário para o liberalismo, que o cidadão fosse tratado com paridade, com igualdade e respeito.

Dessa forma, para a formação do Estado Democrático de Direito, se fazia necessário à observância de um princípio importante, o princípio da igualdade. Para tanto, criou-se a ideia de que essa garantia estivesse presente no texto constitucional, pois tanto o poder público, como o setor privado, teria que observá-lo. Konrad Hesse (1998) entende a igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente.

Para dirimir estas questões os constituintes resolveram seguir o modelo da Constituição Portuguesa, promulgada anos antes, que segundo Miranda (1978), teria encontrado seu destino após um consenso, um compromisso assumido pela assembleia no sentido de obter o novo modelo de Estado e garantisse para a sociedade um texto moderno e que assegurasse a observância dos direitos e garantias fundamentais.

Notadamente que depois de tanta opressão e negação aos direitos, a participação social foi muito importante na elaboração do texto, que formou uma Constituição analítica e abrangente e que trouxe grandes inovações quanto às possibilidades de modificação de seu texto, bem como criou uma série de controles sociais, políticos e jurídicos para a atuação estatal.

Desta forma os temas mais relevantes e de interesse da comunidade brasileira, estariam dispostos no texto constitucional e sua inobservância, poderia ser objeto do controle de constitucionalidade, tanto pela Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal), ou através de qualquer outro juízo ou instância, tornando acessível a todo e qualquer brasileiro a observância aos direitos dispostos na Carta.

Assim, diante da nova ordem constitucional, um novo ator político emerge com grande força e se torna o responsável em intervir e resolver questões que não foram observadas pelos poderes executivo e legislativo, por vezes realizando o controle e em outros casos até mesmo criando um novo fato através de suas decisões.

A primeira provocação, seria acionar o Poder Judiciário, através de sua Corte Suprema e exigir deste provimento jurisdicional, que objetivasse, a qualquer custo, a

implementação do Princípio da Legalidade, disposto nos arts. 5º inciso II, 37, caput, da CF/88 e do Princípio da Simetria das normas, dispostos no art. 25 da CF/88 e art. 11 da ADCT, obstados em virtude da inobservância por parte do legislador, das regras jurídicas dispostas no texto constitucional. Todavia, é legítima a atuação do Poder Legislativo ao modificar competências dispostas na Carta Política, através de lei ordinária? A Suprema Corte deverá ser proativa em resolver as questões inerentes a ilegalidades ou inoperância do Legislativo através do ativismo judicial? São questionamentos que esta pesquisa objetiva responder.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ESTADO ADMINISTRATIVO AMERICANO

No intuito de comprovar a tese a ser apresentada, há de destacar a necessidade de se discutir o modelo de separação de poderes que criou o novo modelo de Estado Administrativo nos Estados Unidos da América, de onde o Brasil foi abeberar-se na formulação de seu modelo federalista, desde o sistema de separação dos poderes, até a partição de competências por parte dos entes federados.

Desta forma, fundamentar o que fora dito, o trabalho irá versar sobre a concepção da Separação dos Poderes para Adrian Vermeule, o que levou a formação do Estado Administrativo Americano.

2.1 O ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES PARA ADRIAN VERMEULE

Com os novos paradigmas acerca do bem-estar coletivo, o Estado adquire um papel central na consecução das atividades que são necessárias para o bem da coletividade. Estas atividades públicas têm que ser efetivas, deve ser ações oriundas de dentro da administração buscando o desenvolvimento geral, de maneira independente, qualificada, atendendo aos direitos fundamentais dispostos e criando limites e ponderações entre os poderes pertencentes ao Estado.

A necessidade de limitação dos poderes do Estado juntamente com a ideia de frear a atividade estatal, fez com que fossem forjadas várias teorias acerca da divisão de funções e poderes do Estado, tendo como ponto de partida, criar mecanismos que pudessem balancear a atuação destes.

A humanidade sempre buscou um sistema político que pudesse organizar o Estado, fazendo com que houvesse uma divisão de competências e conseqüentemente, garantindo uma melhor aplicação das normas e proteção aos direitos do cidadão. A teoria da separação de poderes teve este papel e caminhou durante os séculos até o iluminismo europeu.

O processo de acumulação de poder passou por diversas modificações, mas sempre manteve uma fórmula na qual o poder sempre se concentrou nas mãos do governante.

Ocorre que este modelo político administrativo já não atende mais as demandas da sociedade, e, como consequência vem passando por uma transformação profunda, tendo em vista as novas necessidades da população, que não tem mais suas solicitações resolvidas de forma célere e a contento por parte dos poderes constituídos, necessitando que estes repartam parte de suas prerrogativas, para que se atinja a função principal do Estado que é a de atender a coletividade. Para isso o Estado precisa normatizar as suas condutas, para que dessa forma, possa conceder segurança jurídica a seus cidadãos e ter efetividade em sua prestação.

Nesse prisma, se torna importante o Poder Normativo do Estado, no sentido de dar uma maior liberdade para que possa editar regulamentos e conseqüentemente, possa atender aos anseios sociais. Seguindo esse entendimento, Goyard-Fabre (1999, p. 322) explica que se “o Estado de Direito se caracteriza essencialmente por suas formas e suas estruturas jurídicas, é, no Estado de Direito, a participação ideológica que prevalece sobre a arquitetura jurídica e liga a esperança da liberdade à sua realização”.

É nesse contexto que o dever do Estado, enquanto regulador provoca uma modificação profunda na forma em que o Poder Público lida com as questões de interlocução com a sociedade. Deixa a função compulsória, autoritária e tem um maior diálogo com os administrados, o que seguramente trará a estabilidade das regras criadas e a observância por todos os envolvidos. Essa conduta faz com que o Estado tenha um papel de mediador, com a função importante de equalizar e equilibrar os interesses, sem deixar de observar as inclinações de cunho econômico e social, mas sempre devendo perceber os limites impostos por lei, notadamente pela Constituição Federal.

2.1.4 A separação de poderes para Adrian Vermeule

A sociedade quando abriu mão de parte de sua liberdade em favor do Estado, viveu exclusivamente sob a égide da lei e do direito. Dworkin (1999), em sua obra “O Império do Direito” assevera que a sociedade estaria em um regime ditatorial, onde estes seriam súditos da lei e do direito. Esse modelo de Estado, já não mais representa as necessidades da sociedade, e, por conta disso, vem passando por um grande processo de transformação. Atualmente, muito se discute sobre o império do direito e o surgimento de novos caminhos para a pacificação social.

Seguindo este novo caminho e sobre um novo modelo de fontes, Vermeule (2016), expressa em sua obra que o direito, de forma inesperada e contínua, deixou de imperar, abrindo mão para que outros tipos de fontes pudessem ganhar legitimidade na resolução das demandas sociais.

O autor analisa que o direito deveria ser imparcial, pois sua finalidade era resolver as questões entre o povo e o governo, trazendo a paz social e, conseqüentemente, um “arco da lei”, que se volveu para a deferência ao Estado Administrativo. Vermeule (2016), explica que o “arco da lei” é uma forma de descrever a força que existe – e de certa forma realiza a ligação - entre os Três Poderes e a autoridade de um ordenamento jurídico de um Estado. Em linhas gerais, o direito teria, em nome dos acordos governamentais, repudiado a si mesmo, segundo o que expressa o título do livro a “Abnegação do Direito”.

Na realidade, neste modelo o cidadão teria a possibilidade de ter seus anseios alcançados e, conseqüentemente, ter um serviço público prestado com qualidade e eficiência, já que o ente responsável teria maior expertise para resolução das demandas da respectiva área.

Diante da concepção do constitucionalista americano, o Estado Administrativo seria tratado como um quarto poder, sendo sua competência admitida e observada pelos demais poderes. Essa visão vem sendo reconhecida por magistrados, advogados, que veem a administração com prerrogativas para tomar uma série de decisões, o que resolveria uma série de demandas ainda na seara extrajudicial. No pensamento do autor, percebe-se que este defende que, inicialmente, o Poder Judiciário já não seria capaz de conceder os direitos pleiteados pelos cidadãos.

Isso teria ocorrido por um processo natural de desenvolvimento do Direito em si próprio, concluindo que a abnegação/deferência era o caminho mais adequado a seguir. Para Vermeule, confrontando a analogia imperial de Dworkin (1999), os juízes tornam-se “reis preguiçosos”, em seu Império do Direito, e deferem às vontades da Administração, mas por voluntariamente ceder o seu poder de ditar “o que é a lei”, e não por imposições externas como se pensou por muito tempo.

Essa ideia do Poder Judicante¹ como controlador dos atos administrativos vem sendo contestada nos Estados Unidos por Adrian Vermeule. Segundo seu entendimento, os juízes

¹ Para não repetir o termo Poder Judiciário, o autor optou em se referir como Poder Judicante. Então, onde tiver essa expressão, entenda-se Poder Judiciário.

não seriam capazes de exarar decisões que dirimissem questões que representassem os anseios sociais. Para Vermeule (2016), no tocante a separação dos poderes, pretende encerrar uma visão estanque e arcaica do Estado Administrativo. No seu pensamento, agências governamentais teriam funções legislativas, executivas e adjudicativas. Nesse contexto, o Poder Judiciário deixaria de exercer suas funções nestas situações, que ficariam a cargo das agências, que teriam uma maior expertise, e, certamente, tomariam decisões mais adequadas, por conta de sua situação institucional.

É o que Vermeule (2016, p.71) chama de “*trade off*”, no sentido de que “tribunais preferem potencializar os benefícios de um estado eficiente, onde políticas públicas são feitas por agências com expertise, por mais que agências exerçam múltiplas tarefas, do que potencializar um estado regido por uma separação de poderes ortodoxa”.

Notadamente que a configuração original clássica do Estado, já não responde as necessidades da sociedade, exigindo da máquina administrativa uma dinâmica bem maior do que se observa nos dias atuais. Logo a ideia do novo Estado Administrativo para o autor é um tema obrigatório e central a ser discutido na Teoria Constitucional contemporânea.

2.1.5 Uma breve consideração sobre Constituição – Legalidade e Legitimidade em Carl Schmitt

Para dar continuidade no assunto a que se refere à Separação dos Poderes, há de se considerar os ideais de formação de um Estado e de se visitar os ensinamentos do jurista Alemão Carl Schmitt, dentre as suas obras de relevância, a Teoria da Constituição. Neste trabalho o autor traz conceitos importantíssimos para se entender a definição de Constituição, enquanto um documento político oriundo da vontade popular e formador do Estado.

O termo Constituição faz referência ao documento político, que emana da vontade de um povo e constitui o Estado. Neste sentido Carl Schmitt (2003, p. 29), informa que a Teoria da Constituição “é a teoria daquilo que forma um Estado, isto é, da unidade política de um povo” e ainda faz a distinção das suas conceituações.

Para o autor a Constituição um sistema de normal trivial, que poderia ser modificada a qualquer tempo, mesmo que fosse contra a vontade popular. Assim Schmitt (2003, p. 29), explica que se trata de “um mero sistema de normas, sem obrigatoriedade de consonância com a realidade do povo e sem obrigatoriedade de ser ideal”.

Analisando a sua concepção jurídica, a Carta Maior não seria um mero documento legislativo e normativo, mas um documento político, de criação e instituição de um Estado e de uma sociedade, dotado de coercitividade, e que indica, a forma de governo e como deverá se organizar um povo. Como se vê, da análise do pensamento do jurista, que não é por outro motivo que Schmitt (2003), ao trabalhar com o conceito de Constituição, aponta que o nascimento do direito se deve à força da autoridade, isto é, ao poder da ordem do ser que através de uma vontade unitária e soberana dá origem a um dever-ser.

Destaque-se que o jurista entendia que os atos oriundos do Poder Legiferante², não poderiam ser revisados pelo Tribunal Constitucional, pois desta forma, haveria uma inobservância ao princípio da separação de poderes. Schmitt (2003), expressa que a aferição da legalidade ou da constitucionalidade não exige a constituição de uma instância especial, sob pena de cada repartição pública ou mesmo cada cidadão serem considerados eventuais guardiões da Constituição.

Quando da formatação do Poder Judicante, este tinha como fundamento ser um instrumento que seria utilizado quando ocorresse algo ilegal ou na falta de legislação para o caso concreto, não agiria sem a devida manifestação dos interessados, ou seja, só agiria após determinado evento. Schmitt (2007) informa que em caso do julgador tentar se manifestar antes de terminado evento estaria a inverter a ordem para a qual foi criado e este se tornaria em um ator político atuante.

O jurista Alemão evidencia a existência de contradição entre o exercício da função jurisdicional e o da função política, sendo certo que a decisão sobre a constitucionalidade das leis não deixa de representar uma decisão política. Cabe ao juiz aplicar a lei, sendo que as questões políticas devem ficar com o legislador.

Da análise do que foi exposto acima, percebe-se que as questões políticas não podem ficar sob a égide do judiciário, sob o risco de ferir aos princípios democráticos postos a disposição do povo, que a exerceria através do sufrágio. A soberania popular estaria vinculada a contingência da realização de uma eleição, o que estaria ligado diretamente aos ideais democráticos. Nesse sentido Hesse (1998, p. 126), “referindo-se a eleição do parlamento, aponta que a eleição representa a formação da vontade política direta do povo”.

² Para não repetir o termo Poder Legislativo, o autor optou em se referir como Poder Legiferante. Então, onde tiver essa expressão, entenda-se Poder Legislativo.

Ocorre que Schmitt na obra “Legalidade e Legitimidade” apresenta um conceito avassalador sobre o modelo democrático moderno, no que tange a atuação do Poder Legiferante. O autor faz uma crítica à predisposição de o parlamentarismo tomar o lugar das decisões políticas por conta da análise dos resultados eleitorais.

Nestes escritos, Schmitt apresenta com clarividência sua ideia sobre as questões políticas e sua crítica ao modelo de Estado de legislação levou em contrapartida o princípio da substituição da legitimidade pela legalidade, fazendo-se da legalidade a condição suficiente para legitimar a decisão.

Schmitt (2007), ainda expressa que existem conceituações que devem ser feitas sobre a legitimidade, pois poderia ser dividida em legitimação democrática e a legitimação dinástica. Na primeira coaduna a ideia de que legitimidade procede da vontade da sociedade, que ele seus representantes. No que tange a segunda legitimidade, explica que prevalece a linhagem, a estirpe familiar, real, sendo neste reconhecido o poder constituinte. Nas duas formas, se observa que a legitimidade concede a possibilidade da administração usar os seus atributos, os seus poderes.

Os conceitos criados por esta teoria fundamentam a criação do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do próprio Estado. Este ente político, dotado de personalidade jurídica, possui diversos poderes escalonados entre os entes federados e que será objeto de explanação do tópico a seguir, onde será observado novo Estado Administrativo na visão de Adrian Vermeule e sua teoria da negação ao direito.

2.2 O NOVO ESTADO ADMINISTRATIVO PARA ADRIAN VERMEULE – A NEGAÇÃO AO DIREITO

Da análise do que foi expresso anteriormente, percebe-se que existe a necessidade de uma Constituição que seja positiva, que traga as condutas que devem ser exercidas pelo Estado, bem como este deverá realizar a prestação de serviços públicos de forma eficiente. Vermeule procura dar um salto nas consecuições das atividades da administração pública, ao defender a resolução de algumas questões por um “quarto poder”, que seria representado pelas agências reguladoras, seria o modelo ideal para atender aos anseios dos administrados.

A ideia apresentada é moderna e bastante interessante, mas para que possa ser utilizada no Estado brasileiro, necessita que as condutas a serem repassadas para as autarquias

especiais sejam colocadas dentro dos limites impostos por lei, principalmente pelas previsões normativas constantes no sistema constitucional rígido nacional.

Seguindo nos balizamentos de Vermeule e da concepção Norte Americana, há de destacar que o conceito inicial de separação dos poderes firmado no Estado Francês, não era o modelo aplicado nos Estados Unidos da América. O sistema utilizado seguia outra modalidade, uma formalidade diversa, onde não se percebia com clarividência, quais seriam as funções dos poderes executivos e legislativos.

Para realizar a explanação acerca do pensamento de Adrian Vermeule, notadamente acerca do novo Estado Administrativo, se faz necessário explicar de forma concisa, como se estruturou e qual são as bases do modelo estatal Norte Americano.

2.2.1 O nascimento do estado administrativo americano

O Estado, segundo Rousseau (2003), quando de sua criação, tinha como escopo tutelar e regular as relações da sociedade, onde cada indivíduo abriria mão de parte de seu direito em detrimento do ente político que o governasse, para que regulasse as relações que tinham como finalidade o interesse comum. O ente estatal teria como missão primordial, a de perfazer os interesses dos indivíduos que em seu território habitam. Para o autor, quando o homem resolve viver em sociedade, deve abrir mão de inúmeras regalias, vantagens que possuiria em seu estado natural, pois o ingresso na sociedade e conseqüentemente no Estado demonstra sua renúncia a todos os seus desejos individuais.

Essa missão é legitimada por uma soberania que emana do povo e que em seu nome deve ser exercida em sua mais ampla acepção, seja através da concessão de direitos, seja através da prestação de serviços públicos. Ocorre que após esta fase, iniciou-se um período em que o ente estatal precisou ter novas posturas para atender aos anseios sociais, dentre eles, o de criar uma nova forma de tutelar e regular a prestação de serviços.

Após o início da República Americana, o modelo de Estado montado foi diferente do utilizado em vários países. Estas nações optaram pela utilização do sistema de Estado Francês. A América advém de um processo de colonização inglesa, e, este momento histórico, foi de grande repercussão na ordem social e política, onde muitos abusos e excessos foram praticados pelo colonizador. A metodologia utilizada foi determinante para que na nova

República, o modelo de regime fosse diferente do que era vigente ao tempo do período de dominação.

Uma das primeiras modificações foi o surgimento da ideia de limitação dos poderes do Presidente da Nova República dos Estados Unidos da América, motivados pelos fatos narrados, perpetrados pelo soberano Inglês, que passou mais de meio século no poder. Neste sentido, Mosher (1976, p.05), expressou que “com os abusos perpetrados pelo monarca inglês, que governou por quase sessenta anos, os *Founding fathers*³ da Constituição americana decidiram que os poderes detidos pelo presidente da nova república deveriam ser restritos”. Muda-se o paradigma do modelo de governança, deixa de lado a concepção de governo dos homens e passa a prevalecer à nova ideia de governo das leis.

No momento da fundação do Estado Administrativo Norte Americano, não havia um fundamento claro de como seria realizada a partição das funções administrativas, pois não havia uma separação clara das prerrogativas dos poderes executivos e legislativos. Nesse sentido, Frederick Mosher expressou o seguinte:

A doutrina não era clara – e ainda não é clara - quanto aos poderes e responsabilidades do executivo e do poder legislativo em relação à administração de programas públicos. Durante grande parte do século XIX, e com as exceções do governo Jackson e em tempos de guerra, o equilíbrio tendeu na direção do legislativo e fora do executivo, tanto na nação como nos estados, inibindo assim o desenvolvimento de organizações integradas, coordenadas e administrações unificadas⁴. (MOSHER, 1976, p.44).

No sentido de garantir o funcionamento da máquina administrativa e consequentemente dos serviços públicos, optou-se pela constituição de uma nova espécie de entidade pública, que tinha como objetivo precípua, colaborar como Poder Legiferante⁵, colocando a sua disposição todo o aparato técnico necessário para a consecução dos serviços.

O novo modelo administrativo trouxe limitações à atuação do Poder Executivo, tendo este à função de exercer a posição de comandante das forças armadas, o poder de

³ A expressão significa-fundadores, criadores.

⁴ The doctrine was not clear – and is still not clear – as to the powers and responsibilities of the executive and the legislative branches with respect to the administration of public programs. During much of the nineteenth century, and with the exceptions to the Jackson administration and in wartime, the balanced tended in direction of the legislative and away from the executive in both the nation and the states, thus inhibiting the development of integrated, coordinated, and unified administrations.

⁵ Para não repetir o termo Poder Legislativo, o autor optou em se referir como Poder Legiferante. Então, onde tiver essa expressão, entenda-se Poder Legislativo.

conceder perdões, nomear embaixadores, nomear juízes da Suprema Corte, entre outras funções, além de resguardar o cumprimento das leis forjadas pelo Poder Legiferante.

Segundo Skowronek (1982), a Constituição Norte Americana teria sido omissa no que tange as funções do Poder Executivo, tendo estas sido desenvolvidas através do direito consuetudinário e com o passar dos anos. Este modelo ficou conhecido como Estado Administrativo, regulador, burocrático, corporativo, que se distanciou do modelo de um Executivo centralizado e unitário.

Os modelos apresentados na antiguidade, na idade média, e no Estado Liberal sobre a partição de tarefas dos poderes, em alguns países, vêm perdendo relevância nas últimas décadas, principalmente após a criação de um novo modelo administrativo erigido nos ideais liberais dos Estados Unidos da América.

Esta nova concepção concede uma nova visão sobre o Estado Administrativo, onde a antiga metodologia de tripartição dá lugar a ações que são realizadas por órgãos reguladores, que tomarão decisões de caráter administrativo, podendo, inclusive, em alguns casos, legislar, ficando sobre o crivo do controle por parte do Poder Judiciário.

Esta nova ideia é defendida pelo constitucionalista Adrian Vermeule, em sua obra “Law’s Abnegation: From Law’s Empire To The Administrative State”, que analisa este fenômeno desde o surgimento das agências administrativas até nossos dias. Na realidade o processo de fiscalização, controle e regulação das atividades públicas, foi uma técnica natural, que ficou sob o crivo das agências administrativas, através da abnegação do direito, que teve a condescendência dos poderes legislativos e judiciários com o passar dos anos.

2.2.2 O estado administrativo para Adrian Vermeule

A pesquisa apresentou até o presente momento, o desenvolvimento e articulação do Estado Administrativo, a partir de sua gênese no Direito Norte Americano, levando em consideração as modificações relevantes que foram introduzidas no modelo de administração pública. Nesse contexto, o poder de administrar não se limitou exclusivamente ao chefe do Poder Executivo, mas teve suas funções delegadas, quando concedeu autoridade para que outros entes públicos pudessem realizar a fiscalização e regulação de serviços públicos.

Na sua obra “Law’s Abnegation”, Adrian Vermeule (2016) revela que o modelo de partição de poderes norte americano outorgou competências para que as agências administrativas pudessem naturalmente utilizar o poder regulador, que anteriormente ficava exclusivo nas mãos do Poder Executivo, demonstrando um novo paradigma, o da negação, da renúncia ao Direito, em detrimento das decisões judiciais, e atos legislativos.

Este novo modelo, chamado de Estado moderno, possui uma nova visão sobre o do princípio da Separação de Poderes (*checks and balances*)⁶. Vermeule (2013) conceitua que este novo Estado é, por sua essência, administrativo, pois as agências reguladoras possuem uma função administrativa fundamental, a de regular as ações governamentais e no outro vértice, se encontra o Executivo, com suas funções precípua, dentre elas, a de comandar as agências executivas, consolidando a concepção de freios e contrapesos elaborada por Madison (1993), seguindo as determinações contidas no texto constitucional norte-americano.

A Constituição Americana possui apenas sete artigos, os quais sofreram neste período vinte e sete emendas. Mesmo assim, existem muitas lacunas no texto e era preciso que este princípio da separação dos poderes fosse adaptado e aplicado no Estado moderno. Este fato se deu segundo Schiller (2002), pelo fato das relações econômicas serem crescentes, logo, caberia ao governo administrar a relação com as empresas que prestavam serviços públicos, uma vez que o setor público não possuía a capacidade de prestar todos os serviços exigidos pela coletividade. Assim, para manter e conservar essa relação de forma segura e transparente se tornou uma tarefa bastante complexa.

Neste contexto, as agências reguladoras são criadas como órgãos que possuem capacidade técnica e aptidão para a tomada de decisão, justamente por possuírem expertise em sua área de atuação, devendo gerir, defender, fiscalizar, regular, elaborar regras jurídicas e mediar possíveis conflitos entre as partes envolvidas. Strauss (1984) classifica as agências como um quarto poder, pois estas compartilhariam as funções executiva, legislativa e judicial, com a finalidade de uma boa prestação de serviço público.

Diante da necessidade do Estado regular a prestação de serviços, por conta de um modelo diferenciado de governo implantado nos Estados Unidos, que não consegue atender a todas as demandas sociais, e onde o particular será responsável pela prestação de alguns serviços que inicialmente seriam de competência estatal, surge à necessidade da criação e efetivação de um Estado Regulador.

⁶ Expressão que trata da separação dos poderes - significa freios e contrapesos.

Estas instituições têm grande relevância no processo de desburocratização das entidades governamentais e de, conseqüentemente, gerar eficiência na gestão pública. Surge assim a necessidade de criação das agências reguladoras.

A história remonta ao início do século XIX, precisamente aos anos de 1887, onde os Estados Unidos da América inauguram uma nova forma de gestão pública, entendendo que esta seria mais eficiente e atenderia aos anseios da sociedade. Para dar o passo inicial, foi editada a Lei de Comércio Interestadual que buscava desburocratizar as ações estatais.

Nesse sentido, Rosanvallón (2009), expressou que esta lei simplificou as regras de práticas tarifárias nos Estados Unidos, ato conhecido como *Interstate Commerce Act*⁷, que além do que foi citado, ainda encarregou-se de realizar a regulação das atividades no setor ferroviário, buscando evitar os abusos que ocorriam na cobrança tarifária, pois como aquele país se tratava de um Estado Federado, cada um com legislação própria, necessitava que o governo regulasse de forma decisiva para evitar os excessos por parte do poder executivo dos entes federados.

Através deste documento, cria-se a Comissão de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Commission*)⁸, onde, de certa forma, se rompe com o modelo da tripartição dos poderes, pois coloca para as entidades reguladoras, entidade superior e independente, um papel importante que anteriormente era realizado apenas pelo poder executivo e legislativo, o de administrar e gerir serviços públicos relevantes para a população. Agora, a preocupação é a de conceder ao cidadão, um serviço público de qualidade e sem os abusos por parte do Estado.

Segundo Rosanvallón (2009), diante da grande aceitação por parte da população, em decorrência da melhoria na prestação de serviços, outras comissões foram criadas como: Comissão de Comunicações Federais (*Federal Communications Commission*)⁹, Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission*)¹⁰ e Comissão Nacional de Relações do Trabalho (*National Labor Relations Board*)¹¹, que foram importantes para a prestação de serviços eficientes e desburocratizados.

⁷ Expressão que significa - Lei de comércio interestadual.

⁸ Expressão que significa - Comissão de Comércio Interestadual.

⁹ Expressão que significa - Comissão de Comunicações Federais.

¹⁰ Expressão que significa - Comissão de Valores Mobiliários.

¹¹ Expressão que significa - Comissão Nacional de Relações do Trabalho.

Esse modelo de governança buscava desburocratizar o Estado, sendo mais progressista, e, conseqüentemente, ofertando uma melhor prestação de serviço ao cidadão, de melhor qualidade e mais competitivo.

2.2.3 O poder normativo do Estado na visão de Vermeule

A partir do momento da grande depressão, os Estados Unidos da América passam por uma profunda transformação social, jurídica e política. Anteriormente a este momento, a sociedade mundial vivenciava dois grandes modelos, o *welfare state*¹² e o Estado Neoliberal. Muito teóricos discutiam sobre os sistemas, qual seria o melhor, o mais interessante para os governos e para os povos. Segundo Taylor (2009), no primeiro caso o Alemão Otto Von Bismarck, foi um dos defensores de que o indivíduo deveria desde seu nascimento até o seu fim, ter acesso a bens fornecidos pelo Estado ou pelo setor privado através de regulação. Estes direitos seriam os chamados direitos de segunda geração.

Em contraponto a Otto, Friedrich Hayek entendia que os governos deveriam tomar precauções para garantir o bem-estar das pessoas, tendo a prudência de tratar de assuntos ligados, por exemplo, a educação e a seguridade social, deixando sempre uma margem de escolha por parte do indivíduo, no momento de definir acessar alguns serviços que não fossem prestados pelo Estado. Hayek (2014) concebia a ideia que a liberdade e a possibilidade de exploração de certos serviços pelo setor privado, levariam a uma maior concorrência e conseqüentemente, que o cidadão possuísse um serviço prestado com melhor qualidade e por um menor preço. A manutenção da tutela do Estado só levaria o homem a uma situação de miséria.

Analisando este paradigma, chegamos ao momento histórico que ficou conhecido como a Grande Depressão. Este período serviu para desencadear uma forte crise no mercado, o que criou a base para o advento dos chamados Estados-nação, que já vinham mundo afora ganhando significância e prospecção constitucional.

A crise de 1929 colocou em cheque o Estado Liberal e abriu caminho, principalmente no pós-guerra, para a instituição de governos mais burocráticos e interventores

¹² Welfare State – significa Estado de bem-estar social

das atividades de interesse coletivo. O quadro econômico deixado pela crise da década de 20 trouxe uma situação econômica totalmente intolerável.

Vermeule entende que as agências teriam um poder normativo independente, sem a necessidade de observar normas criadas pelo Poder Legiferante¹³, tampouco de decisões do Poder Judicante¹⁴, pois estas, em decorrência de sua expertise e de saber o que melhor representaria para os anseios da sociedade, já que estariam mais próximas do cidadão, seriam as responsáveis em normatizar, fiscalizar e julgar as questões envolvendo a prestação de serviços. Notadamente, que se retira dos outros poderes grande parcela de sua responsabilidade, transferindo-a para este órgão técnico.

No modelo Americano, defendido por Vermeule, as instituições de caráter técnico possuem muita relevância, que podem chegar ao ponto de deixar de lado, afastando-se da lei para normatizar e dar maior importância e aplicabilidade aos regulamentos administrativos não advindos do Poder Legislativo. Ocorre que estes regulamentos, são carentes de legitimidade do ponto de vista de criação da norma jurídica.

Mas esta conduta escolhida pelo Poder Público Americano, que através da conduta normativa das agências reguladoras, demonstra o reconhecimento a excelência de seu ofício, através de seu trabalho normativo, admitido principalmente pelo Poder Judiciário. Esta forma de atuação das agências leva a precaução para que não ocorram conflitos sociais. Neste sentido, Souto (2000, p. 251-252), expressa que “... a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação, através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado”.

Como paradigma para a aplicação da ideia Vermeuliana, ressalte-se a decisão tomada no caso paradigmático Chevron, onde foi concedido às agências, o poder de interpretar de forma vasta as normas oriundas do Congresso Americano que fossem consideradas imprecisas, inseguras, com o fito de resolver demandas de interesse coletivo e que não possuíssem deliberação exclusiva através da lei. Esse caso foi emblemático para conceder essa liberdade a estes órgãos estatais, no que tange as decisões técnicas que observariam os anseios da sociedade.

¹³ Para não repetir o termo Poder Legislativo, o autor optou em se referir como Poder Legiferante. Então, onde tiver essa expressão, entenda-se Poder Legislativo.

¹⁴ Para não repetir o termo Poder Judiciário, o autor optou em se referir como Poder Judicante. Então, onde tiver essa expressão, entenda-se Poder Judiciário.

Seguindo este entendimento Vermeule (2016), entende que no caso Chevron a Corte Suprema Americana observou qual seria o papel desses órgãos e de maneira bastante inteligente. O Tribunal considerou que as agências devem desfrutar de grande liberdade para julgar procedimentos que possuam dubiedades, incertezas sobre qual seria a aplicação da melhor regra para a resolução de uma determinada situação. Estas escolhas seriam convictas, rígidas, irredutíveis e por vezes poderiam ser classificadas como soluções arbitrárias.

Vermeule (2016, p. 129), expressa que “existe uma categoria de decisões de agência em que é racional ser arbitrário, no sentido de que nenhuma razão de primeira ordem pode ser dada para a escolha da agência dentro de um determinado domínio, embora uma ou outra escolha seja inescapável, legalmente obrigatória ou ambas”.

Esta possibilidade jurídica desburocratiza o Estado Administrativo, esse poder de normatização conferido as agências, certamente fará com que se tenha uma melhor prestação de serviço, com resultados mais céleres e de melhor qualidade. Há de se destacar que o Poder Judiciário, mesmo não sendo na concepção do Novo Estado Administrativo Americano, um ator principal, é o poder que verifica a estrita legalidade na atuação dos outros membros ou demais poderes, evitando uma atuação ilegal ou anárquica por parte das agências.

Esse modelo, em suas proporções vem sendo aplicado no Brasil, mas é necessário observar os limites impostos pela Constituição, seja das prerrogativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, até as competências dos entes federados, para que não sejam criadas situações distantes da lei e que levem a necessidade da intervenção do julgador em decorrência de sua estrita ilegalidade.

2.3 PODERES ADMINISTRATIVOS – O PODER NORMATIVO DO ESTADO

Antes de tratar especificamente do Poder Normativo do Estado, há de se destacar que a separação dos poderes tem uma ideia de divisão do Estado em órgãos e pessoas jurídicas distintas. Nesta senda Durkheim (2003), aponta que esta forma de ramificação concede uma maior liberdade para o cidadão, pois evitaria que o poder fosse acumulado nas mãos de uma única pessoa. Essa partição de poderes, não quer dizer que cada ente deverá atuar em apartado, sem interferência dos demais, de forma independente.

2.3.1 Aspectos Gerais

O Estado no exercício de suas atividades, de forma material, objetiva e presente, na incessante luta de consagrar os interesses da coletividade, a lei prevalecerá sobre a vontade dos particulares, e esse é um papel que a Administração Pública deve realizar para se tutelar os direitos coletivos.

Estamos diante de uma das bases do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, do regime jurídico-administrativo, pois será através desta prerrogativa, que na prática se terá a observância do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Para a preservação do interesse público, necessitava-se criar um mecanismo que garantisse o cumprimento das funções administrativas. Assim foram concedidas prerrogativas que deveriam ser observadas pelos três poderes, no intuito de cumprir as determinações dispostas em lei e trazer a paz social.

O instituto criado para esta finalidade foram os Poderes Administrativos, que são, na realidade, poderes-deveres que são indissociáveis da Administração Pública, necessários à estruturação da máquina pública, devendo ser aplicados em observância aos limites dispostos em lei.

Neste sentido, Meirelles (2015), expressa que o poder administrativo seria concedido à autoridade gestora de forma a repelir os interesses particulares contrários aos públicos. Trata-se de um poder dever e não uma mera faculdade. Uma vez caracterizado o interesse público a Administração esta obrigada a agir.

Portanto, em decorrência da sua imperatividade, ao Estado não é permitido omitir-se perante as circunstâncias que demandam a sua atuação. Assim, tais poderes também significam que o Estado tem o dever de agir sempre em defesa dos interesses da coletividade, sob o risco de recair em omissão.

No que concerne às atribuições acima citadas, possuem ênfase e importância os poderes administrativos conferidos ao administrador público, aptidões que não serão meras faculdades, mas, dentre as prerrogativas supramencionadas, ocupam lugar de destaque os poderes que conferem a estes entes grandes capacidades.

Através de sua instrumentalização, o Estado almeja e consegue a realização do interesse coletivo e do bem comum. Estes são chamados de poderes da administração.

Os poderes citados estão presentes em todas as esferas de poder e entes federados, sendo suas prerrogativas dispostas no texto Constitucional, devendo, portanto, observar aos limites impostos por lei. Notadamente que estamos diante de uma prerrogativa concedida ao agente público, que tem como finalidade precípua, realizar suas atividades em favor da coletividade.

Estas competências estão disciplinadas no ordenamento jurídico, logo são prerrogativas irrenunciáveis e não meras faculdades. Resta caracterizado que estamos diante da aplicação do princípio da legalidade, onde obriga o agente público a realizar todos os seus atos dentro dos limites impostos pela norma jurídica.

Seguindo esta proposição, Medauar (2018, p. 102-103), indica que a função estatal não é um exercício livre, possui suas limitações, “mas, pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento”.

Por conseguinte, conclui-se que o liame entre a ação pública e a finalidade de atender ao interesse da coletividade é o que atribui o caráter da instrumentalidade ao poder, posto que ele é tão somente meio para se garantir o cumprimento da vontade do povo, especialmente se analisarmos a questão aplicada nos Estados Democráticos.

Neste estudo, o que será analisado será o regulamentar. Diante da natureza imperativa dos poderes administrativos, é necessário observar que eles devem ser sempre aplicados sem nenhuma espécie de excesso, desvio ou abuso, posto que a única finalidade da atuação administrativa seja o de resguardar os interesses da coletividade. Como especificado, todos os atos do administrador público estão delimitados pela lei, mas a lei pode conceder mais de uma forma de atividade em seu texto.

Em regra, a atividade administrativa é classificada como vinculada, ao tempo em que o ato deve ser praticado no exato limite da lei, mas, também, é classificada como discricionária – onde a norma atribui certa margem de liberdade em sua atuação, podendo o agente, na questão meritória, se utilizar da conveniência e oportunidade para escolher sua conduta, mas, sem dissociar-se do interesse público relevante. Ocorre que, em ambos os casos, tais atos devem ser regidos, a fim de que não se exceda ao espírito da lei e do direito.

A noção de interesse público no entendimento do ex-ministro Eros Grau é que se trataria de um conceito jurídico de caráter indeterminado, mas que, quando da aplicação ao caso concreto, se teria uma noção do que representaria essa garantia coletiva. Nesse sentido, expressa Grau (2005, p. 216), que o “‘Interesse público’ é termo de ‘conceito indeterminado’ (vale dizer, uma noção) Logo, interesse público deve, em cada caso, ser interpretado (...)”.

Ainda a respeito da discricionariedade, Odete Medauar (2018, p. 106-107) pondera que “essa margem de liberdade de atuação tem razão de existir diante da impossibilidade de o legislador prever todas as situações que poderão ocorrer durante o governo”. E também não haveria como esperar o trâmite da criação de uma nova lei, enquanto várias ações e providências de gestão pública devem ser tomadas de forma célere para atender às demandas emergentes.

Desse modo, pode-se utilizar como exemplo a necessidade de regulamentação de leis por parte da gestão pública, o que concede ao Poder Regulamentar, papel importante no empregado das funções de direção política e administrativa, haja vista que, para gerir com eficiência, o chefe do Executivo deve ser livre para editar regulamentações em determinados casos a determinadas pessoas.

2.3.2 Poder regulamentar: regulação e regulamentos

O Poder Regulamentar é uma prerrogativa utilizada pelo Estado para que possa realizar a complementação, sobre a execução de norma jurídica pré-existente. A competência é concedida à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios, conforme disciplina a Constituição Federal.

Desse modo, a necessidade de regulamentação da lei decorre do fato de que o Executivo, na sua função de direção, carece de esclarecer a norma para que ela seja concretamente aplicada segundo as demandas regionais e de acordo com as peculiaridades locais, para melhor atender ao interesse público.

Corroborando tal argumentação, o conceituado administrativista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2011, p. 353. v. I) leciona que, "para a boa aplicação da lei, nas relações entre o Estado-poder e terceiros, surgiu à necessidade do Executivo regulamentá-la,

estabelecendo as regras orgânicas e processuais para a sua execução, através de regulamentos executivos".

A regulação possui conceito mais amplo, tornando-se gênero, do qual é espécie regulamentação, corresponde à execução da função normativa no âmbito da atuação administrativa, produzindo regras acima ordenadas. No que concerne ao conceito de regulamento, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 311) o define como “ato ou regra geral de caráter abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, emitido com o objetivo restrito de gerar os comandos operacionais uniformizadores imprescindíveis à execução de lei, cuja aplicação exija a atuação da Gestão Pública”.

Já nas palavras de Geraldo Ataliba (1969, p. 23), o regulamento se trata de ato normativo cujo pressuposto é a existência de norma legal e “sua função é facilitar a execução da lei, é especificá-la de modo praticável e, sobre-tudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la”.

Desta feita, como se trata de ato praticado com o objetivo de complementar a norma, o regulamento se reveste de subordinação e dependência aos preceitos legais e constitucionais, posicionando-se hierarquicamente inferior em decorrência do Princípio da Legalidade. Contudo, não obedece somente à lei em sentido estrito.

De fato, o regulamento deve ser consonante com o espírito da lei como um todo, observando os princípios constitucionais relativos à Administração Pública.

Em outro aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.435-8, que teve como relator o Ministro Francisco Rezek, firmou entendimento no sentido de que existem quatro requisitos para a correta tipificação do regulamento, quais sejam: lei anterior a ser regulada; decreto assegurado da aplicação da lei; destinação da norma aos agentes da Administração; não geração de obrigação ou direito não previsto da norma a ser regulada. Sem quaisquer dos pressupostos, o decreto seria nulo em razão de sua inconstitucionalidade, posto que o assunto devesse ser tratado em lei formal e não em regulamento expedido pelo Executivo.

No direito brasileiro, são admitidos dois tipos de regulamentos, o executivo e o autônomo. No primeiro caso, este serve para complementar, regulamentar lei já existente, sem ter qualquer, possibilidade de inovação na ordem jurídica. Já o autônomo, prevê a

possibilidade de inovação na ordem jurídica, em certas situações, de acordo com o que expõem os incisos IV e VI do art. 84 da Constituição Federal¹⁵.

Notadamente, que este poder é exclusivo e indelegável, posto que o inciso IV não se encontra entre as hipóteses autorizativas de delegação do parágrafo único do referido artigo. Válido considerar que essa disposição se aplica aos chefes do executivo dos estados e dos municípios da federação em decorrência do princípio da simetria constitucional.

2.3.3 Poder Normativo

Na praxe administrativista existe uma divergência acerca da definição e nomenclatura sobre o poder normativo e o regulamentar, ou se os termos são distintos ou se revelam a mesma descrição. Seguindo este paradigma, Medauar (2018, p. 110) prefere diferenciar o poder regulamentar do normativo, especificando que aquele é espécie deste. Comenta também que “além do poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matéria não privativas de lei”.

Analisando o que foi dito, estas normas produziriam efeitos diretos sobre o Poder Público, a sociedade e grupos sociais, podendo, inclusive, gerar a efeitos externos. O Poder Normativo, não teria o condão de esgotar a capacidade normativa da Administração Pública, seria, na realidade, uma das formas de sua manifestação.

Indubitavelmente que os atos administrativos, notadamente os normativos, poderão se manifestar de diversas formas. No que diz respeito ao poder regulamentar, este seria uma forma de expressão do poder normativo, pois abrirá a possibilidade da Administração exarar normas, mas, sempre observando as limitações impostas pelo princípio da legalidade.

Conforme mencionado, vê-se que um dos pontos de convergência entre ambos os poderes é a subordinação à lei, mantendo também a sua natureza de norma, já que a lei em seu

¹⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

sentido estrito tem como finalidade comum o fato de emanarem normas, tendo, portanto, com característica a generalidade e abstratividade.

Contudo, apesar da similaridade acima exposta, o poder de regulamentação da Gestão Pública não tem o condão de inovar a ordem jurídica, de modo a criar ou suprimir direitos e obrigações. Tal função compete unicamente ao Legislativo e a sua inobservância importa na nulidade do ato normativo por desobediência legal, pois extrapola os limites impostos pela Separação de Poderes.

O poder regulamentar se expressa através do ato normativo, o qual deve conter todos os elementos inerentes ao ato administrativo, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Medauar (2018, p. 141-142) explica que os atos administrativos da espécie normativa buscam disciplinar, de forma abstrata, determinada matéria, a qual pode ter aplicação mais ampla ou setORIZADA. Assim, elenca seis tipos de atos normativos, quais sejam: decreto, regimento, resolução, deliberação e instrução normativa.

Na seara administrativa, os atos administrativos devem ser classificados de acordo com a natureza jurídica de que os origina, de que os produz, gerando os chamados atos-regras. Estes atos, na realidade, são disposições normativas, abstratas, gerais, que são formadas diante da necessidade, da vontade normativa do administrador e que podem, dentro de sua necessidade e conveniência, ser modificado a qualquer tempo por parte de quem o criou. Esta exteriorização pode se dar por uma série de formas, portarias, resoluções, decretos, regulamentos, todos com conteúdo genérico.

Ressalte-se que estes atos normativos, podem ser editados tanto por parte de órgãos da Administração Direta, bem como por entidades pertencentes à Administração Indireta, cada uma com sua amplitude no que tange ao grau de atuação.

Pelo exposto, uma vez observado que o ato normativo tem algumas peculiaridades, que o diferencia dos demais tipos de ato administrativo. No que se refere à sua legitimidade, o sujeito do ato é o próprio o gestor público, sendo seu objeto a regulamentação de lei anterior. Já sua finalidade é gerir a atividade administrativa, sempre em consonância ao interesse da coletividade. Dessa forma, não pode ser confundido com lei em sentido estrito, apesar de terem em comum a força própria da norma.

Essa possibilidade de emissão de norma pelo Poder Público, vem concedendo uma mudança de paradigma no que diz respeito aos poderes concedidos as agências reguladoras, notadamente sob o aspecto do pensamento de Adrian Vermeule. A resolutividade de casos

peça força normativa das agências, modifica sobremaneira a atuação e importância do legislativo e judiciário no deslinde de soluções administrativas.

Desta feita, as agências reguladoras ganham papel relevante na função de regular as atividades e prestação de serviços públicos que serão ofertados para a coletividade. Vejamos, portanto, como se deu a evolução destas entidades no Brasil.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS – SEU CONTEXTO HISTÓRICO NO BRASIL E SEU PODER REGULAMENTAR

Com o fito de melhor compreender a atuação da agência reguladora no Brasil contemporâneo, é imprescindível analisar como ocorreu o seu surgimento e como se deram as transformações deste instituto ao longo do tempo. É sabido que o país passou por fases distintas e marcantes, tais como: o período colonial de subordinação a Portugal; a sua independência e a constituição do Império; a Proclamação da República, que passou a ser comandada por presidentes; períodos alternados de autoritarismo (Estado Novo e Ditadura Militar) e de democracia; e, por fim, a outorga da Constituição Federal de 1988.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Brasil passou por diversos momentos históricos, que culminaram com as transformações de valores, Direito e dos interesses da Economia. Seguindo um novo padrão de conduta, a legislação brasileira e os modelos de gestão pública também se modificaram de forma a suprir as demandas sociais e de mercado, conforme a filosofia sociopolítica de cada época. Nesse contexto, assim como tantas outras ciências, o Direito Administrativo sofreu diversas e profundas mutações seguidas, muitas diametralmente contrárias entre si, em razão das rápidas transformações do cenário mundial, seja por conta da ascensão do Capitalismo, das Grandes Guerras e do desenvolvimento da Tecnologia.

Corroborando isso, Frederico Lustosa da Costa (2010, p. 22) assevera que “as reformas administrativas (de Estado, Governo e Administração Pública), no sentido geral da expressão, consistem em inserir novas instituições, adequando-as contextualmente à realidade econômica, social, política e cultural do país”. Desta feita, é dever de toda a sociedade, em especial do Poder Público, a busca da coerência entre as instituições, práxis e representações. Nesse ínterim, seguindo-se as mutações estatais, surgiram as agências reguladoras como hoje conhecidas.

De fato, o Liberalismo é o grande responsável pelo desenvolvimento econômico das nações, bem como para o surgimento das agências reguladoras. Isso porque essa doutrina econômica funcionou como filosofia base das revoluções antiabsolutistas ocorridas na

Inglaterra e na França nos séculos XVII e XVIII, além de fundamentar a independência dos Estados Unidos da América.

O Liberalismo buscava a intervenção mínima do Estado, defendendo a ampla liberdade individual, a democracia representativa, o direito à propriedade e a livre iniciativa com o fito de harmonizar os interesses públicos e privados. Para essa corrente, o Estado deveria se ater a assegurar a segurança e a pacificação da população, deixando a atividade econômica restrita ao setor privado sem que houvesse qualquer intervenção estatal, posto que se acreditava que a Economia se regulava por si só, introduzindo-se o conceito de livre mercado.

Diante dessa tendência, surgiram Constituições de Estado que garantiam a liberdade individual e a propriedade privada, limitando o Poder Estatal, consagrando-se, assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão. Portanto, a ideia radical de ausência completa do Estado nas atividades econômicas juntamente com a industrialização fez surgir os Estados Liberais, em que se separava claramente a atividade política e a atividade econômica, formando-se então a hegemonia da Burguesia.

Com o surgimento de novas tecnologias e avanço da ciência, houve um célere desenvolvimento econômico e aumento das riquezas, no entanto, estas não estão disseminadas em toda a sociedade, o que causou um aumento significativo das mazelas sociais, em detrimento dos que produziam, pois as massas do proletariado, que se submetiam a péssimas condições de moradia e de trabalho, labor maternal e infantil, largas e exaustivas jornadas de trabalho, percebiam irrisórios salários. Diante dos problemas sociais, com o descontentamento das massas e as organizações sindicais e com o surgimento das ideias marxistas, iniciou-se o declínio do Liberalismo Econômico, que não mais se sustentava em razão das crises sociais vividas em várias Nações, em especial as mais desenvolvidas.

Donald Steward Jr. (1995, p. 22-25), na obra “O que é liberalismo”, dispõe que essa corrente doutrinária passou a ser mitigada diante da doutrinação comunista de Karl Marx, a qual foi largamente seguida pelas massas descontentes que acreditavam e defendiam que as riquezas geradas deveriam ser distribuídas socialmente e não concentrada no poder da “burguesia opressora” Nesse contexto, surgem regimes comunistas como a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), além de regimes fascistas, a exemplo da Itália, e do regime nacional-socialista (nazista) na Alemanha.

Até que, após a Segunda Guerra Mundial, ganhou espaço à filosofia de John Maynard Keynes (1883-1946), que, segundo Stewart (1995, p. 24-25) defendia como necessária “a intervenção do Estado na economia, a fim de corrigir os maus resultados e as desagradáveis consequências do ciclo econômico atribuídas por essas teorias, ao funcionamento da economia de mercado”. Ou seja, Keynes apontava os efeitos desastrosos e conflituosos do Liberalismo, devendo o Estado intervir na Economia com o fito de garantir os interesses mais básicos da coletividade. Ademais, era necessário também assegurar uma “Justiça de Mercado” para que a renda não se concentrasse exclusivamente nas mãos de uma só empresa ou grupo econômico.

Diante da nova realidade decorrente da Revolução Industrial e do desenvolvimento econômico em grandes centros urbanos, o que gerou novas demandas sociais ao Estado, este foi obrigado a se adaptar, criando uma nova forma de gestão, mais dinâmica e eficiente, no sentido de solucionar os novos conflitos sociais e econômicos, de modo a atender e equilibrar os anseios e interesses dos referidos grupos.

Nesse contexto, Estado passou a intervir no âmbito econômico em benefício dos grupos sociais, formando-se o denominado Estado Social ou Estado de bem-estar social em que existia a participação da livre-empresa enquanto o Poder Público participava na promoção de benefícios sociais. Desta forma, seria possível manter a produção e prover condições melhores de vida aos cidadãos.

Este novo modelo político-estatal trouxe inovações ao Estado, tornando-o financiador, sócio e consumidor do setor privado. Notadamente que os obstáculos à intervenção estatal foram reduzindo, passando-se a enraizar-se de forma tranquila na ação administrativa. Mesmo assim, após uma melhora significativa na vida da comunidade, esse modelo também não se sustentou.

O considerável aumento da população e deficiência na prestação dos serviços foi determinante para iniciar a “crise fiscal”, em razão do aumento da dívida do setor público, decorrentes da ineficiência administrativa. Tudo isso gerou um grande acúmulo de prerrogativas por parte do Poder Público, que se tornou incapaz de prover satisfatoriamente às necessidades da população.

Como o Estado não tinha mais condições práticas de intervir propriamente na economia nem de prestar diretamente os serviços públicos essenciais passou a delegar

competências e a exercer um poder regulador sobre a iniciativa privada, especialmente em setores estratégicos, tais como o de comunicação e o energético.

Desta forma, se fez necessário encaminhar ao setor privado, algumas atividades que eram inerentes ao Estado. Assim se faz patente o surgimento de um modelo regulatório, que propõe a extensão ao setor dos serviços públicos de concepções desenvolvidas na atividade econômica privada.

Por este modelo, o Estado somente poderia atuar economicamente em setores que a iniciativa privada poderia colocar em risco valores coletivos ou que fosse insuficiente para propiciar sua plena realização. Portanto, em setores sociais importantes, como a educação, segurança e seguridade social, não se admitiriam a mercantilização de valores com a atuação direta e independente da iniciativa privada.

Urge ainda salientar, que durante a segunda metade do século XX, em frente ao crescente dinamismo das sociedades, as medidas tradicionais de gestão pública tornaram-se impotentes, momento em que se sentiu a necessidade de adotar mecanismos gestores mais eficazes e tecnicamente especializados. Assim, deu-se início à desestatização de serviços públicos e a criação de órgãos e entidades públicas de fiscalização, normatização e controles de atividades econômicas e de prestação de serviços públicos.

Nesse contexto foram criadas as Agências Reguladoras, ao tempo em que o Estado deixava de ser protagonista da atividade econômica para se tornar titular das funções de planejar, regular e fiscalizar as empresas privadas prestadoras de serviço público, como será explanado nos itens a seguir.

3.1.1 A evolução do direito administrativo e o fenômeno da delegação legislativa

No novo contexto científico, econômico e social disseminados após o segundo grande embate bélico, trouxeram profundas modificações na sociedade. Tudo isso decorreu do avanço das tecnologias de informação e de comunicação, que foram determinantes para a irradiação de definições, conceitos e princípios em diversas áreas. Essas transformações em todo o mundo foram significativas na reverberação desse fenômeno nas mais variadas formas de gestão pública, trazendo modificações importantes no Direito Administrativo.

Nesse sentido, Medauar (2018, p.35) dispôs que no pós-guerra houve um estímulo considerado nos ensinamentos sobre a gestão pública, propiciados pelo “... contexto histórico das mudanças sociais, que repercutiu no aumento da interação entre indivíduos e Administração e no movimento internacional pela humanização dessa relação”. Já nos aspectos burocráticos, surgiu a preocupação com a eficiência da atuação administrativa e a demanda pela desburocratização, de modo a efetivar a “flexibilidade, descentralização e práticas democráticas”.

Diante disso, com a carência por flexibilidade e maior eficiência na atividade administrativa, a prática da delegação de competências e funções ganhou destaque, posto que o Estado almejasse de maior autonomia, tanto no aspecto gerencial quanto em relação à lei em sentido estrito, fatores que foram determinantes para a formulação de uma nova concepção de discricionariedade.

A discricionariedade é um instrumento para a solução de demandas administrativas, mas esta não pode ser usada como um meio para se tentar burlar a aplicação do princípio da legalidade. Destaque-se que é impossível a previsão legal de todas as situações que possam ocorrer no cotidiano da sociedade, notadamente, no que acontece dentro da Gestão Pública. Considerando-se então a realidade brasileira e a flexibilidade das normas de direito público, esse mecanismo acaba acontecendo e se tornando essencial e impositivo, frente à dimensão territorial do país e às particularidades socioeconômicas de seus entes federativos.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999), pondera sobre o a delegação legislativa em contrapartida ao princípio da reserva legal. Argumenta que, em princípio, não era necessário distinguir as matérias de lei que exigiam escolhas político-administrativas das de cunho técnico, sendo que ambas continuavam inclusas na competência privativa do Poder Legislativo de produzir normas.

Diante da atividade política, o Poder Público foi obrigado a dispor sobre essa diferença, para que aplicasse as normas em suas questões cotidianas, a fim de que as decisões de cunho técnico não se estagnassem na lei de forma a se tornarem rapidamente obsoletas. Em decorrência disso, desenvolveu-se o recurso da delegação legislativa.

Sobre o assunto, Eduardo García Enterría (1995), subdivide em delegação receptícia, remissão e deslegalização. A primeira corresponde a uma transferência da função legislativa do Poder Legislativo para o Executivo, o qual deverá produzir uma norma com força de lei, tratando de matéria delimitada por tempo determinado pelo ato de delegação. O conteúdo da

respectiva norma permanece na titularidade do Legislativo, o qual detém o poder de modificá-la ou de revogá-la. Na Constituição brasileira, instrumento correspondente é previsto no artigo 59, inciso IV¹⁶, e artigo 68¹⁷, o qual se denomina de lei delegada.

Em relação à remissão (ou delegação remissiva), o autor (1999, p.76) dispõe consistir na “remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo emoldurado pela própria lei remetente”. Ou seja, a Gestão detém a titularidade da norma e pode alterá-la ou revogá-la a qualquer tempo. No Brasil, o instrumento equivalente é o poder regulamentar atribuído ao Chefe do Executivo (artigo 84, inciso IV¹⁸, da Constituição Federal), que tem a competência de expedir regulamento para fiel execução à lei, sendo que tal espécie normativa se encontra subordinada à lei (ordinária e complementar).

Por fim, em referência à deslegalização, esta compreende na exclusão, pelo legislador, de determinadas matérias da competência inerente ao Poder Legislativo (lei em sentido estrito), tornando-se norma de natureza administrativa ou regulamento. Mencionada técnica é aplicada no país com a previsão da criação de órgãos reguladores para o controle de atividades de monopólio estatal, nos termos do artigo 21, inciso XI¹⁹, da Carta Magna.

¹⁶ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

(...)

IV - leis delegadas;

¹⁷ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

¹⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

¹⁹ Art. 21. Compete à União:

(...)

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

O Supremo Tribunal Federal já apresentou entendimento a respeito da matéria por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, quando a Corte analisava a adequação constitucional da deslegalização do reajuste do salário mínimo nacional, que, até o ano de 2011 era fixado por lei nos termos do art. 7º, inciso IV, da CFRB, passando a ser regulado por decreto do Executivo nos anos de 2012 a 2015, com o advento da Lei Federal nº 12.382/2011.

Assim, o Plenário da Corte entendeu pela constitucionalidade da lei, tendo em vista, dentre outros fundamentos, a denominada “crise da lei” que é a inaptidão do Poder Legislativo de atender tempestivamente às demandas da sociedade decorrentes das mudanças de suas relações. Nesse ínterim, tem-se admitida a atividade reguladora da Administração com o fito de desenvolver e executar matéria abstrata e geral do legislador. Desta feita, a Corte Suprema passou a reconhecer a importância da delegação da competência legislativa em prol da efetividade da atuação da gestão pública.

Nesse contexto, observa-se que com a ideia de melhor gerir os assuntos públicos e de modernizar a máquina administrativa, o instrumento legal escolhido foi à delegação legislativa, que através de sua expressão representaria a vontade social. Através da aplicação deste dispositivo, o princípio da eficiência se tornou essencial na transformação do Direito Administrativo. Assim, os atos normativos exarados dentro das agências reguladoras nacionais, é a demonstração da exteriorização da delegação legislativa no direito brasileiro, é o exercício do Poder Regulamentar.

3.1.2 Atividade estatal reguladora

A atividade estatal reguladora possui diversas interpretações. Para Autin (1995), no meio jurídico o termo regulador também precedeu ao termo regulação, apresentando suas primeiras aplicações tanto no campo do direito de Estado como no do direito financeiro.

O vocábulo regulação é muitas vezes utilizado como sinônimo de regulamentação. As relações entre regulação, direito e regulamentação não são sempre entendidas da mesma maneira, pois a regulação aparece concebida ora como um gênero do qual o direito seria uma espécie, ora como um tipo de direito. Portanto, segundo Jeammaud (1998), a regulação, nessa concepção, seria uma variedade de processos jurídicos com ação sobre a sociedade.

Entretanto, a regulação ainda poderia ser concebida como oposta ao direito, no sentido de ser mais rígida do que o próprio direito.

Para a realização da regulação econômica, se faz necessário observar diversos aspectos na aplicação destas medidas, devendo estas regras corresponderem à promoção dos valores sociais. A regulação não existe tão somente no âmbito econômico, mas em diversas áreas de interesse social, como na saúde, educação, meio ambiente, transporte e cultura.

Nesse sentido, o modelo estatal regulatório diferenciou-se do modelo de providência anteriormente vigente a partir das características a seguir listadas.

Primeiramente, houve uma transferência de algumas atividades desenvolvidas pelo Estado para a iniciativa privada – alguns serviços monopolizados foram abertos à disputa por particulares. Contudo tais atividades deveriam ser carregadas de “racionalismo econômico”, ou seja, não se poderia colocar unicamente nas mãos do mercado os setores sociais estratégicos (como educação e seguridade social) para que não ocorresse uma desvirtuação dos valores sociais.

Diante disso, houve uma alteração no instrumento interventivo, haja vista que o Estado não mais atuaria diretamente na atividade econômica. Assim, a legislação lhe atribuiu competência regulatória, fato que assegurou a permanência estatal no domínio econômico.

O intervencionismo do modelo regulatório não visa somente nortear o mercado, limitando ou atenuando suas imperfeições, excessos e inconveniências, mas, também, passou a ter a finalidade de propiciar a execução de valores sociais e políticos. Em verdade, as atividades econômicas relacionadas a serviços públicos têm grande importância, pois envolvem o interesse da coletividade. Portanto, o lucro puro e simples e o desenvolvimento econômico não devem ser mais valorizados nem mais prestigiados que o próprio interesse público, que se trata da finalidade maior da atuação administrativa, especialmente nas Repúblicas Democráticas.

Esse novo modelo possui peculiaridades e uma nova dinâmica, isso porque, a dinâmica das relações sociais e do mercado demanda uma resolução mais célere, eficiente e pontual, razão pela qual a aplicação de normas criadas sob o processo legislativo comum (criação de leis ordinárias) não seria efetiva e capaz de responder satisfatoriamente às diversas situações emergidas nas práticas mercantilistas.

Nesse contexto de formação das agências reguladoras, Odete Medauar (2018, p. 66) expõe que tais entidades nasceram primeiramente na Inglaterra no ano de 1834 com a criação

de entidades autônomas que fiscalizavam a aplicação de medidas previstas em lei e que dirimiam conflitos decorrentes dos textos legais. Algumas décadas depois, os Estados Unidos, influenciados pela legislação inglesa, em 1887, instituiu a *Interstate Commerce Commission*, tendo iniciado a multiplicação de agências para fins de regular atividades, impor deveres na matéria e aplicar sanções.

No Brasil esta nova realidade organizacional exsurge com a Carta Constitucional de 1988, que em vários de seus dispositivos, prevê a prestação de serviços públicos através do particular, mas que estes, seriam regulados, fiscalizados pelo Poder Público, que seria o detentor da referida prestação. Seguindo o balizamento Constitucional, as primeiras entidades especiais emergidas a nível federal, surgiram na década de 90 e como entidades com personalidade jurídica própria e com autonomia orçamentária, financeira e hierárquica.

Nesse sentido, Medauar (2018, p. 66), especificou que “as agências reguladoras brasileiras, em nível federal, começaram a ser criadas a partir de fins de 1996, com natureza de autarquias especiais, integrantes da Administração indireta”. De fato, não existem similaridades entre estas entidades e outras que existiram anteriormente no Brasil, haja vista que a necessidade de regulação somente surgiu depois da Constituição Federal de 1988, que instituiu uma Ordem Econômica não intervencionista (vide artigo 170 da CF/1988)²⁰.

É válido salientar que a Carta Magna, nos incisos XI e XII do artigo 21²¹, passou a autorizar a exploração pela iniciativa privada de diversos seguintes serviços públicos, como,

²⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;
 II - propriedade privada;
 III - função social da propriedade;
 IV - livre concorrência;
 V - defesa do consumidor;
 VI - defesa do meio ambiente;
 VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII - busca do pleno emprego;
 IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²¹ Art. 21. Compete à União:

(...)

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

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

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

por exemplo, os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, entre outros. Em 15 de agosto de 1995, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 08 (EC n.º 8), que alterou o inciso XI, do art. 21, o texto constitucional passou a prever a exploração dos serviços de telecomunicação mediante autorização, concessão ou permissão, impondo também a criação de órgão regulador para o setor.

Da análise dos dispositivos citados, evidencia-se que houve uma quebra do domínio estatal, pois anteriormente, caberia à União explorar os serviços tão somente de forma direta ou mediante concessão a empresas que estivessem sobre controle acionário do Estado.

Outros dispositivos constantes na Carta Política apresentam a possibilidade de delegação dos serviços públicos, permanecendo o poder público como titular, mas a execução sendo facultada a outras pessoas jurídicas. A Emenda Constitucional n.º 09/1995, que alterou o artigo 177²² da CF/88, consentiu a ruptura do monopólio estatal das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo nacional e estrangeiro, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. É importante observar que no parágrafo 2º, inciso III, do respectivo dispositivo legal, consta a previsão de “órgão regulador do monopólio da União”, explicitando a função estatal de regulação na nova ordem constitucional.

Assim no fim do ano de 1996, foram criadas as agências reguladoras no Brasil ao tempo em que se implantava o Plano Nacional de Desestatização (PND) com a promulgação da Lei Federal n.º 8.031/1990. Medauar (2018) especificou ainda algumas agências criadas em âmbito federal: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei n.º 9.427, de 26.12.1996; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, instituída pela Lei n.º 9.472, de 16.7.1997; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, instituída pela Lei n.º 9.478, de 6.8.1997; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, instituída pela Lei n.º 9.782 de 26.1.1999; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

²² Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

pela Lei nº 9.961, de 28.1.2000; Agência Nacional de Águas – ANA, instituída pela Lei nº 9.984, de 17.7.2000; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, instituída pela Lei nº 10.233, de 5.6.2001; Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, instituída pela Lei nº 10.233, de 5.6.2001; Agência Nacional do Cinema – Ancine, instituída por medida provisória nº 2.228-1, de 6.9.2001; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, instituída pela Lei nº 11.182, de 27.9.2005; alterada a caracterização da Comissão de Valores Mobiliários – CVM pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002, que deu nova redação à Lei nº 6.385, de 7.12.1976; Agência Nacional de Mineração – ANM, instituída pela Lei nº 13.575, de 26.12.2017; Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, criada pela Lei nº 12.154, de 23.12.2009.

Desde então, estas agências vêm atuando no Brasil, regulando e fiscalizando os serviços públicos prestados por entidades privadas com a criação de normas reguladoras para fins de controle dos segmentos de mercado explorados pela iniciativa privada. As agências têm a finalidade maior de garantir o interesse público de acordo com as suas áreas de atuação, assegurando que a prática mercantil e a prestação de serviços não tangenciem os valores sociais previstos na Constituição.

3.2 REGULAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE E DISCRICIONARIEDADE

Nos atuais modelos administrativos, a escolha pela configuração da prestação de determinados serviços que não seriam funções inerentes ao Estado, para o setor privado, vem se tornando frequentes e comuns, sendo a marca dos padrões da administração pública mais moderna. Esse fato que gera uma obrigatoriedade do Poder Público de realizar a fiscalização destes prestadores e de editar normas para a consecução desta fiscalização, controle e regulamentação por parte destes órgãos especiais. Para realizar estas funções diretivas e gerenciais, o gestor dispõe da discricionariedade, para que, diante de determinadas acontecimentos, possa buscar auxiliar sua tomada de decisões através de critérios juridicamente plausíveis.

Diante desse conceito, conclui-se que a discricionariedade é atributo da regulação, não sendo possível concebê-lo sem essa característica. Medauar (2018, p. 106) frisa esse entendimento “ao apontar o poder regulamentar como função de direção política e administrativa do Executivo, a qual necessita do poder de escolha para o melhor exercício”.

Nas palavras da autora, “tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei”.

Ainda informa que os atuais Estados, diante da complexidade das relações sociais e econômicas e da crescente amplitude de suas funções, estão impossibilitados de atuar satisfatoriamente, caso não haja uma flexibilização no momento em que passamos por modificações de forma bastante célere. Portanto, a discricionariedade se torna uma demanda institucional, necessária ao próprio funcionamento da máquina pública.

Em outro aspecto, a discricionariedade passou a ser estudada sob uma nova perspectiva, levando como parâmetro as profundas modificações no cenário socioeconômico, e que levaram ao novo modelo de regulação estatal. Esta redefinição pode ocorrer tanto para ampliar o sentido do atributo (no caso da discricionariedade técnica), quanto para restringi-lo como resultado da ampliação do princípio da legalidade. Seu conceito dinamizou-se com o tempo, primeiramente porque teve a sua abrangência reduzida enquanto a concepção de legalidade se ampliava.

No Estado Liberal de Direito, em observância ao princípio da legalidade, só era considerado lei, o que seria produzido pelo Poder Legiferante, o que concedia para a Administração a liberdade para agir, dentro dos parâmetros legais e discricionários, notadamente, quando estavam a versar sobre direitos individuais.

Contudo, já no Estado Social de Direito, o Executivo se fortaleceu com a ampliação de competências e funções na área socioeconômica e mesmo com a atribuição do poder de produzir normas com força de lei, passou a englobar também os atos normativos do Executivo além das leis em sentido estrito, sendo esse axioma aplicado em todas as esferas administrativas. A partir desta prescrição, restou clarividente que a Administração só atuaria nos limites previstos por lei, reduzindo o limite de sua atividade discricionária. Para Cretella Júnior (1993), os atos políticos designam, em termos gerais, certos atos oriundos das esferas mais altas do Poder Executivo. Além disso, concretizam-se através de manifestações volitivas do Governo na sua missão de prescrever diretrizes para o desenvolvimento interno do país e nas suas relações internacionais.

A dimensão dos padrões de valores do Direito, quando tratam da conceituação de sua validade, tem por finalidade estabelecer uma interligação entre a Constituição e o Estado e as reações da sociedade com as ações do Poder Público. Desta feita, no Estado Democrático de Direito a adoção do Princípio da Legalidade ganhou um maior alcance, tendo como

ressignificação à submissão aos valores, princípios às leis. Em contraponto, a Administração Pública teve uma ampliação na sua possibilidade de atuação normativa, decorrentes das prerrogativas concedidas às agências reguladoras, competências que anteriormente só eram concedidas ao Chefe do Poder Executivo.

A partir desta possibilidade, decorrente da especialização funcional das entidades administrativas, em especial das agências reguladoras, surgiu o conceito de discricionariedade técnica, que significa uma atuação normativa pautada por questões de cunho técnico-científico. Entretanto, essa definição não segue entendimento pacífico da doutrina administrativista. Neste sentido, Justen Filho (2016, p. 263) não acata os fundamentos desta discricionariedade especial, pois “considera que não haveria aí uma autorização legal para o Poder Público efetuar uma escolha política (característica maior da discricionariedade)”. A escolha de uma prática mais tecnicamente adequada é guiada pela própria Ciência, e não por um permissivo legal.

Em verdade, a especialidade técnica das agências reguladoras bem confere maior autoridade e legitimidade à entidade, imprimindo também razoabilidade na decisão política de criação dessas autarquias especiais. Desta feita, a mera capacidade de expedir atos normativos de caráter técnico-científico não significa que se tem uma discricionariedade diferenciada. Mencionada especialização funcional corresponde tão somente a medida de gestão que busca eficiência e segurança jurídica no desempenho de suas funções.

3.2.1 Agências reguladoras: conceito, natureza e características.

As agências reguladoras no Brasil são autarquias constituídas em regime especial pertencente então à Administração Indireta dentro da estrutura organizacional estatal brasileira, sendo, pois, dotadas de personalidade jurídica de direito público. Desta feita, exerce atividade típica de Estado de forma descentralizada com alta especialidade técnica no ramo regulado, possuindo autonomia política, financeira e administrativa. Para sua criação depende de lei instituidora, que deverá determinar a sua organização e limitar sua área de atuação, conforme especifica do art. 37, inciso XIX²³ da Constituição Federal.

²³ Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

Seguindo as diretrizes acima expostas, Justen Filho (2016, p. 830), informa que as agências reguladoras “não se tratam de um poder autônomo em relação aos já existentes, como ocorre com o Ministério Público e com o Tribunal de Contas. Isso porque não há uma estruturação prevista na Constituição Federal que organize o seu pessoal e funcionamento”.

As autarquias de regime especial, que no Brasil são denominadas de agências reguladoras, são oriundas da Reforma Administrativa instituída pela Emenda Constitucional nº 18/1998. Bandeira de Mello (2015, p. 169), informa que “por não haver lei única e específica que delinear as características gerais do referido regime especial, cumpre aos administrados abstraírem no caso concreto a finalidade pretendida em cada entidade criada sob-regimento diferenciado”. Portanto, somente seria possível identificar se determinada entidade se trata de agência reguladora, se forem verificadas a sua natureza e as características diante da comparação com as demais autarquias.

Este tipo de pessoa jurídica possui uma maior estabilidade e segurança, para a escolha de seus dirigentes, que são nomeados pelo Chefe do Executivo, após aprovação do Senado Federal, terão mandato por prazo determinado, sendo coincidente com o mandato da autoridade nomeante. Ademais, referidos dirigentes somente podem ser demitidos em decorrência de prática de atos irregulares. As agências reguladoras observam regime jurídico aplicado às demais autarquias.

Em verdade, normativamente, é possível verificar a conceituação dessa entidade nas várias leis de criação das agências reguladoras brasileiras. Exemplo disso consta na Lei Federal nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), em que determina em seu artigo 21, parágrafo 2º, que “O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes”.

Essa definição também pode ser observada na lei da Agência Nacional de Águas, Lei Federal nº 9.984/2000, que prevê no artigo 3º que a criação da referida agência é feita sob a forma de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, possuindo autonomia administrativa e financeira, e “com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”.

(...)

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

As agências reguladoras no Brasil têm um papel de entidades administrativas independentes, cuja função é a gestão de vários setores da administração, com a finalidade de conceder respostas de caráter imediato para a população. A perspectiva deste modelo administrativo e normativo consiste na fragmentação das competências normativas e, conseqüentemente, a redução da intervenção política nestas decisões. Desta forma, sua competência de regular e fiscalizar a realização dos serviços públicos, através de sua atribuição de editar normas abstratas e gerais, de caráter infralegais, levando a uma prestação de serviços de qualidade, compondo conflitos e realizando a paz social.

Para corroborar tais características, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 757.971-RS, manifestou entendimento acerca do reconhecimento das agências reguladoras como entidades administrativas, cuja finalidade é “ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como para o consumidor/usuário”.

As funções exercidas pelas as agências reguladoras são, na verdade, as atribuições que anteriormente eram realizadas pelo Estado. Hoje esse papel cabe a estas entidades, que realizam a regulação, fiscalização, gerenciamento, revisão de tarifas, ouvirem o cidadão, aplicação de sanções, entre outras atividades administrativas no que concerne aos serviços delegados ao setor privado. Considerando a natureza preponderante das funções exercidas, a atividade pode ser de regulação de serviços públicos delegados e/ou de exercício de Poder de Polícia.

O autor considera que exercem regulação de serviço público as agências criadas para as hipóteses do artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, tais como ANEEL, ANATEL, ANTT e ANTAQ. Já as criadas para atender aos casos do artigo 177 da Carta Magna exercem a função inerente ao Poder de Polícia, a exemplo da ANVISA, ANS, ANP, ANA, ANCINE e ANAC.

Observa-se, portanto, a independência das agências reguladoras em referência ao ente estatal criador, pois não haveria supervisão dos Poderes Executivos e Legislativos, de forma que fosse equivalente a subordinação ou a hierarquia, havendo, apenas, uma tutela administrativa quanto à finalidade da autarquia.

Pelo exposto, é possível verificar que as agências reguladoras apresentam características próprias e necessárias para exercer a sua função normativa. De fato, a sua

definição como autarquia “especial” (diferenciada das demais) se deve à necessidade da autonomia administrativa e gerencial, a fim de que não se torne mero instrumento das ideologias político-econômicas do governo, de modo a assegurar a sua isenção para a efetiva consecução de seus fins, visando, sobretudo, ao atendimento ao interesse público.

3.2.2 Competência da agência reguladora – exercício do poder regulamentar

No que se refere ao efetivo exercício do poder regulamentar e o nível de independências das agências reguladoras no Brasil, há de realizar uma comparação entre a atuação das entidades nacionais com as agências norte-americanas. No caso brasileiro, ainda existem algumas questões que precisam ser observadas. No que se refere ao Poder Legislativo, possuem autonomia normativa diante da competência que possuem. Sobre o Poder Judiciário, as agências têm certa independência, pois tem a atribuição de resolver conflitos e aplicar sanções, que são análogas a função jurisdicional exercida por este poder. Quanto ao Poder Executivo, perceberemos certa distância, haja vista que seus atos normativos e decisórios não podem ser alterados ou revistos por autoridades externas ao próprio órgão. Tal grau de independência surge em razão das peculiaridades desta nação, cuja descentralização administrativa é maior entre os entes federativos.

Contudo, as agências brasileiras não dispõem do mesmo grau de independência, que é configurada com mais restrições em razão de seu próprio modelo de Estado e do regime Constitucional. Em relação ao Legislativo, seus atos normativos não podem desarmonizar com normas constitucionais ou legais, haja vista a força do princípio da Legalidade. Ademais, as agências sujeitam-se a controle e fiscalização do Congresso Nacional (artigo 49, inciso X²⁴, CRFB/1988) e a controle financeiro, contábil e orçamentário por parte do Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas da União (artigos 70 e seguintes da Constituição).

Ainda segundo a autora, as agências praticamente não dispõem de autonomia em relação ao Judiciário, podendo dirimir conflitos somente como última instância administrativa. Isso porque, em conformidade com o princípio da inafastabilidade da

²⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

jurisdição, não pode haver impedimento de o Judiciário rever decisões administrativas de quaisquer entidades públicas quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito.

Já em relação ao Executivo, existe uma maior autonomia, principalmente no que concerne ao mérito de seus atos, que não podem ser revistos nem alterados por outras entidades administrativas. Além disso, a concessão de estabilidade a seus dirigentes confere maior independência em comparação às demais entidades da Administração Indireta, cujos dirigentes ocupam cargo de confiança do chefe do Executivo. Contudo, Di Pietro contrapõe que existe controle das agências nos seguintes aspectos: tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se vincula; controle pelo Congresso Nacional previsto no art. 49 da CF/88; submissão à “direção superior da administração federal” do artigo 84, inciso II²⁵ da Lei Maior.

Para ilustrar referida tese, o Tribunal de Contas da União dispõe sobre o controle exercido sobre as agências reguladoras nos fundamentos da decisão exarada no processo de representação de nº 00611320141. Decidiu o tribunal que não cabe a ele a verificação do cumprimento das metas estabelecidas no contrato de outorga de serviços públicos. De fato, o controle do TCU ocorre, de forma imediata, sobre a função fiscalizatória da entidade reguladora, e, somente indiretamente, sobre a delegatária. Isso, por si só, demonstra a autoridade das decisões e da atuação das agências, que não podem sofrer intervenção direta de instituição a que não está vinculada.

No mesmo sentido, Justen Filho (2016, pp. 831 e 832) argumenta que, no direito comparado, às agências reguladoras são atribuídas competências “quase legislativas” e “quase jurisdicionais”, conforme disposto por Di Pietro. Contudo, para as agências brasileiras, o autor revela que somente é possível considerar que suas atividades possuem mera aparência de legislativas e jurisdicionais, sendo que existe titularidade somente para funções administrativas. Ou seja, essas entidades exercem funções de administração de diversas ordens, dentre elas a competência regulamentar para editar normas gerais e abstratas; e a competência decisória para resolver litígios em casos concretos de acordo com sua área de atuação, considerando a inafastabilidade da jurisdição.

Contudo, apesar destas limitações, não se pode concluir que as agências não têm papel relevante na organização do Executivo. Em verdade, elas representam uma inovação

²⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

expressiva no modelo gerencial público em razão da reorganização das competências no âmbito administrativo. Desta feita, a implantação dessa nova espécie de entidade da Administração Indireta evidencia a mutação do modo de organização estatal brasileira.

Por fim, todas as características da entidade em questão elencadas no tópico anterior influenciam na dimensão e na natureza do poder regulamentar exercido pelas agências reguladoras. Vê-se que existe uma pequena margem de liberdade normativa por parte das agências brasileiras, o que pode, em alguns aspectos, restringir a sua autoridade perante os agentes delegados. Entretanto, este é o modelo possível de ser empregado no Brasil em razão de suas peculiaridades jurídicas e organizacionais. Assim, para a redefinição estrutural e a ampliação de competências das agências, é necessário reformular alguns preceitos constitucionais, a exemplo da redução do controle de suas atividades por parte dos poderes Judiciários e Legislativos.

3.2.3 Teoria da captura e abuso de poder

Segundo Odete Medauar (2018, p. 67) as decisões das agências reguladoras são tomadas por um colegiado, sendo que seus dirigentes são escolhidos pelo chefe do Executivo dentre brasileiros de ilibada reputação, que possuam formação universitária e que tenham conhecimentos específicos dentro das funções que venham a exercer, devendo ser aprovado pelo Senado. O mandato dos dirigentes tem prazo determinado, sendo que só podem perder o cargo em caso de renúncia, de condenação em processo administrativo disciplinar ou de condenação por sentença transitada em julgado, podendo haver outras hipóteses previstas na lei de criação da agência.

A segurança referendada aos presidentes destas instituições tem por finalidade conceder autonomia e liberdade na tomada de decisões, na execução de regulamentos, na fiscalização, na aplicação de sanções, sendo considerada uma das mais importantes medidas para a agência reguladora assegurar sua autonomia e para evitar a chamada *captura* da entidade.

Nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo (2014, p. 147 e 194) a chamada captura consiste na usurpação dos “interesses do ente regulador por parte de um dos segmentos sociais regulados a ponto de tal influência traduzir-se em interferência estranha na regulação imparcial de mercados e setores de interesse relevante”. Trata-se de uma falha de governo

passível de causar a redução do bem-estar econômico e social, como resultado da efetivação de políticas inadequadas pelo Estado, o que pode comprometer seriamente o desenvolvimento do país.

A intervenção do Poder Executivo traria sérios prejuízos para os administrados, o que acarretaria modificações nas rotinas administrativas e intervenção nas decisões técnicas. Neste sentido, Figueiredo (2014), afirma que o chamado “risco de captura” ocorre quando se verificam determinadas circunstâncias na rotina gerencial das agências, tais como a falta de independência na tomada de decisões e a submissão a conhecimento tecnológico superior (da área regulada). No que se refere à gestão de pessoas, também propiciam a captura a ausência de firmes critérios de seleção de quadros técnicos e o modo de investimento e perda dos cargos de direção. Ademais, as agências devem se revestir de autoridade e poder de polícia, a fim de que sejam reconhecidas pelas instituições do segmento regulado.

Para Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2018, pp. 160 e 161), o alto grau de autonomia e da forte concentração de poderes das agências reguladoras, inclusive do poder regulamentar, aumentaria o risco de captura de interesses por grupos mais fortes econômicos e politicamente, em detrimento dos usuários do serviço delegado (incluindo consumidores). Nesse cenário, referidas agências passam a ser questionadas em relação à sua legitimidade democrática e à própria harmonização com o princípio da separação de poderes, haja vista a sua potência enquanto instituição ainda que vinculada à organização da Administração.

Contudo, o autor defende que não haveria razão em sustentar tal argumento, posto que seria possível manter esse modelo de agência reguladora em consonância com a ordem jurídica. Para tanto, torna-se necessária a observância de procedimentos que assegurem a democracia do processo regulatório, como a busca pela transparência e pela máxima participação popular possível na tomada de decisões e na elaboração de normas, podendo utilizar-se de consultas e audiências públicas.

De outro modo, a escolha de seus integrantes e dirigentes deve recair de forma a garantir a maior representatividade dos grupos de interesses diversos, a exemplo do governo, empresas e sociedade. Em complemento a essa ideia, a nomeação de seus colaboradores deve ocorrer após aprovação por entidade de representação majoritária do povo, como ocorre no Brasil, cujos dirigentes das agências reguladoras passam por aprovação do Senado Federal. Por fim, para certificar o controle isento de interesses externos, a teoria dos poderes neutrais (aplicada a entidades como os tribunais de contas e as agências reguladoras) reforça o

domínio democrático na regulação, posto que a tais instituições seja atribuída forte autonomia em referência às diretrizes políticas e governamentais.

No Brasil, o TCU reconhece o fenômeno da captura e já proferiu decisões, apontando a irregularidade de tal prática. Exemplo disso é o processo de relatoria nº 01262420179 em que houve a auditoria das atividades das concessões do PROCROFE (Programa de Concessões Rodoviárias Federais), em que o tribunal indicou como necessária a definição dos objetivos da entidade, a fim de que sejam verificados os fatores de risco potenciais, dentre eles a captura. Assim, a entidade conceituou esse fenômeno como “hipótese em que as concessionárias, e também representantes do Poder Concedente, usariam do modelo a fim de buscar proveitos próprios, valendo-se da autoridade reguladora”. Desta feita, a agência não mais estaria comprometida com o interesse coletivo.

Em razão dos aspectos da natureza jurídica das agências reguladoras, o exercício do poder regulamentar, assim como as demais atribuições, pode se tornar alvo da captura de interesses por parte de restrito grupo político-econômico. Portanto, considerando que a atividade reguladora possui forte impacto nas relações dos agentes delegados com consumidores e população em geral, seja tanto nos aspectos econômicos como sociais, a agência deve ser constituída e mantida visando à maior lisura e transparência em seus procedimentos, sempre resguardando os interesses mais diversificados das classes diretamente envolvidas. Por isso, as práticas democráticas se revelam como essenciais para fins de preservar o objetivo maior da agência, sem que haja qualquer tipo de abuso de poder.

3.3 AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Para se entender o processo de regulação no Brasil, há a necessidade de se pesquisar o modelo de governança que foi empregado no período imperial, e assim, poderão ser retiradas impressões de como foi realizado este processo no Brasil Colônia, criação dos primeiros modelos de autarquias, concessões, até o surgimento das agências reguladoras decorrente da formação do Novo Estado Brasileiro. Tem-se que compreender as ideias e as condutas tomadas historicamente, para que possamos entender o surgimento de institutos e a mudança nos modelos de governança. Nesse sentido, expressa Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Só se entende o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo à vista da Sociedade sobre a qual se projete. Sem um conhecimento das ideias que presidem a vida social e política em cada momento histórico não se compreende bem os conceitos jurídicos, nem as leis que imperam nesse momento. (GROTTI, 2006, p. 39).

Durante o Brasil Colônia, não existiam, inicialmente, serviços prestados diretamente pelo Estado, muitos destes, eram prestados por particulares, que em nome da Coroa Portuguesa, fiscalizavam as condutas sociais, negociais e econômicas em nome da monarquia. O Brasil naquele momento histórico era dividido em Sesmarias, cuja administração era entregue “representantes da Coroa Portuguesa”, que na realidade não eram servidores da corte, mas particulares que estavam a explorar e resguardar os interesses do colonizador.

Como se vê, naquele momento não havia uma presença forte, estabelecida do Estado, realizando qualquer tipo de serviço público, esses, por muitas vezes, ficavam a cargo dos particulares portugueses que por aqui estavam. Notadamente que a ideia de regulação na prestação de serviços no Brasil, não é algo recente, já se trata deste assunto desde o período colonial, pois, desde então, já existia um modelo de regulação na estrutura administrativa brasileira. O modelo apresentado era o da descentralização e da centralização. A primeira forma apresentava um Estado permissivo, no qual a prestação do serviço público poderia ser realizada através do particular. Já no segundo caso, a administração realizava a prestação do serviço, pois não acreditava que o setor privado possuísse capacidade para a prestação de um serviço público de qualidade.

Aranha (2015, p.106) informa que a “única atividade oficial era a chamada feitoria, que visava exploração da madeira para a indústria têxtil europeia. O pau-brasil estava submetido ao regime de monopólio português, utilizando-se dos mecanismos jurídicos da concessão e do arrendamento para a sua exploração”.

Em vários momentos históricos e distintos e de formas diferentes, o Brasil tratou sobre regulação de serviços. Para ilustrar estes momentos Aranha (2015), elencou quatro tipos de regulação e que foram observadas nas seguintes fases históricas: regulação patrimonialista (Brasil Colônia ao Primeiro Império); regulação desconcentrada, regulação concentrada e Estado Regulador. Vejamos o que expõe o autor no livro Manual de Direito Regulatório:

A primeira, regulação patrimonialista, que vigorou do Brasil Colônia ao Primeiro Império; a segunda, regulação desconcentrada, que perdurou do Segundo Império até os anos 30 do século XX; a terceira, regulação concentrada, da década de 30 ao

final da década de 80 do século passado e; a quarta, do Estado Regulador, atual forma de regulação pátria desde o final da década de 80. Na primeira, o Estado era tido como propriedade privada do soberano, com pequena prestação de serviço público. Havia centralização normativa sobre atividades reguladas, porém não havia intervenção direta estatal portuguesa – “por desinteresse do governo português em viabilizar, com recursos próprios, a colonização do Brasil” –, ou seja, descentralização operacional, com exceção das chamadas “feitorias”. Já a segunda fase, foi influenciada pelo liberalismo econômico, resultando na desregulamentação da atividade econômica, tanto normativamente quanto operacionalmente com intensa participação de capital estrangeiro. Quanto à regulação concentrada, como a própria designação indica, tanto regulação operacional quanto a normativa eram centralizadas pelo Estado Provedor, sendo fortalecida pelo nacionalismo. (ARANHA, 2015, p. 106-107).

Já na terceira e quarta fases, o Estado toma uma nova roupagem e modifica sobremaneira sua forma de regulador. Neste momento histórico, o Estado optou em realizar o papel de investidor e de prestador de serviços públicos, desempenhando uma função empresarial. Essa modificação de paradigma agigantou a máquina estatal, tornado-o bastante oneroso, ineficiente se sem resolutividade dos anseios da coletividade. Além disso, não possuía capacidade econômico-financeira para a realização de investimentos, que se faziam prementes para o desenvolvimento nacional. Por conta de sua ineficiência, o Estado passou a ter a apenas a função de inventivar, controlar, fomentar e coordenar as ações da iniciativa privada, assumindo, portanto, papel subsidiário no processo de prestação de serviços públicos.

Da análise do dispositivo citado, observa-se que o Estado passou a ter um papel subsidiário, ficando sob sua responsabilidade, apenas os serviços considerados essenciais, ficando a cargo dos agentes delegados, a prestação dos serviços que não eram considerados de prestação direta por parte do poder público.

Na situação assim definida, nasce o Estado Subsidiário, que abrange, tão somente, os serviços considerados indelegáveis. Neste rol de serviços, estaria a defesa nacional, seguridade, justiça, relações exteriores, legislação, fiscalização de atividades, definição de políticas e, podendo agir, ainda, intervindo diretamente nos serviços delegáveis apenas em situações excepcionais, quando os agentes privados não forem capazes de atender às demandas sociais.

Durante os anos 20 e 30, período em que ocorria um movimento político denominado de Revolução de 30, inicia-se um processo de descentralização das atividades do Estado. Segundo Caio Tácito (2002), esse período foi de grande relevância para essa descentralização, pois foram criadas várias autarquias, pessoas jurídicas que exerciam funções

administrativas, bem como ocorreram concessões para pessoas privadas nacionais e estrangeiras, de atividades industriais e de conotação de desenvolvimento econômico.

Após o início da República, a ideia de regulação dos serviços públicos no Brasil começa a ganhar relevância partir da década de 30, mas é com o jurista Bilac Pinto, que um modelo nacional começa a ser montado, tendo em vista que o método utilizado pelos Estados Unidos, não albergava as necessidades e as exigências presentes no Estado Brasileiro.

Para Pinto (1953), a percepção de utilidade pública, diferentemente do que era apresentado e defendido nos EUA, não poderia passar por um processo no qual fosse realizada por empresas privadas, mas, em terras nacionais, deveriam ser realizadas por entidades pertencentes à administração pública, instituições fortes, independentes, autônomas, frente às concessões dos serviços públicos, senão vejamos:

[...] no Brasil, embora exista, não apenas permissão, mas determinação formal e peremptória (A lei federal regulará...) da Constituição [desde 1937, a qual se refere], para que a regulamentação efetiva se faça, o que sempre faltou foi, precisamente, decisão política para realizá-la. (BILAC PINTO, 1953, p.21).

A visão jurista contemplou três prismas sobre como o regime de exploração de serviços, seriam realizados sob a ótica econômica. Assim, os dividiu em três formas de análises sob o enfoque econômico: a concessão e permissão, a economia mista e propriedade pública. Sob o prisma ao controle e fiscalização dos serviços dividi-os em: regulamentação contratual, regulamentação pelo Poder Público e regulação por comissões. O jurista teve muita importância na instituição, organização e criação de normas que tratavam sobre a regulação na prestação de serviços pelos particulares. Sua forma de pensar e de agir foram determinantes para a consagração destes princípios no Brasil, senão vejamos:

A Regulamentação puramente contratual, porém, está com a sua eleição prejudicada de antemão, pois não passa de uma pseudoregulamentação, impotente, ilusória e versátil. É tal o seu descrédito que, na literatura especializada, empregam-se as expressões - regulamentação efetiva, ou, simplesmente, regulamentação - para significar a regulamentação por comissões. (BILAC PINTO, 1953, p. 26).

Como visto o método aplicado no país, no que se refere à regulação contratual, estava presente em nosso ordenamento desde o Brasil Imperial, mas na Constituição do Estado Novo em 1937, o art. 147 desta Carta expressou que deveria haver fiscalização das

empresas prestadoras de serviços, bem como fossem revisadas as tarifas por esta cobradas. Notadamente que se busca realizar um controle da atividade pública exercida pelos particulares. Esse controle ficou a cargo das comissões, mas este instrumento jurídico teve dificuldade de sua implementação, por conta da não regulamentação do artigo constitucional supracitado.

Segundo este entendimento, Pinto expressa que o seguinte:

Serviços públicos concedidos não podem ficar isentos de controle por parte do Estado. Ora, o nosso sistema de controle era o contratual. Este acaba de ser abolido em um dos seus elementos essenciais, que era a fixação das tarifas no próprio instrumento contratual. Impõe-se, por conseguinte, providências de ordem legislativa (PINTO, 1953, p. 49).

Especificamente, em razão do modelo proposto pelo jurista, se observa a necessidade de se criar órgãos que tenham como objetivo primordial, fiscalizar e regular as atividades exercidas pelo mercado, bem como a prestação dos serviços públicos pelo particular, com o intuito de realizar um efetivo controle, através de agências, das atividades que deveriam ser prestadas pelo poder público, mas que foram entregues para o setor privado para seu exercício. Por conta desta solução jurídica apresentada, Bilac Pinto foi convidado por Getúlio Vargas para apresentar uma proposta de regulação por parte destes órgãos. Ocorreu que o modelo através de comissões, não foi implementado por Vargas.

Durante o período militar, mais especificamente no governo de Castelo Branco, os pensamentos de Bilac Pinto levaram a edição do Decreto-Lei de n.º 200/67, que criou uma série de pessoas jurídicas, e assim, o processo de descentralização administrativa no Brasil. Este modelo perdurou no Estado brasileiro até a Nova Ordem Constitucional de 1988, onde um novo estado nasceu para os brasileiros.

Com o início do processo democrático, se fez necessário fundar um novo modelo de Estado, fato que se consumou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos direitos foram criados, levando o cidadão a um patamar que outrora não possuía no ordenamento jurídico brasileiro. Estas garantias precisavam sair do texto constitucional e fazer parte da vida do povo brasileiro, logo, havia a necessidade que estes dispositivos normativos fossem regulamentados.

Segundo Silva (2011, p.89), a Carta Magna “é um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a

Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”.

Após a formação do novo modelo político e administrativo e de um período de grande dificuldade econômica, financeira e orçamentária, a administração pública brasileira tinha que dar uma resposta à sociedade, logo, teria que realizar, de forma direta ou indireta, os serviços públicos com qualidade para o cidadão brasileiro.

Diante das dificuldades mencionadas além de uma nova visão acerca do papel do Estado, a Carta trouxe em seu texto a opção da forma de como o Poder Público poderia realizar seu *mister*. Neste intuito, indicou quais os serviços que seriam monopólios do Estado e observou alguns que não tivessem a obrigação de controle exclusivo da administração pública, abrindo a possibilidade de delegação para o setor privado. Neste sentido, Justen Filho (2005, p. 99), assevera que “os limites do monopólio estatal das funções administrativas dependem de escolhas realizadas pela Constituição e pelas leis”, sendo variável ao longo do tempo e diferenciado nos vários países.

Notadamente que a nova Ordem Constitucional optou por um regime de desestatização, pois entendia que operacionalmente, o Estado poderia intervir bem menos de forma direta, deixando ao setor privado esta prerrogativa, realizando apenas sua fiscalização e regulação, tentando assim, solucionar o problema relativo ao tamanho da máquina estatal e torná-la eficaz. Neste sentido, expressa Bresser Pereira:

A reforma do Estado envolve quatro problemas que, embora interdependentes, podem ser distinguidos: (a) um problema econômico político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial - a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico-administrativo - a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar. (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 49).

Assim, diante das novas realidades, era necessário discutir a nova forma em que se organizariam os serviços públicos, principalmente, os que fossem objeto da descentralização administrativa. Vários foram os momentos de modificação desta realidade e nos próximos tópicos, o assunto será versado.

3.3.1 O Estado Administrativo brasileiro e sua ideia de regulação.

Há muito se tentava a instituição do Estado Regulador, mas as tratativas nesse sentido, não tiveram êxito, pois o Estado brasileiro figurava como empresário. A ideia de Estado regulador, difundida pelo mundo a partir da década de 80, ganhou relevância no Brasil nos anos 1990. A atuação estatal até esse período era tida como direta, atuando na produção de bens e prestação de serviços.

Com a Nova Ordem Constitucional, é erigido um novo patamar normativo e governamental, abrindo a possibilidade de o poder público deixar de ser empresário, provedor, passando a exercer outras funções, como a de planejamento, fiscalização e regulação, exercendo assim o seu poder polícia, sobre as atividades que viessem a ser exercidas pelo setor privado. A atuação estatal tinha por finalidade, segundo Grau (2015, p.82), ter uma “previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”, cujo intuito era a manutenção dos serviços públicos prestados com qualidade e eficiência.

A Carta Constitucional de 1988 disseminou uma nova fase do Estado, agora como um ente atuante na economia, mas, neste modelo, o poder público atua de forma indireta, realizando a fiscalização, controle e regulamentação dos serviços. A demonstração desta nova forma está prevista nos artigos 173 e 174²⁶, que, comprovam que o Estado deixa de ser o

²⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

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

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

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

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

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

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

provedor direto dos serviços públicos e passa agir de forma subsidiária na economia. Este novo modelo surge com o nascimento de um novo princípio, o princípio da subsidiariedade.

Nessa perspectiva e de uma nova condição social e política, algumas empresas pertencentes à União começaram a sofrer um processo de desestatização, ou seja, passaram a ser comandadas ou concedidas ao setor privado. Notadamente, que muitas prestavam serviços de relevância para a população, logo, o poder público, mesmo abrindo mão de seu comando e hegemonia em vários serviços públicos, não poderia deixar de supervisionar e normatizar a sua prestação. A prerrogativa da prestação do serviço continuava com o Estado, que poderia de acordo com o art. 175 da Constituição Federal de 1988, prestá-lo de forma direta, ou indireta.

Diante das razões acima expostas, o Estado não possuía condições de manter determinados serviços e viu como saída para melhorar sua contraprestação, realizar a descentralização destes, que passariam ser realizados por outorga ou delegação. A outorga se dá através de criação de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e a delegação, se dá através do processo de concessão ou privatização para pessoas jurídicas de direito privado.

Para Bandeira de Melo (2015), a outorga ocorreria quando da transferência de forma definitiva da titularidade do serviço público por parte do poder central, para uma pessoa jurídica pertencente à administração pública indireta, que possuirá autonomia administrativa, econômica e financeira, desenvolverá a atividade em seu próprio nome, não em nome quem a outorgou e não possui prazo estipulado para a consecução dos serviços. Deve ainda ser realizada mediante autorização legislativa. Na delegação, existe a autorização legislativa, processo licitatório, sendo por prazo determinado, transferido ao particular, para que, por sua conta e risco, realize a prestação do serviço, através do processo de concessão ou privatização, ficando o Estado com o dever de fiscalização.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Com esta finalidade, o legislador incluiu no texto da Carta Maior, a possibilidade de diretamente, ou através do regime de permissão ou concessão, a prestação de serviços públicos, conforme dispõe o art. 175 da CF/88²⁷.

Neste período, muitas empresas passaram por este processo, principalmente as voltadas ao setor de telefonia, transportes terrestres, aviação, energia e prestação de serviço de água e esgotamento sanitário.

3.3.2 O processo de regulação pós-constituição de 88 - as agências reguladoras e a regulamentação do serviço de saneamento

No intuito de regulamentar, fiscalizar os bens e serviços pertencentes ao poder público e inerentes ao cidadão foram criadas autarquias federais que foram denominadas de agências reguladoras. Estas entidades autárquicas tinham como finalidade precípua, realizar a fiscalização da prestação dos serviços públicos, organizá-los, bem como, regulamentar sua prestação, evitando que o cidadão sofresse prejuízos em decorrência da atuação do setor privado.

Neste sentido, o art. 241 da Constituição/88²⁸, após a redação concedida pela EC/19 de 1998, abriu a possibilidade do poder público, através de consórcios públicos e/ou convênios de cooperação, realizar a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Conforme citado acima, o Estado é o responsável pela prestação de serviços públicos ao cidadão, podendo, estes, serem delegados ou outorgados, de acordo com o tipo de serviço,

²⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

²⁸ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

finalidade, objetivo do estado, mas, devendo sempre, observar o interesse da sociedade, ou seja, a Supremacia do Interesse Público Primário.

Com a Carta Política, que formou o novo Estado Brasileiro, alguns dispositivos foram incluídos na Constituição e que possuem a previsão sobre a possibilidade de delegação dos serviços públicos. O inciso XXVII, do art. 22²⁹, versou que competiria privativamente à União legislar sobre normas gerais de contratação. Além deste dispositivo, podemos citar ainda como exemplo, os artigos 175 e 241 acima mencionados, que tratam sobre a concessão e permissão de serviços públicos.

Para que pudessem ter efetividade, estes dispositivos normativos precisavam ser regulamentados, logo em 13 de fevereiro de 1995, foi editada a Lei de n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Como menciona o art. 22 da CF/88, cabe a União legislar sobre as contratações em geral e em todas as modalidades, bem como da análise das disposições contidas na Lei de n.º 8.987/95, estas normas tem aplicação à União, Distrito Federal, Estados e Municípios que deverão adequar sua legislação local as realidades trazidas pelas normas federais e pela própria Constituição. Nesse sentido, expressa Odete Medauar:

Antes da Lei nº 8.987/95, o Estado de São Paulo já editara a Lei nº 7.835/92, disciplinando as concessões e permissões de serviço público no seu âmbito. A Lei nº 9.074/95, no art. 2º, veda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios outorguem concessões e permissões de serviço público sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada esta nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, na Constituição Estadual e nas Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, observados os termos da Lei nº 8.987/95. No art. 1º, a Lei nº 9.074/95 elenca os serviços e obras públicas, de competência da União, passíveis de concessão e permissão: vias federais, precedidas ou não de obra pública; exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações; estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso públicos, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedido ou não de obras públicas; serviços postais (esse serviço foi acrescentado ao art. 1º pela Lei nº 9.648, de 27.5.1998). (MEDAUAR, 2018, p. 323-324).

O novo sistema de prestação de serviços vigente no país exigiu do Estado brasileiro uma participação mais efetiva na normatização e supervisão destes serviços, papel que era

²⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

exercido pelo Poder Público, mas de forma direta, já que não existia o modelo das agências reguladoras. As funções inerentes a estas entidades especiais eram realizadas por qualquer órgão da administração pública.

Notadamente que o método utilizado para a fiscalização dos serviços públicos que não eram prestados diretamente pelo Estado, não possuía uma natureza jurídica específica, hora era realizada pelo poder central, em outro momento por órgão da administração indireta. Como se vê, havia a necessidade da institucionalização de uma pessoa jurídica própria para este tipo de serviço, com personalidade própria, liberdade, sem intervenções diretas do poder público.

Para atender estas demandas, em 1967 foi editado o Decreto-lei de n.º 200, que no seu art. 5º, I³⁰, criava as autarquias especiais, que exerceriam o papel de agências reguladoras, pessoas jurídicas de direito público interno, independentes, pertencentes à administração pública indireta e que realizariam a fiscalização e a regulamentação dos serviços públicos não prestados diretamente pelo Estado.

A partir deste momento, surge a necessidade do Estado delimitar o papel que seria realizado pelos prestadores de serviços públicos, já que caberia após a edição do Decreto às agências a prerrogativa de exercer a função de mediar, regular, fiscalizar o funcionamento e realização de investimentos por parte dos serviços prestados por particulares.

Como citado, o Estado Brasileiro nas últimas décadas, segue uma tendência mundial, desenhando uma nova estrutura de governo de políticas públicas, passando por um período de privatização e concessão de serviços públicos para particulares. Desta forma, estas entidades especiais são relevantes para o nosso Estado de Direito, pois alguns serviços se desgarram sobremaneira das amarras do Estado.

Com a edição da Lei de n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, que regulamentam as disposições constantes no art. 175 da Constituição Federal. Nesse contexto, Odete Medauar expressa o seguinte:

³⁰ Art. 5º Para os fins desta lei considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

É nesse novo contexto que se editou a Lei nº 8.987, de 13.2.1995. O conteúdo da lei, no geral, não representa novidade. Estudiosos do direito administrativo estão familiarizados com as notas características da concessão. A novidade encontra-se na própria disciplina legislativa; a Constituição Federal de 1934 já previa, no art. 137, que lei federal regulasse a fiscalização e revisão dos serviços concedidos; por sua vez, as Constituições de 46 e 67 e a Emenda Constitucional nº 1/69 previam edição de lei sobre o regime das concessionárias de serviços públicos, e tal lei nunca foi promulgada. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, que, no parágrafo único do art. 175, abriga preceito semelhante, foi editada a lei das concessões. Promulgou-se também a Lei nº 9.074, de 7.7.1995, que arrola serviços e obras públicas de competência da União, passíveis do regime de concessão ou de permissão, e dispõe sobre os serviços de energia elétrica. As Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95 tiveram alguns dispositivos alterados por leis posteriores. (MEDAUAR, 2018, p. 319-320).

Segundo determinação da Carta Maior, em seu art. 37, XIX³¹, as agências reguladoras são pessoas jurídicas de Direito Público, criadas por lei específica, na modalidade de autarquias especiais, que possuem autonomia frente à Administração Direta, maior estabilidade de seus dirigentes, mandato por prazo fixo, podendo perdê-lo somente nos casos previstos em lei. Todas estas prerrogativas concedem maior liberdade para o gestor e estabilidade nas decisões.

Como se vê, as agências reguladoras são verdadeiras autarquias, de caráter especial e que realizam um trabalho de fiscalização, regulação, mediação, com autonomia política e financeira, junto às empresas privadas, cumprindo assim seu papel definido constitucionalmente. Além da Constituição Federal, o art. 41, inciso IV³², do Código Civil brasileiro define que as autarquias possuem personalidade jurídica de direito público interno, embora pertença a administração pública indireta.

A escolha por este modelo se deu pelo fato da maior independência que as entidades autárquicas teriam frente à administração direta, pois estas entidades teriam autonomia administrativa, financeira, econômica, orçamentária, ficando independente da entidade que as criou.

³¹ 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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#).

(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#).

³² Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

(...)

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; [\(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

Desta forma, as autarquias não ficariam, nas amarras, na dependência da entidade criadora, podendo buscar seus objetivos específicos sem qualquer interferência, pois como dito, possui autonomia para realizar suas atividades precípuas, no caso a fiscalização e regulação de serviços públicos. Seguindo nesta trilha jurídica, Caio Tácito (2002), especificou que autarquia em regime especial, não possuía grandes diferenças das autarquias em geral, pois se trata de uma pessoa jurídica, criada por lei, apenas com maior autonomia, com funções e privilégios específicos. Há de se destacar que a lei que trata sobre a administração pública federal, não faz menção sobre qualquer diferença existente entre as autarquias em geral e as autarquias especiais.

Como se vê, o Estado passou a realizar a descentralização dos serviços públicos, transferindo atividades tanto para pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como para o setor privado mediante concessões, parcerias e privatizações. Nesta senda, Meirelles (2015, p. 712) define a desconcentração administrativa como “a repartição de funções entre os vários órgãos (despersonalizados) de uma mesma Administração, sem quebra de hierarquia, e a execução da atividade ou prestação de serviço é direta e imediata”.

A repartição destas funções gera a desburocratização dos serviços, pois concede autonomia operacional aos órgãos, que acompanharão e irão gerir as pessoas jurídicas prestadoras de serviço, sem a necessidade de uma intervenção direta ministerial. Para tanto, necessitamos definir o que significa regulação, especificar na doutrina a conceituação deste termo jurídico. Pedro Figueiredo define a regulação como:

Atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daqueles serviços, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução. (FIGUEIREDO, 1999, p.40).

A regulação tem um papel fundamental, que é o de resguardar os interesses do Estado, e, principalmente, os interesses do consumidor, cujo o intuito é o de desburocratizar e viabilizar uma prestação de serviço de qualidade, atendendo aos anseios da coletividade. Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto expressa que:

A ideia é sempre harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais. Daí porque a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado. (SOUTO, 2000, p. 130).

Ainda neste contexto, Odete Medauar expressa a regulação como:

A edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento; a atribuição de habilitações (p.ex.: autorização, permissão, concessão); a imposição de sanções; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, por exemplo: consulta pública, audiência pública; celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento). Não se inclui necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor, mas seria viável a contribuição das agências para tanto, com a participação de representantes de todos os segmentos envolvidos. (MEDAUAR, 2003, p.127).

Analisando os conceitos doutrinários ora expostos, observa-se que as agências reguladoras têm como função precípua a de controlar, normatizar as autorizações, permissões e concessões que o Poder Público realiza para os particulares. Embora a prestação de serviços seja repassada para terceiros, cabe ao Estado supervisionar a sua prestação. Não é pelo fato de passar para o setor privado, que o serviço deixa de ser um serviço público.

Desde o histórico da formação do Estado que este e as instituições jurídicas possuem vinculação intrínseca e se desenvolvem de acordo as questões de caráter social, econômico, política e ideológica. Notadamente que as questões históricas e as exigências de uma realidade premente, exigem uma sinergia destes para sua sobrevivência. Como parte do Estado e das instituições, o serviço público também está sujeito a estas alterações para que mantenha sua finalidade e funcionalidade.

O Estado e as instituições jurídicas prestam atividades à sociedade em geral, a qual se deu o nome de serviços públicos. Para Meilán Gil (2011, p. 11-12), “atribui-se a Rousseau o uso originário da expressão serviço público. Em um texto do *Contrat Social...*”, a expressão aparece pela primeira vez, abrangendo qualquer atividade estatal. Esta atividade, segundo Rousseau, traria a satisfação dos anseios da coletividade, bem como atribuiria ao Estado o cumprimento de uma obrigação, de um dever soberano e não de uma atividade privada.

A sociedade necessita da intervenção do poder público, para que os serviços sejam prestados com qualidade, pois a ideia da desconcentração é desburocratizar e melhorar a prestação dos serviços ofertados pela administração pública.

3.3.3 O processo de regulamentação do serviço de saneamento.

A concepção de serviço público sofre relevante modificação na primeira metade do século XX, pois deixa de seguir as convicções de Rousseau, do celebrado pacto social individual e parte para uma ideia de pacto social coletivo, objetivo, positivo, abandonando os princípios metafísicos e do direito natural. Esse pensamento ficou conhecido como a Escola do Serviço Público, Escola de Bordeaux, ou Escola Realista, e tinha como seu principal expoente o jurista publicista Francês Léon Duguit.

Segundo o jurista Francês o Direito deveria ser modificado diante das realidades e necessidades da coletividade e não da vontade do Estado, deveria sofrer mutações, sempre visando os interesses da sociedade e o bem comum.

É reconhecida a teoria de Duguit segundo a qual os serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado. Para o autor, o Estado não teria sido criação do pacto social nos moldes de Rousseau, mas diante de uma situação histórica, de um fato social e não de sua própria vontade. Afirma ainda, que a Escola do Serviço Público leva em consideração o realismo jurídico, a metodologia positivista, abandonando a metafísica e as demais concepções do direito natural.

Para Duguit (1926), “o princípio de todo o sistema do direito público moderno acha-se resumido na seguinte proposição: os que de fato detêm o poder não têm um direito subjetivo de poder público; mas eles têm o dever de empregar seu poder em organizar os serviços públicos, em assegurar e realizar seu funcionamento”.

Seguindo este paradigma, os novos pensamentos pós-constituição de 88, levam a ideia de uma descentralização administrativa e um papel subsidiário do Estado, onde este passaria a normatizar os serviços públicos, deixando sua prestação por conta dos particulares e da administração indireta. Neste trilhar a Constituição Federal expressou a possibilidade da concessão dos serviços públicos, em seu art. 175, que posteriormente foi regulamentado pela Lei de Concessões e Permissões.

Segundo a previsão da Lei nº 8.987/95, em seu art. 2º, II, concessão de serviço público seria a “transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Dentro desse contexto e com a finalidade de regulamentar o artigo 241 da CF/88, foi editada a Lei de n.º 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais voltadas ao serviço de saneamento, cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico, altera a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação dada pela Medida Provisória nº 868, de 2018).

Nos artigos 8º, 9º e 10º³³, especifica sobre a possibilidade de delegação dos serviços públicos de saneamento, bem como a organização das políticas públicas, como estas serão

³³ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 3º A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na [Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 \(Estatuto da Metrópole\)](#). [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

Art. 8º-B. No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

II - prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

III - definir os parâmetros a serem adotados para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

IV - estabelecer os direitos e os deveres dos usuários; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

V - estabelecer os mecanismos e os procedimentos de controle social, observado o disposto no inciso IV do **caput** do art. 3º desta Lei; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

VI - implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional; e ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o **caput** deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do [art. 175 da Constituição Federal](#), vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no [art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), além das seguintes disposições: ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#). ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

§ 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

prestadas, se diretamente, ou através de delegação, com definição do responsável pela regulação nestes casos, os procedimentos de atuação e as agências que deverão realizar a fiscalização da prestação de serviço.

Como se observa, este novo modelo de prestação de serviços público possibilitou ao gestor optar entre a prestação direta dos serviços públicos, ou de forma descentralizada, concedendo autonomia administrativa, financeira e econômica, podendo ser prestados por vários tipos pessoas jurídicas, de forma regionalizada, devendo, apenas, estas prestadoras serem fiscalizadas, reguladas pelo Poder Público, através de suas agências reguladoras.

3.3.4 O objetivo 06 da ONU - Água Potável e Saneamento – a ideia do desenvolvimento sustentável no Brasil

Notadamente que existe um apelo em todo mundo para que as nações tomem medidas para que o mundo experimente um desenvolvimento de forma sustentável e de forma com que se encerre com as desigualdades sociais, dentre elas, as que dizem respeito ao acesso a água e ao saneamento. Estes dois instrumentos são caminhos que garantem a vida e a saúde, desta forma, a iniciativa da Organização das Nações Unidas em criar objetivos para que os signatários possam cumprir até 2030, é uma atitude inovadora e desafiadora nesse papel de melhoria das condições humanas.

Essa ideia iniciou em 2015, quando representantes de 193 de países membros da ONU, estiveram reunidos em Nova Iorque para traçar metas que tinham como finalidade precípua, o fim da pobreza em todas as suas espécies e dimensões. A concepção era a de que se conseguissem cumprir estes objetivos, conseguiria um levar a humanidade a um desenvolvimento sustentável, mesmo sabendo que estavam diante do maior desafio global.

Os países participantes assumiram o compromisso de colocar em prática em 15 anos, as ousadas e transformadoras metas que modificariam sobremaneira a comunidade internacional, inclusive, a realidade brasileira. Entre os objetivos, este tópico irá se ater ao saneamento, que é uma das metas que o Brasil procura solucionar, inclusive quando

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

da publicação de uma nova norma sobre o assunto, visando erradicar a pobreza e promover vida digna para todo o seu povo.

Para atender a este compromisso, foi discutida e publicada uma nova norma acerca do saneamento, onde mudou a ideia sobre a prestação deste serviço, bem como a entidade especial que ficaria responsável pelo controle, regulação e fiscalização das atividades.

O novo Marco Regulatório, instaurado pela Lei de n.º 14.026/2020, de 15 de julho de 2020, o poder público teve como finalidade promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, tendo como fundamento a percepção aos princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços, estimulando a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços.

A ideia do legislador foi de criar uma ambiência de cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a sua universalização e a modicidade tarifária, possibilitando a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais, incentivando a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços, assegurando a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, seguindo as disposições inovadoras que foram incluídas no art. 12 da Lei de n.º 11.445/2007³⁴.

³⁴ Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização.

§ 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos:

I - as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;

II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;

III - a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços;

IV - os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso;

V - o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município.

§ 2º O contrato a ser celebrado entre os prestadores de serviços a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos:

I - as atividades ou insumos contratados;

II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos;

III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação;

IV - os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades;

O citado Marco do Saneamento brasileiro trouxe em sua essência a ideia de realizar a universalização deste serviço básico até o ano de 2033, com uma meta ousada de ter 99% de cobertura na oferta deste serviço público. Segundo o legislador, a Administração Pública não possuiria condições de realizar os investimentos necessários para atingir a difusão da água e saneamento para toda a população, logo, caberia ao setor privado realizar esse papel.

O entendimento dos agentes políticos é o de que as empresas estatais, não teriam mais condições técnicas, econômicas, logo, não poderiam mais de forma direta, realizar este tipo de serviço. Segundo a nova disposição normativa, os entes federados deverão abrir procedimento licitatório, para que qualquer interessado que possua expertise, recursos, metodologias, estratégias e orçamento, necessários exigidas no edital, possa vencer o certame e prestar o serviço com propriedade e com a modicidade da tarifa.

No que se refere à supervisão e normatização, houve uma centralização da regulação, onde a ANA – Agência Nacional de Águas – teve sua competência ampliada e passará a ser a autarquia especial responsável pela regulação deste setor. Há de se destacar que a Constituição Federal trazia em seu corpo as competências de cada ente federado, mas no que se refere a esta entidade normativa, a nova legislação concentrou na agência toda esta competência, o que contraria a repartição de prerrogativas.

Anteriormente a este paradigma, muito se discutia acerca da intervenção do Poder Judiciário no que tange a regulação entidades pertencentes ao Poder Público, pois havia uma discussão sobre a necessidade de regulação, quando o serviço público fosse prestado pela própria Administração, mas de forma indireta.

Entretanto, há de se destacar que a Constituição versou sobre as competências dos entes federados no que tange a tratar sobre os assuntos que seriam de seu interesse, notadamente no que se refere à regulação dos serviços públicos, onde caberia a cada um,

V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato;

VI - as condições e garantias de pagamento;

VII - os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação;

VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais;

IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento;

X - a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados.

§ 3º Inclui-se entre as garantias previstas no inciso VI do § 2º deste artigo a obrigação do contratante de destacar, nos documentos de cobrança aos usuários, o valor da remuneração dos serviços prestados pelo contratado e de realizar a respectiva arrecadação e entrega dos valores arrecadados.

§ 4º No caso de execução mediante concessão de atividades interdependentes a que se refere o caput deste artigo, deverão constar do correspondente edital de licitação as regras e os valores das tarifas e outros preços públicos a serem pagos aos demais prestadores, bem como a obrigação e a forma de pagamento.

legislar e criar suas próprias instituições, mas uma lei federal modificou estas prerrogativas, mesmo sendo hierarquicamente inferior a Carta Magna, o que faz com que esta legislação, padeça de Constitucionalidade.

Para que se consiga alcançar a eficiência desejada, há de se destacar a necessidade da consistência na fundamentação das decisões, para que assim se possa realizar a operacionalização do Direito. A aplicação do Direito preservaria a unidade jurídica e segundo MacCORMICK, (2006, p. 197), “a coerência significa que as inúmeras normas de um sistema jurídico devem fazer sentido quando consideradas em conjunto”.

Um trecho do autor auxilia a compreensão desse entendimento: “conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou ‘concretas’ dessa norma”.

Dentro dessa ideia de um sistema jurídico coerente, levando em consideração as exigências do bem comum e a consecução de serviços públicos de qualidade e que atendam a população, é imperioso que haja uma divisão de funções por parte dos entes federados, para a garantia de que não haja usurpação de funções e conseqüentemente, se observe a cooperação e a oferta de políticas públicas a toda a sociedade. O sistema federalista implantado no Brasil terá papel importante na divisão destas prerrogativas e funções.

4 O SISTEMA FEDERALISTA E AS DIVISÕES DE PRERROGATIVAS NA ÁREA DE SANEAMENTO DOS ENTES ESTATAIS

Dentro de uma concepção de união de Estados, cujo intuito é o de formar um ente único, surge o federalismo. Neste modelo político, os entes federados resguardam parte de sua autonomia política, enquanto as questões ligadas à soberania ficam a cargo da unidade federal, que jamais pode perdê-la. Esse modelo permite a compatibilidade de diversas entidades públicas em diversas esferas, cujas competências e funções são estabelecidas pela Constituição Federal. Notadamente que a principal particularidade do federalismo é a descentralização.

É uma sistemática que existe desde a antiguidade, pois o homem sempre possuiu uma ideia de formar alianças, tendo em vista a necessidade de defender seus interesses econômicos e sua própria segurança, portanto, a essência de associação esteve sempre presente. Como exemplo destas alianças, temos a cidade-estado que era autônoma e independente. Nesta senda, Loewenstein (1970), menciona como exemplo as ligas ou sinoikias délica, antifictônica, helênica e acaiana na Grécia antiga. A política grega nesse período tinha como bases a autonomia da cidade-estado, que permaneciam independentes, bem como a descentralização política.

Mas há de se destacar que esse paradigma grego, não condiz com a concepção de federação que se observa nos dias atuais. Nesse sentido Bonavides (1980), expressa que a união federativa muito embora fosse uma ideia familiar aos gregos antigos, o era em uma perspectiva mais elementar e menos consistente do que a noção moderna de Federação, muito mais se assemelhando à ideia de Confederação - já um tanto quanto ultrapassada nos dias atuais - alicerçada em um tratado ou aliança entre Estados cuja soberania era preservada pelo pacto.

Além desse período, a doutrina coloca que o federalismo teria surgido com o Barão de Montesquieu, quando da conceituação de república, outros informam que seria objeto da formação da Constituição Americana em 1787, sem um delineamento preexistente, tendo como finalidade atender, acolher deficiências práticas, por meio de uma fórmula híbrida capaz de compatibilizar a existência de Estados individuais, com um poder central dotado de faculdades para bastar-se por si mesmo na esfera de suas funções.

Baracho (1986) informa que esta característica tornou possível a organização política racional de grandes espaços, debaixo de relações de paridade entre as partes componentes, ao mesmo tempo em que é particularmente próprio para salvaguardar a existência de nações

culturais, dentro de uma organização estatal ou nação política. De sorte que este fenômeno é importante no que refere à organização do Estado, versando sobre aspectos político-institucionais, sociais, coadjuvando com os fundamentos da federação.

4.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E O FEDERALISMO

As ideias democráticas editadas e fundamentadas no século XX têm uma concepção abstrata de que as decisões de um grupo são relevantes, quando são decididas por uma maioria daquela coletividade, deixando, assim, em segundo plano as questões importantes pertencentes às minorias.

Notadamente, que esta conduta revela que a democracia não concede o seu objeto prometido, que seria a prerrogativa de interferir nas decisões que afetam a sociedade, ou seja, o membro que optou pela conduta derrotada, não terá qualquer influência nas decisões posteriores. Nesta senda, conforme especifica Thoreau (1960, p. 231), “uma minoria é impotente enquanto está em conformidade com a maioria; não é mesmo uma minoria, então”.

Desta forma o movimento democrático, particularmente nos pequenos grupos, servirá como mecanismo de desagregação popular e ditatorial, pois estas minorias ficariam menosprezadas pelo modelo de participação social na escolha de seus caminhos. Assim observou Calhoun (1953, p. 29), quando versou que a maioria numérica “é tão verdadeiramente um único poder – e exclui os contrários tanto quanto o governo absoluto de um ou poucos”.

No mesmo caminho, poderia se observar questões inerentes as prerrogativas e competências dos poderes constituídos e dos entes federados, onde uma invasão em algum dos círculos, se tendo a chancela da maioria, poderia levar ao cometimento de um abuso de poder, uma usurpação, validado pelo “sistema democrático”.

No sistema de freios e contrapesos, onde os poderes constituídos deveriam conduzir-se evitando os excessos um dos outros, parece não funcionar no estado brasileiro, pois as condutas observadas levaria a percepção de que esse sistema não funcionaria no país. O que se verifica é que quando a nação possui alguma questão relevante, de caráter nacional, os três poderes agem em conjunto, cada um, dentro de seu papel institucional, o executivo atua, o legislativo consente e o judiciário outorga. Como se vê esta não é uma conduta de limitação que foi pensada e elencada no texto constitucional, configura-se, na verdade, como uma aquiescência ou uma omissão.

No que diz respeito ao funcionamento do sistema constitucional de “freios e contrapesos”, o Brasil é hoje um ponto fora da curva no contexto internacional. Outras democracias constitucionais parecem comprovar um padrão de atuação amplamente documentado na literatura, quando emergências nacionais ocorrem, o executivo age, o Congresso consente e os tribunais deferem.

Para dar continuidade a este estudo, é patente que seja realizada uma conceituação do que vem a ser o federalismo e onde se sustentam suas bases históricas e ideológicas, que corroboraram com a construção de um sistema moderno para a ciência política.

4.1.1. Uma ideia conceitual de federalismo

O modelo de Estado Federal é uma construção moderna, tendo a ciência política argumentado sobre a matéria nos últimos três séculos. Este paradigma tem modificado e de forma relevante, trazido inovações as Constituições, notadamente ao que se refere a repartição das competências dos entes federados.

No sentido de ainda tentar definir melhor o que seria o Federalismo, percebe-se a necessidade de conceituar o que seria a palavra Federal. Este termo é derivado do latim *foedus*, que vem a significar a palavra pacto. Torna-se clarividente que o sistema federativo está albergado no fundamento de uma grande parceria.

A Constituição Federal de cada país é que terá o papel determinante e exponencial para definir a dinâmica das relações entre as unidades federadas, bem como do arcabouço jurídico que irão determinar as prerrogativas e limites dos entes federados.

Para tanto, há que se delinear, qual seria o conceito de federalismo, algo que é bastante controverso nos contornos teóricos. Nesse trilhar Hesse (1998), especifica que devemos entender o federalismo como um princípio político fundamental, que tem como objetivo unificar totalidades políticas diferenciadas em um conjunto de regras comuns, postas de modo a efetivar uma colaboração comum entre seus componentes.

O autor ainda prossegue dissertando que somente o Poder Constituinte pode fundar o Estado Federal, propondo seus delineamentos, limites e informando quais as competências de cada um de seus entes, concedendo-lhes autonomia político-administrativa, mas estando submetidos aos limites impostos pela ordem constitucional.

Como se vê, a construção da ideia federativa deve possuir seu substrato na Constituição Federal, que delineará todos os seus limites, onde cada ente federado terá

parcelas dos três poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, devendo observar as prerrogativas e competências estabelecidas pela Carta Política.

Para a construção do federalismo, cada ente abre mão de sua soberania, em favor de uma entidade ou poder central, que terá que estabelecer a divisão do poder e a dinâmica das relações entre as unidades federadas, além de toda a moldura jurídica, como direitos individuais, que obrigam e limitam a atuação dos entes federados.

As nações durante o tempo buscaram diversas maneiras de se organizar, notadamente, quando possuem grande extensão territorial. Com o federalismo, os entes federados são organizados de forma a possuírem autonomia administrativa, política, financeira e tributária. Essa dimensão do espaço territorial, onde se verificam heterogeneidades climáticas, sociais, econômicas e culturais, demonstram a exigência deste pacto diante de prioridades e dificuldades que são diferentes de uma região para outra.

Estas questões justificam a conduta dos países em optarem por este modelo jurídico, onde existe a necessidade de descentralização política/administrativa, na qual os entes estatais se aliam com a finalidade de criar um pacto federativo, nas cercanias de um poder central. Toda essa situação é vislumbrada a partir da ideia de uma Constituição rígida, que elenca em seu texto as prerrogativas e competências dos entes federados e de cada poder.

Nesse sentido, Barroso (2011, p. 104), expressa que o “fato de a Constituição ser rígida significa apenas que ela só pode ser modificada por um processo mais difícil e complexo que o aplicável à produção legislativa em geral”. Na mesma senda, Miranda (2019) entende que disso não decorre que a repartição de atribuições entre as entidades federativas deva (ou possa) ser fixada de forma estanque, insuscetível a ajustes.

Analisando o que foi colacionado pelos doutrinadores, existem duas situações relevantes que devem ser observadas, a primeira, a demonstração da existência de um federalismo dual, baseado nas competências privativas.

Neste sentido, as atribuições dos entes estatais seriam divididas, onde de forma reservada, cada um possuiria competências específicas e exclusivas. Essa divisão por parte dos diferentes níveis de governo, das responsabilidades, redundam em instrumento eficaz, capaz de organizar socialmente e politicamente uma nação, combatendo, portanto, as desigualdades regionais.

Para Rodden (2005), esse modelo pressupõe uma pureza conceitual que é incompatível com a realidade: os fatos e as relações sociais são complexos e dinâmicos e muitas vezes atraem a incidência simultânea de várias regras de competência.

4.1.2. Teoria da tripartição dos poderes e o sistema de freios e contrapesos

Os Estados Unidos da América é a primeira nação do mundo moderno, onde previamente se verifica a utilização do sistema federativo. Esta concepção nasce com a Convenção da Filadélfia, em 1787, quando da união das 13 colônias irmãs que abriram mão de sua soberania, já que eram organizadas anteriormente no sistema confederativo, com o intuito de formar uma união perfeita, concedendo estas prerrogativas, em nome de um poder central, também denominado como *the Federal Union* – União Federal dos EUA.

Com a decisão de unificar as colônias e de abrir mão da soberania, a capacidade de declarar guerra e paz, firmar tratados, entre outras prerrogativas, são concedidas ao poder central, que se torna o responsável na manutenção deste novo sistema. Constata-se que esse método federalista foi importante para tornar distantes as concepções inglesas e americanas, o que seria determinante para a formulação do pensamento do Constitucionalismo moderno.

Para que este modelo obtivesse sucesso, a Constituição americana estabeleceu competências e prerrogativas dos poderes executivo, legislativo e judiciário federais, deixando a cargo dos estados membros as competências residuais remanescentes, que estariam com a possibilidade de uma ampla interpretação.

Percebe-se, inicialmente, que existe uma diferença inicial entre o modelo americano e brasileiro, pois a Constituição brasileira de 88 estabeleceu em seu art. 25, §1º, de forma exhaustiva, as competências dos entes federados, não deixando margem para interpretação.

O que a federação deve buscar é um equilíbrio entre as forças, entre os poderes, portanto, a distribuição de competências é uma questão fundamental de se conceder responsabilidades de simétrica no Estado brasileiro, pois nossa realidade reflete um complexo país onde as diferenças sociais, culturais e regionais são marcantes, que exigem um olhar diferenciado por parte do Poder Central.

Há de destacar que o Brasil não nasceu federalista, pode-se dizer que se trata, na realidade, de um federalismo às avessas, pois surgiu como um Estado unitário, sem manifestação, consulta oitiva, negociação ou adesão de suas províncias, foi na realidade um federalismo compulsório e vem com o passar dos anos tentando resolver estas questões, realizando a descentralização de competências, aplicando os dispositivos elencados na Constituição Federal.

Além da problemática decorrente do grande espaço territorial brasileiro, bem como das diferenças regionais e culturais, o modelo federalista nacional incluiu na Carta de 1988 os municípios como entes federados. A Constituição foi bastante diligente no que se refere a

versar sobre todas as exigências da vida moderna, desde o contexto social, econômico e político da sociedade, o que merece uma análise mais profícua no que tange ao pacto federativo, notadamente no que tange às responsabilidades partilhadas nos serviços de educação, saúde e segurança.

Observando o que fora disposto, o pacto federativo brasileiro este assentado em uma Constituição diligente, que informa toda a moldura jurídica e os limites e competências das entidades federativas. Como exemplo, temos os freios e contrapesos, que busca criar um equilíbrio entre a atuação das unidades federadas no que se refere à divisão de poderes.

Neste trilhar, Tsebelis (2002), estabelece que o papel fundamental de manutenção do equilíbrio federativo é conferido ao Poder Judiciário, ao qual cabe se manifestar, em caráter definitivo, em sede de controle de constitucionalidade ou em ações dispersas, sobre o cumprimento da Constituição e, assim, sobre partilha de competências que ela estabelece. Pode-se afirmar que nesses conflitos o Poder Judiciário atua como um ator individual cuja concordância é necessária para que se tome uma decisão política.

Como se verifica este sistema político visa criar um mecanismo que une os entes estatais de forma que todos possuam autonomia entre si, estando presentes estados, distrito federal e municípios, em conformidade com o que expõem os artigos 25, 29 e 32 da CF/88.

Há de se destacar que estas entidades federativas são independentes uns dos outros, mas estarão submetidos a um governo federal, formando um sistema de descentralização política, cuja finalidade é a de conceder autonomia administrativa, legislativa, política e financeira destas.

A Constituição concede competências residuais que possibilitam a organização de atos constitutivos, todos organizados juridicamente, em atendimento as suas peculiaridades e interesses locais, mas limitados a Carta Política da nação brasileira.

Havendo contrariedades por parte do legislador inferior, indo de encontro com o que expressa a norma maior, estará ocorrendo uma ilegalidade e conseqüentemente, uma inconstitucionalidade.

Notadamente que se a Constituição ou leis locais contrariem os princípios normativos ou se insurja a Carta Maior, será conceituada como contrária a ordem jurídica constitucional vigente ou poderá sofrer intervenção federal. Ademais, os entes da Federação ainda têm participação na formação da vontade da União, que é representada pelo Senado Federal.

4.2. O MODELO FEDERALISTA BRASILEIRO

O Federalismo foi um modelo jurídico-político formado com a ideia de partição de poderes, prerrogativas e funções entre várias unidades dentro de um mesmo território. Na concepção de seus idealizadores, seria um componente que consagraria os ideais democráticos. Esse modelo estatal, para que possua precedentes, validade jurídica e represente os anseios da soberania popular, necessita da instituição de uma Constituição. O Brasil teve suas primeiras acepções federativas com o advento da primeira Constituição da República em 1889.

A liderança de Ruy Barbosa e o frenesi das atividades republicanas foram fundamentais para que modelo aplicado nos Estados Unidos fizesse parte do texto constitucional então vigente. Segundo Saldanha (2001, p. 229), “o novo sistema de governo e a nova configuração estatal foi inaugurada totalmente desagregada da realidade política, social e econômica brasileira, (...) a realidade social antes e depois do movimento político, pouco progresso apresentou em relação ao tipo de vida correspondente aos tempos de plenitude da monarquia”.

Deste período até a promulgação da Carta Magna de 88, o sistema federalista brasileiro evoluiu de forma considerada, ganhando um novo formato, notoriedade e a imprescindibilidade de seu estudo e discussão. O trabalho se torna deveras relevante para analisar o modelo Federalista e a Democracia implantados no Brasil, a partir da execução do modelo da ciência política americana. Neste paradigma, existe a necessidade de expandir os estudos acerca das relações existentes entre os órgãos e os poderes da administração pública. Na constituição de uma nova organização estatal, a lei de instituição deverá elencar os entes, os poderes e órgãos que estarão em sua estrutura, cuja ideia é indicar suas funções, prerrogativas e indicar através de qual caminho será exposta a sua vontade.

Seguindo este entendimento, Bielsa (1996), expressa que o Estado deve constituir-se como ente e receber a integração de órgãos pelos quais possa manifestar sua vontade. Essa atuação da vontade dirigida à consecução de seus fins é que gera a atividade estatal. Notadamente que se torna patente à necessidade de sua organização político/jurídica para que possa atender aos anseios da sociedade, cumprir com suas finalidades e culminar com o bem comum. Essas finalidades e prerrogativas recomendam seu cumprimento através de três funções principais a legislativa, a administrativa e a judiciária.

Para Seabra Fagundes (1984), a função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, ao passo que as demais têm por escopo a sua realização. Na verdade, tanto o administrador, como o juiz, atua subjacentemente à lei: esta lei é o pressuposto de sua atuação. Enquanto aquele se volta aos interesses da sociedade, este, em linha de princípio, dedica-se a atividade de dirimir conflitos de interesse, sejam eles individuais ou coletivos. Mas não lhes cabe instituir a lei, senão cumpri-la, observando seus limites.

É cediço que existe um conflito entre a atuação de diversos participantes da administração pública, o que gera prejuízos do ponto de vista da aplicação das políticas públicas. Desta forma, é imperativo que o poder público elabore estudos e conheça como devem ser efetivadas as relações entre os entes administrativos, apresentando soluções e indicações para por fim a estes enfrentamentos governamentais.

Seguindo este raciocínio, Arretche (2001), destaca a indispensabilidade da expansão da agenda de pesquisas sobre a natureza das relações intergovernamentais no Brasil, sugerindo dois caminhos: exame dos processos decisórios em que o governo federal foi bem sucedido em efetivar sua agenda de reformas e análise do processo decisório de políticas que envolvam relações diretas entre o Poder Executivo dos diversos níveis e/ou nas quais o Poder Judiciário funcione como árbitro dos conflitos intergovernamentais.

No processo de formação do Novo Estado brasileiro, muitas inovações foram captadas para o ordenamento jurídico nacional, e este fato, também contribuiu para uma série de condutas e decisões que afetaram sobremaneira a relação estabelecida pelo modelo político, principalmente no que se refere às competências, organização administrativa, tributária e destinação de receitas.

A Carta Magna estabeleceu que é de competência de a União legislar acerca de diversas matérias referentes aos Estados e Municípios, mas lhes concedeu autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Ocorre que sobre este aspecto, Arretche (2001, p.70), de forma assertiva informou que a Carta Política não proclamou de forma evidente e concisa no que concerne aos entes federados as “proteções institucionais para evitar que a União tomasse iniciativas para expropriar suas receitas ou mesmo sua autoridade sobre os impostos e as políticas sob sua competência”.

Como se vê a concepção vivenciada no início do modelo estatal nacional era de centralização político-administrativa, onde os demais entes da federação, diante das ações do ente central, não possuíam autonomia, acarretando a imprescindibilidade de modificação nas

leis federais no que tange a execução de políticas públicas e nos atos de decisão, comprovando a imposição de uma reestruturação das relações entre as instituições.

Esse paradigma de fusão, de união, prejudicou sobremaneira a atuação dos demais sujeitos federados, que mesmo tendo autorização legislativa, por decisões administrativas acabaram não possuindo qualquer tipo de autonomia.

Esse aspecto que foi apresentado ocorreu nos anos 90 e apresentou que seria conveniente a realização de transformações no texto constitucional, concedendo-lhe efetividade, mas, para isso, carecia de uma manifestação política por parte dos agentes políticos em procurar firmar os ditames legais. Era mais uma questão de atitude, do que propriamente de legislação.

Carecia de uma visão do poder central de que havia uma demanda institucional de cooperação por parte dos demais entes federados, para assim conseguir os fins almejados pelo Estado, que é a realização do bem comum. Assim, o federalismo se tornou indissociável para a consecução das políticas públicas, o governo centralizado não alcançava os anseios sociais.

Mesmo assim, não tem como se afirmar que naquele momento, o modelo implantado consagraria os avanços da administração e gestão pública, fatores que seriam determinantes para uma descentralização político-administrativa e efetivação da democracia. Na realidade, é necessário que a sociedade seja servida de instituições fortes e presentes.

Arretche (2001, p. 112-113) elencou dois aspectos que foram importantes para a descentralização administrativa nos anos 90, inicialmente a “centralização regulatória combinada à ausência de arenas decisórias adicionais de veto limita as oportunidades de veto dos governos subnacionais. Em segundo lugar, o comportamento das bancadas estaduais sem coesão em torno das questões estaduais, cedendo mais aos acordos partidários do que aos interesses regionais que representam”.

O Estado federal possui como característica uma organização unitária, este, na realidade, abre mão, sede parte de sua soberania *summa potestas*³⁵, na estrutura interna, mas na ordem internacional, na relação com outros Estados-membros dotados de autonomia, capacidade que lhe concede sistematização, pois, segundo Bonavides (1994, p. 181-182), “uma vez que o poder de que são titulares é da mesma natureza, da mesma espécie e da mesma substância daquele de que se compõe o poder do Estado federal e a capacidade de

³⁵ A expressão significa poder supremo, soberano.

auto-organização do Estado federado decorre de um direito próprio, de uma faculdade autodeterminativa, de uma autonomia constitucional”.

Esta colocação de Bonavides foi de encontro à argumentação que foi utilizada quando da promulgação da Carta Política, notadamente nos anos 90, de que este modelo federativo, comprometeria a eficiência das políticas públicas, o que tornaria o Estado brasileiro ineficiente, já que não haveria uma política central por parte da União, o que inviabilizaria os serviços que seriam prestados, se o fossem diretamente pelo ente federal, já que o Brasil era um país de tamanho continental e possuía muitas desigualdades regionais.

Na ideia de formação do federalismo nacional, Arretche (2001, p. 175), informa que existe uma situação que deve ser analisada, para que se tenha a real visão de como funcionam as relações entre o poder central e os entes federados e as limitações impostas a sua atuação, ao “distinguir quem formula de quem executa permite inferir que, no caso brasileiro, embora os governos subnacionais tenham um papel importante (...) no gasto público e na provisão de serviços públicos, suas decisões de arrecadação tributária, alocação de gasto e execução de políticas públicas são largamente afetadas pela regulação federal”.

Todo este aparato serviu para que a Administração Pública pudesse realizar uma política nacional de erradicação das desigualdades regionais, buscando realizar políticas públicas de qualidade e que melhorassem a vida dos brasileiros de todos os rincões do país. Para tanto, a ideia de pacto federativo e de transferência de receitas, foi fundamental para se alcançar os fins desejados. Marta Arretche expressou o seguinte sobre o tema:

A parte mais expressiva das transferências federais no Brasil tem sua origem no objetivo de reduzir desigualdades territoriais de capacidade de gasto. Essas foram (historicamente) um elemento central de construção do Estado brasileiro, similarmente a outras federações, em que a ideia de uma comunidade nacional única prevaleceu sobre as demandas por autonomia regional. (...) uma interpretação inovadora sobre o nosso sistema federativo. (ARRETCHE, 2001, p.201).

Para que haja essa autonomia regional, Oates (2005) informa que é imprescindível a divisão de competências e prerrogativas aos entes federados, nas três esferas de governo, bem como com a satisfação e a segurança que esta escolha trará para a população. A motivação principal seria a de indicar a maneira pela qual o poder público irá intervir no funcionamento da atividade fiscal e econômica com a finalidade de observar o bem-estar social.

Percebe-se que quanto mais próximo da população estiver o ente público, os serviços públicos serão prestados com maior qualidade e efetividade, pois estes são conhecedores das

peculiaridades de cada local, de seu povo, o que não ocorre com o ente central, que estaria distante das realidades locais. A principal característica da federação é a existência mútua de níveis autônomos de governo.

O federalismo compreende a execução do princípio da descentralização vertical e pluralidade democrática. A inclinação pluralista e democrática do Estado brasileiro mostra que a divisão perpendicular dos entes, garante a descentralização política e assegura a Soberania Nacional.

Desta forma, percebe-se que o federalismo brasileiro seguiu um caminho que se adequa a realidade nacional, pois pelo tamanho deste país, não haveria como um ente central viabilizar políticas públicas para toda a população, pois seriam carecedores de conhecimento acerca das necessidades de cada lugar, assim, as unidades constituintes são importantes para o modelo à brasileira obtenha sucesso.

4.2.1 As unidades constituintes do federalismo brasileiro

A forma pela qual a Constituição resolveu distribuir as competências asseverou uma tendência de o Estado Federal fundar-se em um modelo de descentralização político/administrativa. Partindo desta premissa, o legislador entendeu que seria bom alvitre que existissem três níveis de poder: o da União, o dos Estados-membros e o dos Municípios comprovando a existência de um espécime federada.

O elemento básico do pensamento federal - que é o princípio básico do Estado brasileiro - é a autonomia dos entes federados e a descentralização constitucional de poderes. O primeiro se transforma em capacidades de auto-organização, autonomia e autogestão, e o segundo se transforma em divisão vertical e espacial do poder.

Historicamente, na Constituição brasileira, os poderes são atribuídos com certo grau de rigidez de acordo com os critérios que determinam o âmbito exclusivo de atuação de cada ente nacional. Portanto, a União enumera suas atribuições, os municípios têm atribuições relacionadas aos interesses locais e os estados têm as demais atribuições.

A Carta Política assegurou a manutenção dos parâmetros referentes às prerrogativas inerentes e exclusivas a todos os entes federados. Este modelo político-jurídico é estimulado pelo exemplo Alemão, que distribuiu de forma equânime as competências comuns ou concorrentes a todos os entes estatais, dividindo-se em prerrogativas político-administrativas, legislativas e tributárias.

Como se vê, as especificidades do protótipo federal brasileiro é atribuir às competências acima citadas, que podem ser exercidas em comum ou com exclusividade.

Diante desta formatação jurídica, o federalismo nacional foi forjado dentro de uma perspectiva de formação de unidades constituintes, que teriam uma partição de competências e funções, conforme especifica a Carta Política. Este padrão jurídico e de organização administrativa, tem como finalidade ter um governo de forma sistêmica e sem estar isolado e distante das questões sociais.

No início do modelo federalista, a forma pela qual este sistema foi criado não agradou a população, para que se alcançassem os fins almejados, foi importante a ampliação das competências dos entes, para que tivessem a possibilidade de governar de forma sistêmica. Isso somente é possível quando as regras dispostas advêm da pedra fundamental de um Estado Federal, a sua Constituição.

Este documento político-administrativo versa sobre toda a organização e divisão de funções e competências dos federados, logo todas as ações de suas unidades serão regidas por normas de caráter constitucional. Seguindo esse embasamento, Dallari expressou o seguinte:

A base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado. Baseando-se a união numa Constituição, todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais. O tratado é mais limitado, porque só regula os assuntos nele previstos expressamente, além de ser possível sua denúncia por qualquer dos contratantes, o que não acontece com a Constituição. (DALLARI, 1998, p. 92).

Assim, para a consecução do federalismo, exige-se a presença de uma Constituição, é o instrumento que garante a ordem jurídica, e a partição das funções das unidades federativas. Estas entidades estão escalonadas em uma ordem jurídico-administrativa, sistêmica, onde as competências são bem divididas, de modo a não haver usurpação de funções e conseqüentemente, conflitos de ordem legal e política e prejuízos para a prestação dos serviços públicos.

O vínculo formado pelo federalismo é indissolúvel, e os conflitos que porventura venham a existir, são dirimidos com um órgão “imparcial”, indicado pela Carta Política, que será o responsável em resolver os enfrentamentos destas unidades. Entre as formas federativas, o Brasil optou pelo sistema trinário, onde divide seus entes em União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cada um com suas características e competências constitucionais.

Dentro desta perspectiva, os Estados ficaram com competência residual e os municípios com prerrogativas de legislar sobre assuntos de interesse local, desde que não contrariasse o que estava disposto nas leis hierarquicamente superiores, tanto a nível regional, como a nível nacional.

Percebe-se, pois, que no modelo administrativo brasileiro, a descentralização foi importante, principalmente no que se refere às desigualdades regionais, o tamanho continental, as diversas culturas e etnias, logo esta divisão triáde é a que melhor representa aos anseios desta nação.

Com essa escolha de sistema, comprova-se que a descentralização é relevante e importante para o país, além de garantir uma organização político-regional, oportunizou que os entes federados possuam maior autonomia administrativa e consigam realizar as políticas públicas mais importantes para os administrados que residem naquela região, garantindo que haja investimento financeiro, técnico e cultural suficientes para suprir suas necessidades.

O Estado federal reúne duas características, o de Estado e de federação de coletividades públicas, além disso, possui um atributo de autonomia, diferindo dos outros entes não soberanos. Estes componentes estatais padecem desta liberdade, pelo fato de serem chamados a fazer parte da república e conseqüentemente, sendo componentes da soberania da entidade central, conforme determina o texto constitucional.

Nas palavras de Zimmermann (2005, p. 50), “os juristas da Alemanha, por outro lado, como Laband e Jellinek que desenvolvem a doutrina da autonomia, afirmam que os estados membros não gozam de soberania, que é atributo da União”.

Analisando este paradigma, percebe-se claramente que o texto constitucional elenca diversas expressões no que tange a organização administrativa, a indissolubilidade da federação, senão vejamos o que expõem o art. 1º, 2º, 18º, 23 e 24 da CF/88³⁶.

³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 1º Brasília é a Capital Federal.

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às

Percebe-se da análise dos dispositivos citados que os Estados-membros e os municípios são entidades políticas regidas pela Carta Política, possuindo poder de autodeterminação, orçamento, escolhem seus representantes a cargos do Executivo e Legislativo, que seriam uns dos elementos basilares para a realização plena de sua autonomia, tudo dentro dos limites impostos constitucionalmente.

Na verdade, o que se observa é que não se trata de conceder “soberania” de caráter internacional, política, ou autonomia completa de sua organização e disposição, mas, na realidade de conceder aos membros estatais uma identidade política e jurídica no sentido de se manter a unidade federativa, no entanto, impõe limites às prerrogativas de autodeterminação, autonomia, autoadministração, sendo a Constituição o bastião para a manutenção desta unidade. Essa exigência constitucional deve ser mantida, para garantir que não haja desvirtuação dos propósitos teóricos que lhe dão sustentação.

4.2.2 União

Ao incorporar o mecanismo tripartite de competência federal entre a União, estados membros / distrito federal e governos municipais, a Constituição da República de 1988 estabeleceu o sistema nacional brasileiro baseado em ações cooperativas entre esses três entes federativos. A proposta do constituinte de 1988, para Abrucio e Sano (2012), não se confunde com o paradigma da chamada "concentração gradativa", que já existiu fortemente na história do Brasil, que se baseia na autoridade forte e na capacidade centralizada da aliança, e às vezes forma apenas um sistema federal nominal para chegar ao modelo de um sistema unitário.

Da análise do texto constitucional percebe-se uma indicação da norma sobre um vasto rol de competências concedidas à União, notadamente no que dispõem os artigos que tratam sobre as competências exclusivas e legislativas privativas da União, o que demonstra

populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

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

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

(...)

certa concentração de prerrogativas para este ente federal. Ao mesmo tempo, em dispositivo normativo seguinte, art. 23 da CF/88, a carta política coloca a possibilidade de competências comuns aos demais entes federados, o que comprova a existência de um comportamento de caráter corporativo, o que tem como escopo gerar um equilíbrio, desenvolvimento e bem-estar nacional.

A união possui uma série de competências exclusivas, mas, ao mesmo tempo, a lei instituidora do Estado brasileiro concede autonomia aos entes federados e determina que a entidade central realize uma partição de competências, de verbas, de tributos com as demais entidades pertencentes à federação. Assim, mostra que a União seria o órgão que representaria o todo, que possui soberania, que terá representação como Estado e Chefia de Governo.

Notadamente que a União possui uma série de competências inerentes ao plano federal, principalmente no que tange as questões normativas, administrativas, financeiras, orçamentárias e tributárias, mas mesmo dentro deste paradigma, existe na norma disposições que determinam uma partição de receitas, de competências, de funcionalidades.

Neste sentido, o Ministro Edson Fachin (2016), na ADI n.º 3.165, quando exarou seu voto na precitada ação, informou que quando se constrói uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais. E nesse contexto, é necessário avançar do modo como à repartição de competências há tempos é lida a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências.

Dentro do pacto federativo, os demais entes federados ganharam relevância, principalmente no que tange a prestação de serviços e na redução das desigualdades regionais, fatores que foram determinantes para a citada divisão de funcionalidades.

Como citado são muitas as competências atribuídas à União, situação que lhe garante uma liderança e uma sobreposição no sistema federativo nacional. Destacam-se, ainda, as limitações impostas pelo princípio da simetria à competência constituinte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que tange a elaboração de suas leis constituidoras. A autonomia de governar-se se reveste na possibilidade de criar suas próprias leis, para que sejam capazes de comandar suas atividades, funcionamento com liberdade.

Neste sentido, Almeida (2010, p.80) expressa que para a consecução destes fins, os entes federados precisam ter liberdade para “reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras”.

Em nome do interesse nacional e em observância a teoria dos poderes implícitos, foi conferida uma série de prerrogativas a União, que estão expressas no texto da Carta Política e que garantem a soberania nacional. Neste aspecto, a União Federal possui as competências, mas isso, não chega ao ponto de se acusar existir, mais propriamente, um Estado unitário descentralizado. Nesta senda, alguns assuntos importantes foram tratados de forma descentralizada, no intuito de que cada Estado ou Município pudesse apreciar melhor as realidades locais e estimular, impulsionar da forma mais efetiva a realização das políticas públicas.

No presente trabalho, estar a se analisar as questões inerentes ao saneamento público no Brasil, que é um serviço público que possui determinação Constitucional. Este serviço possui previsão em três dispositivos: art. 21, inciso XX, art. 23, inciso IX e art. 200, inciso IV da Constituição Federal de 1988³⁷.

Da análise da Carta Política, verifica-se que a competência para exarar normas gerais, pertence à União, no que tange a estabelecer diretrizes para desenvolvimento urbano, habitação e saneamento básico. No que se refere à execução destes dispositivos, a carta deixou a cargo dos demais entes federados a execução dos programas de construção e de melhoria do saneamento básico, realizando uma verdadeira divisão de competências e à nível constitucional.

Como acima delineado, essa competência legislativa não é plena, esta adstrita a instituir diretrizes de caráter geral, que deveriam ser observados em todas as esferas, que concretizem princípios dispositivos na Carta Política, em demandas que tenham como caráter

³⁷ Art. 21. Compete à União:

(...)

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

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

(...)

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

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

IV - IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

gerar uma uniformização nos padrões jurídicos e de serviços públicos, com o fito de evitar conflito de competências de natureza constitucional.

Há de se destacar que é de competência da União legislar sobre saneamento público e tratamento de água, bem como, através de suas agências, realizar a fiscalização dos serviços públicos prestados, atividades regulatórias, obrigações das empresas e usuários dos serviços, questões de equilíbrio econômico-financeiro, entre poder concedente e o concessionário. Mesmo assim, o texto Constitucional realizou a repartição de competências, para que, de forma concorrente, cada ente federado fosse o responsável para deliberar sobre a prestação deste tipo de serviço, cada um dentro de sua autonomia institucional, não podendo o poder público federal intervir diretamente nestas questões legais e de prerrogativas.

Desta análise, percebe-se que caberá a União legislar sobre questões gerais e de uniformização e aos Estados e Municípios a competência concorrente no que tange a normas complementares e a execução do serviço de saneamento, seguindo os balizamentos contidos na carta em seu art. 23, inciso IX, acima mencionado e seguindo também, a hierarquia normativa contida no art. 59 da Lei Maior.

Neste sentido, Petian (2017) expressa que as normas gerais trariam os princípios e concretizariam outros princípios constitucionais. Ademais, elas devem ficar restritas aos assuntos que demandem uniformidade em todas as esferas federativas, a fim de evitar conflitos de competências constitucionais.

Por fim, a União não poderia utilizar das normas gerais para restringir indevidamente a autonomia dos entes federativos. Esses critérios podem ser úteis, mas eles também são vagos e, numa zona de incerteza, o Supremo Tribunal Federal decidirá se determinado caso faz parte ou não da denotação do conceito de “normas gerais” (ou, para falar do saneamento básico, de “diretrizes”).

Diante do que foi exposto torna-se clarividente que as normas que não forem consideradas de caráter geral, terão como ente competente para legislar os Estados e Municípios, através de sua competência concorrente na matéria suscitada, de acordo como que expressa o artigo acima mencionado. Portanto, a prerrogativa de legislar de forma suplementar será do titular do poder administrativo de organizar e prestar o serviço.

Além da previsão legal de competência legislativa concorrente, a Carta Maior limitou a atuação da União no que tange a competência concorrente, levando de forma clara essas prerrogativas para os demais entes federados que serão os reais prestadores do serviço público. União prestaria suas funções aos demais entes federativos na regulação,

planejamento, gestão e execução de tais serviços, bem como à orientação na elaboração de normas suplementares e locais de competência estadual e municipal.

Essa prerrogativa de normas gerais, respeitando as competências das demais entidades federativas, vem sendo exercida pelo poder público central, quando, por exemplo, edição do Estatuto das Cidades – Lei de n.º 10.257/2001, que versa sobre saneamento ambiental e básico, a Lei do Saneamento Básico – Lei de n.º 11.445/2007, que foi alterada recentemente pela Lei de n.º 14.026/2020, chamada de Novo Marco do Saneamento no Brasil.

Dentre as funções e serviços que estariam ligados ao saneamento básico, a União, entidade responsável pelas normas de caráter geral, estabeleceu como sendo o esgotamento sanitário, drenagem e manejo das águas pluviais, abastecimento de água potável, manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana.

Ocorre que Angélica Petian (2017), entende que a Lei do Saneamento Básico não trata somente de veiculação de diretrizes e normas de caráter geral por parte da União, indo além, como no caso das disposições contidas entre os artigos 48 e 52. No que tange a matéria dos resíduos sólidos, a União também exerceu sua competência legislativa ao editar a Lei 12.305/2010, que institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos.

Notadamente essa ideia de que o Poder Central Federal ficaria apenas com normas de caráter geral, não é o que se verifica na prática, havendo muitas disposições legislativas que invadem as competências dos entes federados, como se pode perceber do novo Marco Regulatório brasileiro. Assim, é necessário observar as competências constitucionais dos Estados e dos Municípios.

4.2.3 Estados-membros

Além das competências expressas pertencentes à União, o texto da Carta Política ainda trouxe outras competências suplementares para os Estados e os Municípios. Essa percepção se dá pelo fato de que os Estados devem observar as questões de interesse regional, pois seriam conhecedoras das necessidades da população, logo a titularidade para a competência material e execução dos serviços deveria ficar a cargo deste ente federado.

Por determinação da Carta Política, os Estados regem-se por suas Constituições e legislação infraconstitucional que adotarem, devendo sempre obediência hierárquica ao art. 59, e aos princípios constitucionais. Ressalte-se que, as competências que não sejam vedadas pela União, serão concedidas a estas entidades regionais, que possuem entre seus bens as

águas superficiais, fluentes, emergentes e em depósito que não tenham sido objeto de obras com verbas federais.

Seguindo este entendimento, Caio Tácito, quando exarou sua tese da titularidade dos Estados na prestação dos serviços de saneamento básico, mesmo sua ideia tendo nascedouro antes da Lei de n.º 11.445/2007, informou que fariam parte deste serviço público o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário e coleta de resíduos sólidos.

Seguindo no seu raciocínio, o jurista expressou que caso os conflitos envolvendo captação e uso de águas e a coleta de rejeitos ultrapassassem os interesses de um único município, deveria ser observada a disposição contida no art. 25, §3º da CF/88³⁸.

Esta estruturação constitucional estabeleceu a necessidade dos Estados resolverem essa questão através da criação de regiões metropolitanas, no sentido de atenderem as questões de caráter público e geral e que transcenderiam aos limites de determinado município, cabendo ao estado tutelar estes direitos. Antes da edição da Lei de Saneamento, o posicionamento de Caio Tácito também era defendido pelo Ministro Barroso, este apenas incluiu na teoria, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

O posicionamento acima esposado, Luís Roberto Barroso exarou antes de ingressar no Supremo Tribunal Federal. Hoje, como Ministro da Corte, tangenciou sobre seu posicionamento, ao inferir que para que se manifeste a predominância de um interesse público, na distribuição das competências constitucionais, deve se levar em consideração o interesse do ente que esteja envolvido seja ele federal, regional, local. Esse novo posicionamento torna-se simples de entender, com a criação e crescimento dos novos centros urbanos, surgiu à necessidade de dinamização dos serviços públicos e capacidade de uma resposta rápida do Poder Público aos anseios da população.

Barroso (2002), quando versou sobre o § 3º do art. 25 descreveu que nas áreas metropolitanas os municípios sozinhos não eram capazes de prestar os serviços necessários para atendimento dos anseios da coletividade. Por conta desta incapacidade, sua prestação se tornou inviável, notadamente pelo fato de ser inviável do ponto de vista técnico, econômico e de difícil resolução. Portanto, esses serviços deixam de ser objeto do interesse local e passam a serem serviços com interesses regionais ou estaduais. Desta forma os

³⁸ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

serviços de interesse comum nesta seara, tornam-se prerrogativas dos Estados, principalmente, quando envolvem regiões metropolitanas, pois o princípio buscado é a realização do interesse público.

Como se vê, se a prestação do serviço público extrapolar os limites do interesse de um município, a competência para a prestação do serviço, automaticamente e por disposição legal, passa a pertencer ao Estado. Para apresentar uma situação jurídica que atende ao caso, tem-se como exemplo, as questões voltadas aos recursos hídricos, saneamento e destinação de resíduos sólidos, onde a prerrogativa passaria da municipalidade para a entidade administrativa regional.

Da análise do que foi exposto as competências concorrentes e residuais dos Estados no que se refere ao saneamento público são bastante restritas e possuem decisões contrárias na Corte brasileira, onde se concebe a ideia que a tese municipalista sobre a titularidade dos serviços, seria mais adequada para o caso brasileiro.

4.2.4 Municípios

No final dos anos 40, notadamente após a Segunda Grande Guerra, ocorreu um crescente movimento de urbanização e industrialização na América Latina, o que fortaleceu o processo de migração da população do campo para a cidade. Este fato é um dos momentos determinantes para que os municípios necessitassem de maiores competências para a prestação de serviços para aquela população sempre crescente, pois era nestes centros urbanos onde estava presente e pujante o desenvolvimento econômico e social.

Para atender a estes fins, a sociedade exigiu uma modificação estrutural do Estado, no sentido de atender as suas necessidades e o interesse da coletividade. Se fazia patente que o ente local tivesse a possibilidade de destinar serviços públicos de qualidade para a população. A configuração criada por lei para indicar as prerrogativas de cada ente pertencente a federação, no que tange a prestação dos serviços de saneamento no Estado brasileiro, é fruto de um refinado mecanismo de partição de atribuições constitucionais.

De acordo com os doutrinadores que tratam sobre o tema e observando algumas decisões da Corte Maior, observa-se que existe uma maior aceitação a tese municipalista. O fundamento apresentado é a disposição legal contida no art. 30, inciso V, da CF/88, que informa cabe aos municípios organizar e fornecer, diretamente ou sob um regime de

concessão ou autorização, serviços públicos de interesse local, incluindo transporte público, que são essenciais. Notadamente que o serviço de saneamento é essencial e de interesse local, logo estaria no rol elencado na Constituição. Como os serviços de saneamento básico seriam de interesse local, a competência caberia ao município.

Além disso, leva-se em consideração para a fundamentação a utilização do princípio da predominância do interesse, segundo a qual as atribuições e competências dispostas constitucionalmente a cada ente federado, se deram pelo fato da preponderância do interesse local, regional ou nacional e este fato seria significante para indicar que seria a entidade pública responsável para a prestação do serviço.

No caso municipal, o serviço de saneamento realizado em uma cidade é de interesse local, esta tem o conhecimento das características e necessidades de seu povo, assim, em observância ao princípio, à tese apresentada e o texto expresso na Constituição tornaria o município como titular da prestação do serviço público. Mas mesmo assim, por vezes, o critério do interesse predominante, pode gerar dúvidas de quem seria o ente competente. Neste sentido, Alves (2001, p. 57), escreve que “em muitas ocasiões não se tem clareza de qual é o interesse predominante, gerando situações ambíguas e não raros conflitos de competência”.

Em verdade, o que pesa a tese da titularidade, o que deve ser levado em consideração é a expressão constitucional em seu corpo, que analisadas em conjunto, comprovam da leitura do inciso XX, do art. 21 da CF/88, que cabe à União a competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

Combinado a este artigo, tem-se também o art. 23, inciso IX, que informa ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Já o art. 200, inciso IV, dispõe que compete ao Sistema Único de Saúde (o “SUS”), nos termos da lei, “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”.

Para fechar o entendimento, o art. 182 prescreveu que a “política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Da análise destes dispositivos, percebe-se que a competência

estadual quanto ao saneamento foi bastante esvaziada, não restando qualquer vislumbre sobre quais seriam estas prerrogativas.

Ainda havia uma discussão acerca das regiões metropolitanas, se quando de sua formação, esse serviço passava a ser prestado pelo Estado, mas para isso, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de dirimir esta questão, notadamente na ADI 1.842/RJ, que verificou a Constitucionalidade de dispositivos normativos do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar 87/1997, da Lei 2.869/1997 e do Decreto 24.631/1998, que versavam sobre a transferência de algumas competências para o Estado, no que tange a prestação de serviços públicos, por conta da formulação de macrorregião, ou de uma região metropolitana.

4.3 A COLABORAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS ENTES FEDERADOS – UMA COOPERAÇÃO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA

Verificando o que expõe a Constituição Federal, todos os entes federados possuem suas respectivas competências, e, em algumas situações, existe um liame que deve ser observado para que não haja uma invasão destas prerrogativas. De sorte que, a União possui suas atribuições no que tange ao saneamento básico, notadamente, quando se fala da produção de normas de caráter geral e de legislar sobre o assunto.

Não se pode deixar de olvidar que o ente federal não é a autoridade constitucional para organizar e fornecer serviços, mas a responsável para colaborar com outras entidades políticas que prestam serviços. Essa é a atribuição proposta no art. 23, inciso IX da Carta Política. Lembre-se, existe uma capacidade (material) comum de “promover planos de construção de moradias e melhorar as condições de moradia e saneamento básico”.

Augusto Zimmermann (2005, p. 57): “Dominante no cenário político, o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição de competências dentre os níveis autônomos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas”.

Já no que se refere à organização e prestação dos serviços, esta competência esta ligada diretamente, como dito em tópico anterior aos municípios, que são os reais representantes dos anseios da sociedade, pois representam o interesse local, sabem das reais necessidades da população.

Quando estas competências passam a ter que ser regionalizadas, quando do surgimento de aglomerações urbanas, as chamadas Regiões Metropolitanas, a competência passaria em tese a ser dos Estados.

No ano de 2020, foi publicada a Lei de n.º 14.026/2020, que estabeleceu novas medidas sobre água e saneamento no Brasil, chamada de Novo Marco Regulatório do Saneamento. Dentre as medidas apresentadas, esta a prerrogativa concedida a ANA (Agência Nacional das Águas), de realizar a regulação e estabelecer condições normativas no que se refere ao Saneamento Básico. Nesse sentido, é possível afirmar, como bem percebido por Sundfeld (2017), que é através dos órgãos de fiscalização que “a lei fornece instrumentos para que a segurança jurídica e a eficiência sejam viabilizadas pela atuação dos próprios órgãos de controle”.

Desta forma, as decisões administrativas contidas no novo Marco Regulatório deveriam ter um papel relevante nesse processo de passagem das políticas públicas de saneamento para o setor privado, onde se espera que vá ocorrer grandes investimentos, o que teoricamente acarretaria a universalização do serviço. Com isso mais de 90% da população brasileira, poderia ter acesso à água e saneamento pelo menor preço e com maior qualidade, em observância aos princípios da modicidade das tarifas, da eficiência e da adaptabilidade.

Dentro dessa perspectiva, ganha repercussão a ideia do jurista americano Adrian Vermeule, em conceder a entidades especiais, a prerrogativa de criar e aplicar normas, concedendo autonomia, tendo uma atuação independente do executivo, do legislativo, do judiciário e do direito positivado.

Ocorre que mesmo o art. 23, inciso IX concedendo competência comum para que os entes federados possam realizar políticas sobre saneamento básico, percebe-se que na nova lei, existe uma usurpação das competências constitucionais administrativas concedidas a cada ente federado e ainda, sendo esta invasão, por intermédio de norma de hierarquia inferior a Constituição Federal.

5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA INTERVENÇÃO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

O Poder Judiciário sempre teve bastante relevância quando se fala da coerência e afinidade entre os demais poderes. Este exerce um papel importante no cenário político e jurídico, pois fiscaliza as condutas administrativas, legislativas e políticas, bem como observa se as condutas estão em consonância com o que determinam a Constituição e as leis esparsas.

No que se refere à função política, o Poder Judicante promove a proteção dos direitos fundamentais, bem como, ao analisar o caso concreto, exara decisões que resolvem os conflitos entre entidades e entre os cidadãos, proporcionando, assim, o bem comum. Para a consecução destas atividades, se tornam de suma importância que sejam concedidas prerrogativas do exercício pleno destas funções, como autonomia administrativa e financeira previstas na Carta Maior.

5.1 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL APÓS A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Durante a Construção Histórica e Jurídica do Estado brasileiro, o Poder Judiciário nem sempre desfrutou das garantias que hoje possui, da forma que eram ofertadas aos demais poderes. Possuía uma atuação mais condicionada, limitada, o que não acontecia com o Executivo e o Legislativo. Nos primeiros anos da República, por volta dos anos de 1890, com a novel Constituição da República, outorgou ao Supremo Tribunal a prerrogativa de Corte Maior da Nação e responsável pela promoção do controle de constitucionalidade das leis.

Mas durante o século XX, o Judiciário sofreu com uma série de restrições as suas liberdades, notadamente no período entre as guerras (1918 a 1939). O artigo do 5º do Decreto 19.398/1930³⁹ suspendeu as imunidades constitucionais e excluiu da análise do Poder Judicante, os atos do Governo provisório, praticados em conformidade com a lei, inclusive, criou um Tribunal Especial para julgamento dos crimes políticos.

³⁹Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.

Parágrafo único. É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais.

Factualmente os governos totalitários têm como estratégia manter-se distante de qualquer processo de fiscalização ou de apreciação judicial de seus atos, atenuando prerrogativas como a autonomia e independência. Esta estratégia retirava qualquer possibilidade de decisão política das entrâncias judiciais, deixando-a, exclusivamente, nas mãos do chefe do executivo. Percebe-se que esta conduta erradicou a autonomia, independência e harmonia entre os poderes.

No Brasil, a autonomia e independência do Poder Judiciário sofreram um grande golpe durante a Ditadura Militar, pois as decisões importantes do país passaram a ser tomadas por um único centro de poder, no caso o chefe do Poder Executivo. Essa mitigação das funções judiciais levou a cassação de juízes, aposentadorias de Ministros da Corte e supressão de garantias, como a estabilidade e vitaliciedade.

Dos poderes erigidos da tripartição dos Poderes de Montesquieu, o que mais sofreu restrições no estado brasileiro foi o judiciário. Para o regime totalitário, uma estratégia que se torna relevante, é afastar o Poder Judiciário das decisões. Com a promulgação da Constituição Cidadã, foi instituído o *check and balances* onde cada poder teria suas prerrogativas e, conseqüentemente, suas funções típicas e atípicas.

Assim, nos artigos 96 a 99 da CF/88⁴⁰, estaria estabelecida uma limitação, um equilíbrio entre os Poderes, já que a Carta estabelecia a consolidação da independência deste

⁴⁰ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Poder, exigia quórum diferenciado para a modificação de certos direitos e previa sua respectiva autonomia, tornando sua classificação como um texto constitucional formal e rígido.

Sobre a Carta Maior brasileira, o Ministro Gilmar Mendes (2013) defende que a Constituição Federal brasileira de 1988 foi o instrumento responsável e necessário para a estruturação de um Judiciário que atualmente possui uma total autonomia institucional e financeira necessária para sua regulamentação administrativa.

Saliente-se que ao se levar em consideração cada fato social e as razões históricas observa-se que a alteração no cenário jurisdicional não ocorreu de forma separada. O destaque e as prerrogativas concedidas ao Poder Judiciante sobrevieram das mutações ocorridas nos ordenamentos jurídicos mundiais, processo intitulado de “Constitucionalização do Direito”.

Segundo Bulos (2011), esse movimento de constitucionalização do Direito, também chamado de constitucionalismo contemporâneo provocou mudanças significativas a exemplo da tentativa de buscar a eficácia social das constituições (efetividade), a prevalência do

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

princípio da força normativa da Constituição e o aprimoramento da hermenêutica constitucional.

Da análise do que fora exposto acima, observa-se que há a necessidade de uma melhor adequação das leis aos casos concretos, bem como de haver uma ponderação antes não adotada, considerando princípios e valores normativos, o que levou à ampliação da prática judicial. Esta passou, então, a desempenhar papel ativo junto à lei no momento de sua aplicação, não mais por meio de uma subsunção automática, mas com certa autonomia, em busca da efetividade normativa.

O positivismo trouxe inovações e garantias a sociedade, mas também trouxe experiências negativas ao judiciário, no que se refere à aplicação dos princípios. O fato se deu pelo fato de ocorrer um esvaziamento de valores e de não se dar relevância aos princípios, pois até aquele momento, não se encontravam insculpidos constitucionalmente. Com a inclusão principiológica nas Cartas Maiores, é que estes se tornaram dispositivos normativos que passaram a ser usados pelos magistrados, sempre realizando a sua ponderação em caso de colisão destes.

A aplicação dos princípios trouxe para o judiciário uma ideia positiva sobre sua autonomia, pois com estes dispositivos normativos, criou-se uma maior autonomia do Poder Judiciante na solução das demandas, de maneira que se afasta da possibilidade de cometer arbitrariedades, bem como, passa a ter uma maior atuação social e política, mesmo que tenha que observar os limites impostos por lei.

Neste sentido, Viana (2002), informa ser visível a “expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e a sociabilidade da vida contemporânea tem sido objeto de uma vasta produção que não mais se contém no seu campo específico de conhecimento, tornando-se matéria corrente da reflexão de vanguarda da teoria social e da filosofia política”.

Com a Nova Carta, o Poder Judiciário brasileiro sofreu uma grande modificação em sua estrutura, tendo esta garantia disposição constitucional, quando da criação do Superior Tribunal de Justiça, de Tribunais Regionais Federais, distribuídos em cinco regiões e de órgãos de segunda instância da justiça federal.

A modificação deste cenário gerou severas críticas quanto à atuação do Poder Judiciário, notadamente pela autonomia e liberdade que foram concedidas para o exercício das funções jurisdicionais. No que tange a nova espinha dorsal deste poder, a nova percepção

tornou-o autônomo e criou um ambiente mais democrático e concedeu liberdade para que seus agentes pudessem exercer seu múnus público. Segundo Nalini (2005, p.161), “a democratização interna do Judiciário terá reflexos na concepção do verdadeiro papel do juiz brasileiro, seja na efetivação de um verdadeiro Estado de Direito de índole democrática, seja na contribuição para um salto qualitativo na experiência da Democracia brasileira”.

Além destas modificações de caráter estrutural, a Lex Maior ainda trouxe uma competência significativa, a obrigação de realizar o controle externo dos atos dos poderes legislativo e judiciário, quando estes não observarem o que estivesse previsto em lei, desrespeitando os princípios norteadores da administração pública, transformando-se em órgão essencial para a proteção dos direitos da sociedade civil.

Esse processo de constitucionalização dos direitos e de controle por parte do judiciário criou uma nova forma de se observar a política, pois o poder das leis passou a ter maior relevância, servindo de baliza e de garantia social frente à desilusão criada por parte da sociedade com os órgãos políticos, no Brasil representado pelos poderes executivo e legislativo. Como se observa a negativa de respostas estatais exige do poder judiciário, uma manifestação contundente sobre diversas questões jurídicas.

5.2 PODER POLÍTICO DO JUDICIÁRIO

Sob esta nova óptica, o Poder Judiciário recebe uma nova “função” e grau de importância, pois além de realizar o controle político dos atos legislativos e administrativos, ainda cuidaria de questões que não fossem dirimidas por parte da administração pública, tendo a atuação dos juízes e dos Tribunais, por muitas vezes, atuado não só para interpretar as normas jurídicas, mas, efetivamente, de forma a criar o próprio direito. Como expressa Barroso (2012), esta nova conduta perpetrada pelos tribunais e pelos magistrados, que os distancia das funções típicas do Poder Judiciário, que é a de aplicar o direito ao caso concreto, os conduz a uma condição semelhante aos de criadores das normas jurídicas.

Diante da nova ordem constitucional e social, o Poder Judiciário ganhou uma nova atribuição, pois se tornou responsável em exercer o atributo de poder político, de vanguardista, de protetor social, tendo bastante influência nas decisões estatais e nos rumos do país. Esses atributos são provenientes da nova estrutura organizacional do Estado Brasileiro que trouxe várias novas competências para este órgão, criando novos tribunais, enfim,

obrigado à nação a conduzir seus atos em observância a moralidade, transparência e eficiência.

Estas são as exigências da nova ordem, pois o Judiciário anteriormente estava mergulhado em uma crise institucional e política, em decorrência de uma atuação deficitária, sem grande relevância, ineficiente. Tinha-se o receio de que com as novas demandas da Nova Carta, esta crise pudesse se agravar, em decorrência de uma série de competências que foram elencadas para o poder jurisdicional. É o que se lê do que expressa Helena Delgado Moreira:

Mais precisamente no que respeita ao Poder Judiciário, ao contrário, pode-se inclusive afirmar que a nova ordem constitucional acabou colaborando, em certa medida, com o agravamento de uma situação de crise – compreendida enquanto atuação deficitária – que, de alguma forma, já vinha mesmo sendo desenhada há algum tempo e que ainda encontra-se pendente de um devido equacionamento tanto no que respeita à sua função instrumental, na composição formal dos conflitos, como no tocante a sua relevância político-institucional, enquanto poder do Estado. (MOREIRA, 2004, p.65).

Esta nova perspectiva do poder judicante fez com que dois novos institutos fizessem parte das decisões em casos concretos, tendo intervenções diretas nas decisões meritórias do executivo e em outras situações, atuando como verdadeiros legisladores, funções que deveriam ser atípicas, mas que ganharam relevância no direito brasileiro. Desta forma, dois institutos se tornaram presentes, a judicialização da política e o ativismo judicial.

Os diversos acontecimentos no último século foram determinantes para o crescimento na visão de que o Poder Judiciário seria o responsável em conceder à sociedade as respostas que deveriam ser oriundas do executivo e do legislativo, que nesse momento, sofriam de forte desconfiança e desilusão política, perdendo o espaço tradicional a estes anteriormente pertencentes e gerando uma crise de representatividade.

Para a manutenção do Estado democrático de direito, diante da nova perspectiva Constitucional, que foi assentada em um texto dirigente, formulado por diretrizes políticas, trouxe importantes dilemas a serem deliberados pela judicialização da política no cenário atual brasileiro. Estes impasses, no que tange a elaboração de políticas públicas, fez com que o poder judicante intervisse diretamente, principalmente, em realizar reconsiderações a questões já consolidadas na ordem jurídica. Trata-se na verdade, de uma adversidade jurídico-político.

Diante destas questões, os temas mais relevantes e polêmicos, passam a ser analisados pelos novos atores políticos, que tem que se pronunciar sobre diversas questões. Para Viaro (2018, p.35-36) a Judicialização significa que "questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais".

Já no que se refere ao Ativismo Judicial, este se consubstancia na compreensão de forma mais criativa, vontade dos magistrados, em aplicar as disposições constantes na Carta Maior, concedendo uma maior amplitude e aplicabilidade ao caso concreto. Este agirá em conformidade com seu entendimento, mas balizado pelos dispositivos constitucionais, aplicando seu entendimento na aplicação dos princípios constitucionais e das lacunas legais. Segundo a doutrina, isso ocorreria em decorrência da inércia dos poderes Executivo e Legislativo.

Segundo Barroso (2012), o ativismo judicial afasta o poder judicante de sua função principal, que se trata da aplicação da ordem jurídica vigente ao caso concreto. Na observância a este novo dispositivo, o judiciário realiza uma função que tecnicamente não lhe pertence, pois nestas situações estaria a realizar a criação do direito, função que não lhe é peculiar e que pertence originalmente ao poder legislativo.

Por esta visão, percebe-se que teoricamente o legislativo e o executivo estariam a perder sensivelmente uma parcela de suas competências para o poder judicante, que tecnicamente se fortaleceria, diante de ser bastante resolutivo e ativo perante a sociedade civil.

Para erradicar os conflitos e realizar a pacificação social, o Direito teve um papel fundamental para administrá-los. Esse fato concedeu ao Estado o monopólio para aplicar o direito e realizar a justiça, consolidando-se como a instituição detentora do poder. Notadamente que o Judiciário exerce um papel político na resolução das lides, pois quando o legislativo e executivo não são capazes de solucionar a demanda, cabe ao Poder Judicante exercer esse papel.

Segundo Barroso (2009) não seria mais cabível a utilização do modelo estático do direito defendido por Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, pois as demandas sociais suplantam as demandas meramente positivadas, questionando se, de fato, o direito produzia ordem e justiça com equilíbrio e igualdade seguindo o paradigma kelseniano.

Nesta senda, defende-se que a atuação eficiente do judiciário é importante na aplicação dos direitos e garantias fundamentais, independentemente da existência de uma norma positivada. Como exemplo, temos os mandados de injunção (art. 5º, LXXI da CF/88) e as ADIN'S que foram encarregadas, de impedir a execução provisória da pena após decisão de 2º grau.

Não é uníssono o entendimento doutrinário acerca do tema. Alguns autores defendem que este comportamento do Judiciário em extrapolar os limites impostos pela lei e pela Constituição fere alguns princípios, como a legalidade, bem como a independência, a liberdade e a harmonia entre os poderes.

Neste sentido, observa-se a necessidade de um debate para tentar restabelecer a crença no Poder Legislativo e a magistratura promover formas de autocontenção, no sentido de não sobrecarregar o judiciário com questões que são inerentes ao legislativo.

Notadamente que existem divergências sobre os limites que o Poder Político do Judiciário possa exercer. No caso de não haver uma limitação, poderia ocorrer deste ingressar nas prerrogativas de outros poderes, ferindo, portanto, a autonomia, funções, prerrogativas e inclusive, inobservando o princípio da legalidade, princípio que deve ser observado fielmente por todos que exercer o múnus público.

5.3 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS LEGISLATIVOS E ADMINISTRATIVOS.

Depois de propor a nova concepção de separação dos poderes, cada ente passou a ser fiscalizador um do outro, tendo, portanto, funções típicas e atípicas. A manifestação de um poder sobre o outro, se dará em casos de omissão, ou, principalmente, quando ocorrer flagrante desrespeito à lei.

Nesta seara o Poder Judiciário ganha relevância, pois será um órgão que terá a responsabilidade de realizar o controle externo dos atos legislativos e dos atos administrativos quando empregados de ilegalidade. Além deste fato, como guardião da Carta Política, este poder tem o papel de resguardar os interesses da sociedade, fazendo com que a lei seja aplicada de forma adequada, sob o risco de não conceder direitos do cidadão dispostos constitucionalmente, como o de ter acesso a água e saneamento com qualidade.

5.3.1 Controle judicial dos atos legislativos

O ordenamento jurídico nacional, através da Carta Magna, precisamente no art. 2º⁴¹ caput, expressa quais são os Poderes da União e informa sobre suas prerrogativas, garantindo a independência e harmonia destes. Observando o que expõe este dispositivo, percebe-se que cada poder possui suas características e funções, devendo ser levado em consideração pelos demais, pois poderia gerar um desequilíbrio institucional e uma invasão de atribuições.

Há de se destacar que cada Poder tem suas funções precípua, a administração pública cabe ao Executivo, o processo de discussão, votação e criação de leis, cabe ao legislativo e ao judiciário, coube à missão de julgar e de realizar o controle externo dos atos dos outros poderes que sejam manifestadamente ilegais.

Como se vê, a lei delimita a atuação de cada poder, sendo que, em situações excepcionais e de relevante interesse da manutenção do interesse público e da legalidade, um pode ingressar na seara do outro para garantir as questões acima aventadas.

No que se refere ao controle externo realizado pelo Poder Judiciante, este possui meios jurídicos de tentar fazer com que o legislativo, cumpra seu papel, se faz necessário que seja observado o princípio da inércia, pelo qual, para que o juízo possa se manifestar no processo haja a manifestação de algum interessado.

Dessa forma, para que o Poder Judiciário possa atuar sobre a atividade legislativa, como nas formas de controle de constitucionalidade, há a necessidade de impulso por parte dos interessados.

Nessa perspectiva, trata-se de uma necessária flexibilidade e reinterpretação conceitual, do princípio de separação de poderes e do princípio de legalidade. A complexidade da sociedade exige uma perspectiva bem diferente.

Isso não significa desprezar e abandonar a construção doutrinária realizada no processo histórico, mas exige do Estado uma maior participação no processo criativo de normas, que revelam as situações do contexto social, o que deixaria o Poder Legiferante assoberbado. Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève afirma que:

⁴¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O jurista não deve ficar indignado com a contemporânea sobrecarga do Legislativo. A sobrecarga será solucionada, seja pela simplificação do processo legislativo, seja pela entrega de parte da função normativa a outros órgãos ou instâncias estatais, em particular para o Executivo legitimado pelo voto popular. A sacralização da lei, ocorrida no século XIX, decorreu do fato de apenas o Legislativo representar a vontade da nação. Embora não se possa mensurar até que ponto o Executivo deixa de representar a nação como o Legislativo, o certo é que o conceito de lei, como o comando normativo estatal proveniente do Legislativo e dotado das características de generalidade (abstração e impessoalidade) e permanência, não se compatibiliza com a sociedade técnica. (CLÈVE, 2000, p.44).

Portanto, a atribuição dos jurisconsultos é o de adequar o pensamento de Montesquieu, principalmente, no que tange à realidade constitucional atual. Nesse sentido, é aceitável aparelhar a autoridade administrativa, para que possa realizar um serviço eficaz, atendendo as necessidades de uma sociedade cada vez mais exigente.

5.3.2 Controle judicial dos atos administrativos

Quando do surgimento do direito administrativo, durante a Revolução Francesa, vários dispositivos foram criados através do Conselho de Estado Francês, como, por exemplo, o sistema de jurisdição. O modelo francês observava o sistema de jurisdição contencioso e o modelo anglo-americano, nascido posteriormente, observava o sistema de jurisdição única, modelo utilizado pelo Estado brasileiro. Desta feita, o controle dos atos administrativos no Brasil, será realizado através do próprio Poder Público, ou quando este não o faz, será realizado por parte do Poder Judiciante.

De sorte que este controle só poderá ser realizado quando ocorrer de forma manifesta uma inobservância ao que determina o princípio da legalidade, não podendo o judiciário, reformar decisões de mérito administrativo. Trata-se, na verdade, de matéria da seara administrativa, cujas condutas são tomadas com observância na lei e que leva como parâmetro para sua escolha a situação que melhor representar o interesse da coletividade.

Notadamente que esta discricionariedade observa os limites impostos pela lei, papel que é concedido exclusivamente à Administração Pública, que poderá tomar respectivas decisões e que estará em menor grau, suscetível a intervenção do Poder Judiciante. Há de se destacar que caso essa prerrogativa fosse concedida ao judiciário, esvaziaria a competência do executivo e haveria uma intervenção e invasão direta às funções precípua do outro poder.

Não seria saudável este modelo de intervenção, pois haveria, na realidade, uma usurpação de poderes. Nesse sentido, escreve Isaac Kofi Medeiros:

Isto porque se ao poder judiciário fosse dada a prerrogativa de, sem limites, revisar os atos discricionários da Administração Pública, estaria agindo como se Administração Pública fosse. Não é saudável para uma República erigida sobre a noção de separação de poderes que juizes tomem decisões sobre assuntos reservados ao poder executivo. Não por preciosismo de forma, mas por boas razões que já foram exploradas no capítulo anterior e continuarão a ganhar destaque nos próximos. A uma porque implicaria em usurpação de poderes, com todas as implicações aí envolvidas, a duas porque as instituições judiciais não são dotadas de pedigree democrático e expertise técnica própria para o processo decisório da Administração Pública. Usando da linguagem coloquial, é dizer que as instituições judiciais não estão “na ponta”, no dia a dia da Administração Pública, para tomar decisões em nome dela. (MEDEIROS, 2020, p. 78).

É cediço que a doutrina nacional, levando em conta os acontecimentos do direito alienígena e o posicionamento dos Tribunais pátrios, tem defendido a possibilidade de um controle judicial amplo dos atos administrativos, sem, no entanto, possuir uma base lógica, principiológica, clara e razoável para justificar esse pleito, deixando o fundamento da legalidade administrativa, e, conseqüentemente, dando lugar ao conceito de juridicidade administrativa.

Seguindo este balizamento, Vieira (2018), especifica que este fenômeno é a materialização de uma retórica neoconstitucionalista aplicada ao direito administrativo. É, quando praticado, ativismo judicial. Trata-se, essencialmente, de uma disputa pelo poder deliberativo do estado com as vestes – por vezes bem-intencionadas, cabe ressaltar – de um discurso jurídico de proteção do texto constitucional. Afinal, ninguém quer ferir a Constituição.

A Constituição Federal expressou em seu texto, no art. 5º, inciso XXXV⁴², que o Poder Judiciário analisará toda e qualquer ameaça ao direito. Analisará os atos realizados pelos particulares, bem como pela Administração Pública. Baseado no princípio da

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

legalidade, o Poder Público deverá buscar o cumprimento de suas finalidades, sempre levando como espectro os ditames constantes na Carta da República Federativa do Brasil.

Da análise do texto Constitucional, no caso concreto e existindo uma lacuna legislativa, o magistrado deverá decidir e apresentar sua decisão, principalmente se existir lesão ou ameaça a direito. Geraige Neto versa o seguinte, quando se expressa sobre o direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciante, senão vejamos:

Consiste num direito público, subjetivo, genérico, abstrato e incondicionado, dado a todos sem distinção e retaliações de qualquer espécie. De fato, sendo a jurisdição o poder-dever de se aplicar, autoritativamente, o direito à situação intersubjetiva litigiosa, fica claro que esse poder de invocar determinada providência jurisdicional objetiva realizar o direito, prevenindo ou reprimindo lesão ou ameaça de lesão, sendo o *jus actione* o meio para se alcançar tal desiderato. (GERAIGE NETO, 2003, p.36).

Notadamente que os atos administrativos deverão ser sempre pautados na lei, cabendo à própria administração realizar o seu controle prévio e, em caso de inobservância, os atos passarão por controle externo, inclusive pelo Judiciário, quando forem considerados manifestadamente ilegais.

5.3.3 O judiciário como garantidor de direitos

No sistema jurídico implantado pela Carta Política, existem três poderes constituídos, cada um com suas funções típicas pré-definidas. Coube ao Poder Legiferante a competência de elaborar os projetos de lei, no sentido de garantir os direitos do cidadão e conceder a paz social. Já ao Poder Executivo incumbe a função de implantar políticas públicas executoras das disposições contidas na norma constitucional.

Há de se destacar que atualmente, condutas que são inerentes a estes poderes não estão sendo praticadas, ocasionado lesões ha direitos da sociedade, que cada vez mais busca uma vida mais digna. Como se observa, na consecução destas duas funções, subxistem problemas a serem resolvidos, pois a população reclama da falta de leis que garantam direitos fundamentais e da execução de políticas públicas que alberguem estas garantias, o que denotaria uma suposta omissão destes poderes.

Desta forma, o judiciário surge como poder interventor, o que justificaria sua participação nas políticas públicas, no sentido de efetivar os direitos sociais, asseverando direitos, principalmente no que tange ao direito a saúde, saneamento, dignidade da pessoa humana, dentre outros, por se tratarem de um direito fundamental.

Como citados acima, muitos direitos inerentes ao cidadão, por vezes, sob uma análise do órgão externo e fiscalizador, deixam de ser observados pelos poderes Legislativos e Executivos. Desta forma, o Poder Judiciário ganhou um papel relevante em buscar o cumprimento das normas jurídicas, com a finalidade de assegurar a manutenção do Estado Democrático de Direito e principalmente, servir como “garantidor de direitos”.

O Judiciário intervém nestas situações, alegando a inobservância da norma jurídica ou entendendo que o Poder Público não tenha agido de forma correta, sem aplicação da base principiológica disposta na Carta Constitucional. Desta forma, age com bastante aproximação entre o direito e a política. Nesse sentido, Castro (1997), informa que:

A transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre direito e política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse público”, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma “política de direitos. (CASTRO, 1997, p. 148)

Historicamente, os tribunais têm estado envolvidos na regulamentação de atividades políticas, no intuito de não permitir que as decisões administrativas, possam usurpar as determinações legais ou tangenciá-las, logo possui um papel de delinear e supervisionar os limites do comportamento político aceitável. Essa conduta do Poder Judiciante proporciona a observância das prerrogativas que asseguram a proteção dos direitos do cidadão, o interesse social e a coesão do sistema jurídico.

Esta atitude externa e garantidora de direitos tem como finalidade combater os excessos dos Poderes Legislativos e Executivos, garante a observância da soberania popular e estabelece o regime democrático, criando um sistema de limitação dos poderes estatais.

Na realidade, os detentores do Poder Político, observaram que cada vez mais os membros do judiciário ganham papel relevante, tendo em vista que acabam se tornando, de forma direta ou não, os reguladores da atividade política, tendo em vista as constantes

intervenções em todas as searas, não só que tange a ilegalidades, mas, também, no que se refere ao mérito administrativo.

Esse processo vem sendo chamado de judicialização da política e possui alguns elementos que são intrínsecos a sua ocorrência, como o exacerbado poder concedido ao Poder Judiciante, enquanto limitadores, criadores de normas e reguladores dos demais poderes políticos, principalmente, no que tange ao Poder Legiferante.

Nas últimas décadas o Poder Judiciário nacional vem ganhando relevância e é crescente sua intervenção nas relações sociais e conseqüentemente, intervindo sobremaneira nas decisões administrativas. Esse fenômeno jurídico vem sendo bastante discutido no mundo, pois se reveste em uma postura dinâmica do Judiciário, em interferir nas decisões dos outros poderes constituídos.

Mesmo apresentando uma legislação moderna e tecnicamente perfeita, do ponto de vista administrativo, o sistema político brasileiro possui muitas falhas. Desta forma, se faz necessário aprimorar e efetivar os meios de controle existentes, cuja finalidade será a de fazer cumprir as políticas públicas elencadas na Constituição Federal e que são do interesse da coletividade.

Há de se destacar a importância desta intervenção, pois servirá, em muitos casos, da manutenção da ordem jurídica, cumprimento das normas constitucionais e principalmente, garantidora da realização das políticas públicas dispostas no texto da Carta Maior.

Nesta senda, Ferejohn (2002), informa que dois fatores são motivadores e preponderantes para este acontecimento, uma destas a fragmentação interna do poder político, o que faz com que não haja a regulamentação dos diversos dispositivos que sejam necessários para a solução de lides, deixando a cargo dos Tribunais esta resolução e o outro, o fato da confiabilidade que o Judiciário possui para dirimir questões relativas ao abuso de poder político, ou seja, no fato da sociedade ter reduzido sobremaneira sua confiabilidade e capacidade do Legislativo de resolver as questões e trazer a paz social.

5.3.4 Diferenças entre ativismo judicial e judicialização

Nas últimas décadas o Poder Judiciário nacional vem ganhando relevância e é crescente sua intervenção nas relações sociais e conseqüentemente, intervindo sobremaneira

nas decisões administrativas. Esse fenômeno jurídico vem sendo bastante discutido no mundo, pois se reveste em uma postura dinâmica do Judiciário, em interferir nas decisões dos outros poderes constituídos.

Diante destas questões, os temas mais relevantes e polêmicos, passam a ser analisados pelos novos atores políticos, que tem que se pronunciar sobre diversas questões. Para Viaro (2018, p.35-36) a Judicialização significa que "questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais".

Realizando um estudo sobre o sentido etimológico e jurídico, Judicializar, significaria “tratar judicialmente, chegar a um julgamento ou decisão”. Nesse contexto, “judicialmente”⁴³. O juiz, exercendo sua função jurisdicional, deverá apresentar um julgamento legal; seria uma forma de administração da justiça, de pacificação social, quando de uma insurgência social.

Notadamente que a análise será realizada sob dois prismas importantes e de certa forma antagônicos, a decisão judicial e a tomada de decisão política. Nesse sentido Lambert (1921), “menciona como sendo o governo dos juízes” e Berger (1977), “como sendo o governo pelo judiciário”. Na verdade, o que se observa nos últimos anos no que se refere à Judicialização da Política, é um crescimento para a primeira hipótese, o governo dos juízes.

Segundo os defensores deste espectro jurídico, este modelo de intervenção seria considerável para a assunção do Estado Constitucional de Direito, suplantando a ideia do Estado Legislativo de Direito, onde preponderava a supremacia do Legislativo e tinha na lei, sua principal fonte de decisões. Nesse diapasão, o judiciário era considerado como um mero aplicador das normas jurídicas, sendo a Carta Maior, um documento sem força normativa, mas, meramente político.

Após a violação dos direitos dos povos e da realização de atrocidades amparadas no “Estado Democrático de Direito” durante o segundo embate mundial, surge a necessidade de novos mecanismos que sejam capazes de proteger o cidadão, e dar efetividade as normas constitucionais, criando garantias e concedendo a estas, uma nova interpretação e aplicação. Coube ao Poder Judicante a atribuição de preservar o cumprimento destas normas supremas.

⁴³ *Oxford English Dictionary*. (1989). 2nd ed. (Prepared by J.A. Simpson and E.S.C. Weiner). Oxford: Clarendon Press. Vol. VIII, p. 297.

Esse movimento assentiu importância ao Judiciário no cumprimento das garantias Constitucionais, pois a sociedade já não possuía a convicção de que os representantes do Executivo e do Legislativo seriam capazes de cumprir a lei e suas funções institucionais. O cidadão passou a enxergar como o único mecanismo de garantia dos direitos e garantias individuais, a intervenção do Poder Judiciário contra as decisões das demais instituições do Estado.

Segundo Barroso (2009), o direito teria uma natureza doutrinária, política, sendo um verdadeiro discurso de legitimação do poder. No entanto, este surge nas sociedades organizadas, como um instrumento de dominação, de institucionalização dos interesses dominantes.

Diante da perspectiva apresentada, observa-se que este fenômeno jurídico possui diversos aspectos a serem considerados, já no que explana do plano institucional, trata-se, na verdade, de um processo de deslocamento do centro das decisões, passando de órgão político, para um órgão jurídico. Esse fato se dá através do exame dos atos administrativos realizados pelos poderes constituídos, atos estes que serão revisados por parte do Poder Judiciário, podendo, inclusive, rever regras do jogo democrático, demonstrando se tratar de uma verdadeira intervenção.

É marcante também a presença da atuação do judiciário nas relações sociais, que segundo Tatte; Vallinder, (2012) serve como um meio para dirimir os enfrentamentos da sociedade, fazendo, assim, com que haja a pacificação e agregação social.

É relevante traçar as distinções existentes entre o ativismo e a judicialização, mesmo os institutos possuindo formulação semelhante. Para Hirschl (2009, p. 139), “a judicialização da política é a transposição da pauta política do poder legislativo ou do executivo ao judiciário, em que questões costumeiramente decididas por estas instâncias – dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”. Seguindo o mesmo entendimento, Vallinder (2012), entende que a judicialização seria uma substituição do poder de decidir da administração pública, transferida ao Poder Judiciário, que a exerceria através de seus juízes e Tribunais.

Dentro da concepção de judicialização política, exsurge um conceito relevante para que se possa compreender a ação do Poder Judiciário. Trata-se, na verdade, de uma forma de enxergar o direito de uma forma ampla, irrestrita, ampliando o alcance de seu significado. Estas disposições vão além de uma simples perspectiva, invadem as prerrogativas de outros

poderes, estabelecendo novos comportamentos não estipulados na legislação vigente, passando a margem do modelo dominante utilizado pelo processo político.

Nesta senda, expressa Barroso (2011), que o ativismo judicial torna explícita uma dimensão de “politização do Judiciário”, aproximando-o do modo de atuação dos demais poderes de Estado, os quais são legitimados democraticamente pelo voto. Por sua vez, o Judiciário também é legitimado em muitos países, como o Brasil, pela via técnica, embora não o seja pelo voto.

O ativismo e a judicialização são institutos muito parecidos, estritamente falando, eles não são causados pela mesma causa direta, não advém da mesma fonte. Segundo Barroso (2011), a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do desenho institucional brasileiro, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Sob esse viés, Tassinari (2013) afirma que a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes.

Nas oportunidades em que o Poder Legislativo não cumpre seu papel, surge a atuação do ativismo judicial, diante de uma desarticulação entre a sociedade civil e a classe política. Assim se manifesta Barroso (2011, p. 234), que “o ativismo se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Já Lênio Streck (2017), posiciona-se de forma a mencionar que o juiz realiza o ativismo judicial quando substitui o direito, pelo entendimento de cada julgador, levando em consideração os argumentos políticos e morais. No que se refere a judicialização da política, esta ocorrerá de uma inter-relação em poderes constituídos do Estado, direcionando a resolução das questões políticas, oriundas do Executivo e Legislativo, para a Justiça Constitucional.

Barroso (2009, p.06), menciona que o Ativismo Judicial é uma escolha do juiz, é uma interpretação constitucional expansiva que visa à retratação do Poder Legislativo.

No entendimento de Ronald Dworkin (1999), o ativismo judicial não observaria o subjetivismo jurídico, o que levaria a uma intervenção de forma indevida nos demais poderes

constituídos, trazendo relevantes prejuízos ao processo democrático que levou décadas para ser erigido. O ativismo seria uma forma de inobservância por parte de um juízo ativista, às normas Constitucionais. Este iria ignorar decisões tomadas anteriormente pelo colegiado da Corte Suprema, que buscou na elucidação de seus julgados, traduzir todo o espectro jurídico e político de uma sociedade. O ativista não observaria qualquer destas questões para se impor perante os demais poderes e compelir sua própria forma de pensar, ignorando o que ideias de justiça exprimem.

Afirma ainda Lênio (2017), que os juízes estão se utilizando da constituição, da força normativa dos princípios constitucionais para apreciar o direito conforme o subjetivo de sua pessoa. Como se soubesse mais do direito que o próprio constituinte. Ainda conclui que quando não concordamos com a lei ou a constituição, construímos um princípio e levamos ao judiciário, onde se torna um grande guichê de reclamações. Deixa-se de fora o debate político, a discussão aberta e restringimos a uns poucos julgadores que não eleitos pelo povo, democraticamente, diz o que pode e o que não pode o que é e o que não é direito.

Assim analisado o caso em testilha, percebe-se que as principais diferenças entre a judicialização da política e do ativismo judicial são as seguintes: na judicialização o procedimento se dá com uma “transferência” de atribuições, de funções do Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, que passa a normatizar e indicar condutas que devem ser observadas pelos outros poderes. Percebe-se que a Judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

Já o ativismo judicial, se utiliza da aplicação dos princípios constitucionais, aproveitando-se da força normativa da Carta, colocando em suas decisões, suas inclinações pessoais, intervindo diretamente nas soluções tomadas pelo Executivo e Legislativo, modificando suas decisões. No primeiro caso, existe uma “transferência indevida de atribuições”, já no segundo caso, ocorre uma “usurpação” das prerrogativas por força da decisão judicial.

6 AS QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE DO SERVIÇO DE SANEAMENTO NO BRASIL – AS COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERADOS.

No Brasil as questões ligadas ao saneamento básico e as respectivas competências dos entes federados, sempre foram motivos de discussão no meio jurídico. A legislação foi atualizada, mas, mesmo assim, o legislador permanece a não observar nestes momentos, as questões ligadas às prerrogativas dispostas no texto constitucional. Nesse capítulo, serão discutidas as ideias voltadas à constitucionalidade das normas que versam sobre esse serviço que traz tantos benefícios a população.

6.1 UMA CONSIDERAÇÃO SOBRE A DECISÃO DO STF NA ADI 1.842/RJ.

No Estado do Rio de Janeiro foram criados dispositivos normativos que transferiam competências dos municípios para o Estado, por conta da formação de aglomerados urbanos, as chamadas Regiões Metropolitanas. A celeuma se deu com a Lei Complementar de n.º 87/1997, da Lei de n.º 2.869/1997 e do Decreto de n.º 24.631/1998. Para tanto, foi interposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 1.842/RJ⁴⁴ e o STF teve que se manifestar.

O Relator do processo foi o Ministro Maurício Corrêa, que no dia 12 de abril de 2004, proferiu seu voto, indicando que os dispositivos normativos do Estado do Rio de Janeiro eram constitucionais, pois possuía o entendimento de que no que se referia ao saneamento básico, esta matéria ultrapassava os limites de interesse exclusivo dos Municípios envolvidos. Além disso, suscitou que ainda haveria a competência supletiva do Estado para legislar acerca de águas superficiais e sobre saúde pública, conforme dispõe a Carta Política brasileira.

Ocorreu que o entendimento do relator não prevaleceu entre seus pares, desta feita, o então Ministro Joaquim Barbosa divergiu, alegando que a criação de um aglomerado urbano, não seria suficiente para retirar as competências sobre o saneamento dispostas pelo texto Constitucional. O surgimento de regiões metropolitanas não poderia retirar a autonomia política dos municípios que dela fizessem parte. No que se refere às questões de serviços públicos de interesse comum, passariam para a nova entidade jurídica, mas o exercício das

⁴⁴ ADI 1.842/RJ - <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>

funções normativas, executivas, diretivas e administrativas do novo ente, deveria ser partilhado de forma equivalente entre o Estado e os Municípios envolvidos.

O Ministro Nelson Jobim, também teve entendimento divergente do relator, segundo este julgador, os interesses das regiões metropolitanas e dos municípios eram convergentes, logo, possuíam um interesse em comum. Citou que “As funções administrativas e executivas da região metropolitana somente poderiam ser exercidas por órgão próprio ou por outro órgão a partir da autorização ou concessão dos Municípios dela formadores”.

Desta forma, no entendimento do julgador, a prerrogativa dos Estados seria somente no que tange ao procedimento, a este ente federado, só lhe albergava a função de criar a região metropolitana, desde que fosse demonstrada a viabilidade. Nas questões voltadas a ordenação interior, deveria ser contemplado o princípio da igualdade municipal ou da representação proporcional entre os entes municipais, a depender das circunstâncias sociais e econômicas da região.

Caberia, então, aos Municípios integrantes decidir, no âmbito do conselho deliberativo da região metropolitana, a forma de prestação dos serviços metropolitanos (se diretamente por cada Município, pelo Estado, por empresa estatal intermunicipal, por empresa estatal estadual ou por concessão).

Os votos dos Ministros que divergiram inicialmente do relator foram prolatados no dia 08 de março de 2006, antes da edição da Lei de n.º 11.445/2007, lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.

No mesmo sentido. O Ministro Gilmar, na data de 03 de abril de 2008, exarou que seguia o entendimento que quando do serviço de captação, tratamento e adução, que por vezes ultrapassam os limites de municípios, e, mesmo assim, permanecem na competência municipal, não passam para as prerrogativas do ente Estatal, mesmo quando da criação de aglomerações urbanas, em conformidade com o que explica o art. 25, § 3º da Constituição Federal.

A criação de novas áreas urbanas, não leva a obrigatoriedade de transferência de competências para a entidade estatal. A ideia do julgador levou-o a ser o redator do acórdão. Convém transcrever o trecho da ementa:

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder

decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declara a inconstitucionalidade da expressão ‘a ser submetido à Assembleia Legislativa’ constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro.

Já no ano de 2013, os Ministros Ricardo Lewandowski, Teori Zavaski, Rosa Weber entre outros, manifestaram-se na prolação do acórdão, sem trazer qualquer inovação e após 09 anos do início do julgamento, a ADI 1.842/RJ foi finalmente julgada.

Como se vê esse caso do Estado do Rio de Janeiro, em que a Lei Estadual estaria a inobservar os dispositivos Constitucionais, é emblemática para o deslinde das questões principais deste trabalho, pois já apresenta um indicativo e uma inclinação de quem seria a competência para gerir o serviço de saneamento no Brasil. Mas, na realidade, de quem seria esta competência? Há muitas questões a serem analisadas, mas a Carta Política indica quais as prerrogativas de cada ente federado, o que deveria facilitar o entendimento acerca do assunto.

6.2 AFINAL, DE QUEM É A COMPETÊNCIA PARA ORGANIZAÇÃO E PRESTAÇÃO?

O Supremo Tribunal Federal teve um papel importante em dirimir a dúvida a cerca de quem seria a competência para a prestação e organização do serviço público de saneamento. Pelo posicionamento da Corte na ADI 1842/RJ, no que tange a ordenação, disposição e fornecimento do serviço, caberá às entidades municipais.

No entanto, quando a questão versar sobre integração desta ordenação, planejamento e execução, essa prerrogativa, por ser de interesse comum de Municípios adjacentes, vizinhos, o Estado poderá intervir no assunto, através de Lei Complementar estadual quando da criação de uma aglomeração urbana. Há de se destacar que a Região Metropolitana será uma instituição burocrática, realizadora de atividades administrativas, sem prerrogativas de ordem legislativa.

A esse respeito, a decisão da Suprema Corte não foi muito elucidativa, pois a titularidade para a prestação e organização do serviço de saneamento, caberá ao poder concedente. No caso dos aglomerados urbanos, a competência seria dos Estados e dos Municípios, desta forma caberia a organização administrativa a entidade estatal regional. Em se tratando de competência de órgão estadual, dever-se-á observar que tipo de instituição administrativa deverá ser utilizado para a prestação do serviço, evitando invasões de prerrogativas de outros entes. Como se vê o assunto não é elucidação simples.

Na decisão exarada pelo STF, torna-se clarividente que o acórdão incluiu os municípios na condução dos trabalhos e nas decisões no que se refere às regiões metropolitanas, fato que era silente por parte da Constituição Federal. Só que observando ao que detém na prática, não há como retirar dos municípios estas prerrogativas, tendo em vista serem os prestadores diretos do serviço de saneamento e estarem próximos da comunidade que é beneficiada com este serviço.

A inovação que foi concebida pelo Supremo foi incorporada a legislação nacional, como por exemplo, o Estatuto da Metrópole estabeleceu em seu § 1º, do art. 3º, que os Estados e Municípios que estivessem situados em aglomerados urbanos, deveriam realizar uma gestão interfederativa.⁴⁵

A mesma legislação, Lei de n.º 13.089/2015, estabeleceu em seu I, do art. 8º, que a instância executiva da região metropolitana será formada por representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas⁴⁶.

Diante da manifestação do Poder Judiciário, a solução apresentada acabou por ser incluída nas leis que versavam sobre saneamento, após publicadas, no caso a Lei de n.º 11.445/2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e criou o Comitê Interministerial de Saneamento Básico. Esta legislação foi modificada pela Lei de n.º 14.026/2020 – Novo Marco do Saneamento, que atualizou o marco legal do saneamento

⁴⁵ Art. 3º Os Estados, mediante lei complementar, poderão instituir regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, constituídas por agrupamento de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

§ 1º O Estado e os Municípios inclusos em região metropolitana ou em aglomeração urbana formalizada e delimitada na forma do caput deste artigo deverão promover a governança interfederativa, sem prejuízo de outras determinações desta Lei.

⁴⁶ Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;

básico e atribuiu à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), a competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento.

A nova legislação trouxe em seu bojo a decisão do STF, ao dispor em seu artigo 8^o⁴⁷, de quem caberia o exercício das condutas e titularidade na prestação dos serviços públicos de saneamento.

Como se vê, as competências sobre a titularidade na prestação dos serviços estão elencadas na Constituição Federal, mas uma lei ordinária, no caso a Lei de n.º 14.026/2020, versa sobre o assunto e em alguns aspectos, contrariando o que determina a Carta Política, seja por vício de material ou formal, o que será objeto do próximo tópico deste trabalho. Levar as prerrogativas de fiscalização, organização e controle para a nível federal, através da ANA, poderá estar usurpando as prerrogativas elencadas no texto Constitucional.

O que se observa, é que paira a possibilidade de uma (in) constitucionalidade neste dispositivo, o que indubitavelmente deverá ser analisado pela Corte Suprema. A ideia de que se poderia estar a universalizar um serviço, não pode servir de subterfúgio para a concordância de uma verossímil ilegalidade.

⁴⁷ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:

I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal;

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento.

§ 3º A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrôpole).

§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal.

§ 5º “O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação.” (NR)

6.3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BRASILEIRO – INOBSERVÂNCIA AS PARTIÇÕES DE COMPETÊNCIAS DAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

É salutar que o Estado brasileiro busque sempre prestar os melhores serviços para seus administrados, notadamente no que diz respeito às populações mais necessitadas. No entanto, esse tipo de serviço público é bastante complexo e de alto custo, portanto, para sua universalização, precisou de um acerto político-administrativo, para que se tentasse chegar a um grande avanço civilizatório da sociedade brasileira.

Notadamente que o direito não é um sistema fechado, está sempre atento às exigências do bem comum da sociedade contemporânea. Neste sentido, Habermas (1997, p.323), expressa que "o direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da eticidade democrática dos cidadãos".

Com a Carta Política de 1988, o Brasil inaugura uma nova fase administrativa, onde o Estado assume um papel de destaque e de vanguarda, na consecução dos serviços públicos. Para tanto, necessitou montar uma estrutura organizada, regulada, onde o que não fosse efetivado diretamente pelo Poder Público pudesse ser objeto da normatização, controle e fiscalização.

A concepção moderna de garantia de direitos é fruto de uma conquista secular e do desenvolvimento da sociedade, advinda de lutas sociais em busca destas liberdades, o que culminou com uma construção social, consolidando mecanismos que seriam definidores e garantiriam a observância da dignidade humana. Neste trilhar, Norberto Bobbio, no livro a Era dos Direitos, salienta o seguinte:

O problema da realização dos direitos do homem, não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. (BOBBIO, 2004, p.45).

O desenvolvimento da sociedade exigiu que a Administração Direta possuísse funções e atividades que fossem executadas por terceiros. Nesta senda, a Constituição prevê que muitos dos serviços públicos seriam prestados por terceiros e para isso, criou um mecanismo de fiscalização, que de certo não mostrou a eficiência desejada nos últimos anos.

De certo que as condutas administrativas tomadas pelos gestores na consecução destas condutas publicistas, deve levar em conta os anseios da sociedade civil, bem como as determinações constantes na Carta Maior, que vindica os direitos inerentes aos cidadãos e indica as condutas que devem ser observadas pelo poder público. A politização servirá, na realidade, como meio de enfatizar as diretrizes criadas através dos dispositivos constitucionais e não pelas diretrizes dos Governos.

Assim as políticas públicas são inerentes aos governos, que apresentam a população durante o período eleitoral e que, acreditando nestes projetos, que tem como base as exigências do bem comum, bem como as disposições contidas no ordenamento jurídico pátrio, escolhem seus governantes. Pensando nessa seara, é que os projetos apresentados sejam realizados, pois representam os anseios da democracia.

Neste sentido, Freitas (2015, p.223), explica que “as políticas públicas são reconceituadas como programas que o Estado, nas relações administrativas, precisa enunciar e implementar de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva”.

Para Forester (1989), não faz sentido que para que se formule uma política pública de qualidade, seja necessário passar por três crivos e, mesmo assim, ainda não estejam em conformidade com que é exigido pela lei e desejado pela sociedade civil. Desta forma, o processo de qualificação das políticas públicas brasileiras não é eficiente, pois o que se imagina quando se trata de controle da administração, é que exista um Direito Fundamental a Boa Administração, onde o acompanhamento e controle dos atos governamentais levariam a uma maior efetividade das questões que são priorizadas pela Carta Maior. Neste sentido, Juarez Freitas expressa que:

O Estado Constitucional, na sua gradativa afirmação (nem sempre linear) dos elementos da cidadania possui, não sem graves riscos de captura, precípuas funções de fomentar, induzir, regular e prover consoantes prioridades mandatárias. Em outras palavras, não se admitem os atos administrativos de soberania ou exclusivamente políticos, no presente estágio de constitucionalização do Direito Administrativo. (FREITAS, 2015, p.118)

Mesmo apresentando uma legislação moderna e tecnicamente perfeita, do ponto de vista administrativo, o sistema político brasileiro possui muitas falhas. Desta forma, se faz necessário aprimorar e efetivar os meios de controle existentes, cuja finalidade será a de fazer

cumprir as políticas públicas elencadas na Constituição Federal e que são do interesse da coletividade.

Há de destacar que deve predominar as disposições contidas no corpo da Carta Política, pois o Brasil possui um sistema normativo ordenado, escalonado e disposto no art. 59⁴⁸ deste documento.

6.3.1 As modificações da lei 14.026/2020 – o novo marco regulatório brasileiro.

A Lei de n.º 14.026/2020 trouxe modificações significativas na legislação que versa sobre o saneamento básico, tendo como finalidade precípua, universalizar a prestação dos serviços públicos de água e saneamento, para que o Brasil possa cumprir as obrigações assumidas juntamente aos objetivos da ONU em 2033. A norma apresenta-se como um instrumento de grande avanço civilizatório, no que se refere à melhoria na prestação deste serviço considerado essencial na consecução do princípio da dignidade da pessoa humana.

A legislação tem como finalidade tornar acessível o serviço até 31 de dezembro de 2033, cuja ideia é que 99% da população brasileira sejam atendidas com água e 90% com saneamento básico. Ocorre que o Poder Público, com esta movimentação legislativa, buscou retirar da Administração Pública a responsabilidade em realizar os investimentos e a execução destes serviços, e ainda através de uma lei ordinária. Ocorre que o mesmo diploma retirou as competências estabelecidas constitucionalmente, ao retirar das empresas estatais, a execução do serviço, bem como de Estados e Municípios, as prerrogativas de organizar, fiscalizar e executar referido serviço.

A ideia do legislador parece evidente, repassar para o setor privado toda a prestação deste serviço, usurpando dos entes federados estas competências, e como justificativa, a impossibilidade da administração pública em conceder as respostas necessárias para alcanças os objetivos acima mencionados. As vencedoras dos certames, deverão ter o compromisso de

⁴⁸ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

acessar a toda a população os serviços de água e saneamento básico, ficando a cargo da ANA – Agência Nacional das Águas, a regulação, fiscalização e controle de todos estes serviços públicos.

Há de se destacar que o sistema distributivo formulado pelo legislador constituinte, inicialmente, não teve o condão de realizar uma partição adequada das competências, algo que foi corrigido durante os anos com leis que regulamentaram o setor e com as decisões do STF no caso concreto.

Neste contexto, competências atribuídas à União lhes garantiram uma liderança e uma sobreposição no sistema federativo nacional. Ainda assim, houve uma limitação destas prerrogativas através das limitações impostas pelo princípio da simetria à competência constituinte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que tange a elaboração de suas leis constituidoras, pois estes entes possuem autonomia de governar-se, de terem a possibilidade de criar suas próprias leis, no sentido de serem capazes de reger suas atividades e o seu funcionamento com liberdade e qualidade.

A União Federal possui suas competências, mas isso, não chega ao ponto de se acusar existir um Estado unitário descentralizado. Destaque-se que alguns assuntos relevantes foram tratados de forma descentralizada, com a finalidade de que cada Estado ou Município pudesse apreciar melhor as realidades locais e estimular, impulsionar da forma mais efetiva a realização das políticas públicas. Sobre o assunto, a Constituição, no que tange ao saneamento público no Brasil, trouxe o regramento sobre esse assunto, em três dispositivos: art. 21, inciso XX, art. 23, inciso IX e art. 200, inciso IV⁴⁹.

Da análise da Carta Política, verifica-se que a competência para exarar normas gerais, pertence à União, no que tange a estabelecer diretrizes para desenvolvimento urbano, habitação e saneamento básico. Já a execução e programas de construção e melhoria do

⁴⁹ Art. 21. Compete à União:

(...)

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

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

(...)

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

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

saneamento básico, a carta deixou como prerrogativa dos demais entes federados, efetivando uma divisão de competências e a nível constitucional.

Para assegurar estas medidas, Almeida (2010, p.80) expressa que para a consecução destes fins, os entes federados precisam ter liberdade para “reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras”.

Há de se destacar que tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que a competência e titularidade para a prestação deste serviço, seriam dos municípios, conforme especifica o art. 30 da CF/88. Mas sob uma ótica civilizatória, de maximização e oferta de um serviço de qualidade, a novel legislação trouxe alguns pontos que contraíam as questões materiais e formais dispostas na Carta Política.

Julgados que foram mostrados nesse trabalho, comprovam essa tendência e a usurpação destas competências elencadas na Magna Carta, configuraria uma conduta de desrespeito à hierarquia normativa nacional e conseqüentemente, em uma ilegalidade que levaria a possibilidade de decretação de inconstitucionalidade por parte do Guardião da Constituição. É cediço que mesmo reconhecendo estas prerrogativas, o STF não veda a possibilidade de que os municípios possam, de forma organizada em consórcios, em prestar os serviços de saneamento, mediante as dificuldades na prestação universal, já que se exigem grandes investimentos.

Diante do novo marco de regulação, já foi proposta a ADI 6.492, que tem como autor o Partido Democrático Trabalhista – PDT, que elencou como objeto os artigos 3º – na parte em que acrescentou o artigo 4º-A, § 1º, I, II e III, à Lei Federal 9.984/2000 –; 5º – na parte em que alterou o artigo 1º, caput e I, da Lei federal 10.768/2003 –; 7º – nas partes em que acrescentou os artigos 10-A e 53-A, caput, e alterou os artigos 17, § 3º; 22, III e IV; 29; caput, I, II, III e §§ 2º, 3º e 4º; 35, caput, II, IV e V e §§ 1º e 2º; 44, caput e § 1º; e 45, caput e § 4º, da Lei federal 11.445/2007 –; 11 – na parte em que alterou o artigo 54, caput, I, II, III e IV, da Lei federal 12.305/2010 –; 13, caput, V, VI e § 2º; 14, caput e §§ 1º e 2º; e 18, caput, da Lei federal 14.026/2020. Como parâmetro de controle, foram indicados os artigos 3º, III e IV; 21, XX; 23, IX; 29, caput; 30, I e V; 37, caput e XXI; 165, § 7º; 170, VII; e 241 da Constituição Federal e o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT⁵⁰.

⁵⁰ <https://static.poder360.com.br/2020/08/fux-pdt-saneamento.pdf>

A ação acima mencionada tem por escopo impugnar o texto normativo, por entender que em caso de se determinar a criação de um monopólio aos particulares, repassando a estes a exploração dos serviços de água e saneamento básico, fatalmente poderia levar as pessoas de menor poder aquisitivo, a ter violado o direito ao acesso a esse sistema que é vital para uma sobrevivência digna, já que poderia afetar sobremaneira a modicidade das tarifas.

Entende o postulante que as empresas privadas visam ter lucro em suas operações e que este interesse, seria incompatível com a necessidade e vulnerabilidade que as comunidades mais carentes, notadamente as dos pequenos municípios e das áreas rurais. Na peça, ADI 6.492 o autor especifica que “a novel legislação colocará em risco o sistema de subsídio cruzado, em que os municípios superavitários compensam os deficitários; além de enfraquecer as empresas estaduais de saneamento pela extinção abrupta dos contratos de programa firmados entre os municípios e as empresas estaduais e municipais de água e esgoto, o que, sem a previsão de um período de transição, acarretaria esvaziamento do patrimônio dessas empresas estatais, considerada a impossibilidade de amortização gradual de investimentos já realizados”.

Ponderou ainda que “a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA ofenderia o princípio federativo. Outrossim, aduz que a ampliação dos quadros da referida Agência e a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico - CISB não teriam sido acompanhadas de estimativas de impacto fiscal e financeiro. Nesse contexto, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade”.

Na sua fundamentação, o Ministro relator especificou que o setor privado encontra-se atualmente como a possível solução dentre os especialistas, para a solução das questões voltadas ao saneamento público, mas que, a participação das entidades regulatórias, seria primordial para que o serviço fosse regulado, fiscalizado e conseqüentemente, a população tenha um serviço de qualidade e com uma modicidade tarifária.

Segundo Capanema (2018, p. 31-43), existe “a necessidade de atrair mais recursos para o setor, de dar mais celeridade e de distribuir melhor os investimentos; o fato de as empresas privadas não terem seu acesso a recursos restrito pelos normativos aplicáveis ao setor público e não estarem sujeitas ao processo licitatório, fatores que contribuem para sua eficiência”; e de que “boa parte dos prestadores públicos enfrenta problemas relativos à capacidade técnica e de gestão”.

A questão econômica e fiscal, não deve ser a única questão a ser observada, é necessário que o legislador observe também as questões de ordem legal. A Constituição brasileira deve ser respeitada, não é a despeito de entregar uma prestação de serviço ao particular, pela deficiência do serviço estatal, que se liberaria a inobservância aos preceitos legais, isso se apresenta como um verdadeiro absurdo.

O partido requereu a concessão de uma medida cautelar, o que não foi concedida pelo Relator, o Ministro Luiz Fux, que em sua decisão alegou que “que seria inegável que o desenho normativo do marco regulatório de um setor tão sensível a todos os brasileiros não pode ser isento a um controle social e jurídico rigorosos, sobretudo diante dos imperativos constitucionais de universalização, adequação e eficiência”. No entanto, o relator não achou, no momento, adequado para conceder a liminar pretendida e entendeu realizar um juízo mais perfunctório da questão, quando da análise de mérito pelo Plenário da Corte.

Como se vê, no momento, a Corte não teve a segurança jurídica necessária para dirimir a questão, pois assuntos de nível constitucional devem ser observados, mesmo o relator informando que, de início, não vislumbraria qualquer impossibilidade do ponto de vista normativo relativo à Carta Política.

Outro fato que deve ser observado e que padece de constitucionalidade, o que não foi levantado pela ação constitucional, diz respeito às alterações que foram realizadas através de lei ordinária, frente ao que especifica o texto normativo disposto na Carta Política. O novo Marco Regulatório alterou competências dispostas constitucionalmente e as modificou através de lei hierarquicamente inferior, ato jurídico que é contrário ao ordenamento jurídico nacional, padecendo de constitucionalidade.

Desta forma, é imperativo que, seja verificada a predominância da hierarquia normativa disposta na Carta Magna nacional, para que se demonstre a impossibilidade de modificação destes dispositivos, com os vícios formais ora apresentados no caso do novo marco regulatório nacional.

6.3.2 A predominância das disposições constitucionais nas ideias kelsen e schmitt

Dando continuidade ao estudo que versa sobre os dispositivos constitucionais que versam sobre as competências dos entes federados e que lhes determinam as prerrogativas

para tratar do serviço de saneamento, é salutar que de início se faça uma digressão acerca da ideia de Constituição e sua prevalência na lógica de Hans Kelsen e Carl Schmitt.

O primeiro jurista tem a concepção de que a constituição deve ser normativa, prescrita. Em sua obra, *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (2009, p. 215-217), expressa seu pensamento sobre a ordem normativa da constituição informando que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma (...) cujo fundamento de validade pode ser reconduzido a uma mesma norma comum fundamental formando, em seu conjunto, uma ordem normativa”.

Da análise do que expressa o autor, se percebe que o requisito de validade da norma é o fundamento estabelecido pela lei de hierarquia superior, no caso a constituição, demonstrando existir em seu princípio um escalonamento das normas e uma ideia de pirâmide normativa.

No contraponto a ideia Kelseniana, Carl Schmitt tem uma visão divergente no que concerne ao conceito de constituição. Para o jurista, a lei maior seria definida a partir do fato social, das relações da sociedade, de uma realidade apresentada, seguindo um pouco a ideia do conceito de Constituição em sentido sociológico.

Além do que foi dito, ainda se distancia do pensamento de Kelsen, ao não admitir que a constituição seja advinda da norma. Para Carl, esse seria um modelo constitucional em sentido ideal. Nesse trilhar, Schmitt (2003, p. 58), versando sobre o assunto informa que o modelo que chama de constituição em sentido ideal, somente seria considerado caso houvesse “designado como constituições aquelas que correspondiam às demandas de liberdade burguesa e que contivessem certas garantias de tal liberdade”.

Ressalta, ainda, que essa referência de organização do Estado, deve prever e resguardar as liberdades e garantias constitucionais, sob o risco de não as fazendo, não ter o condão de ser chamada de constituição. Para Schmitt (2003, p.60), “são garantias constitucionais da liberdade burguesa: reconhecimento dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e uma participação popular no Poder legislativo, diante de sua representação popular”⁵¹.

Esse documento de organização estatal, com a existência de norma maior que represente os interesses do povo de uma nação, deve representar dentro de um momento

⁵¹ “Son garantías constitucionales de la libertad burguesa: reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una Representación popular”.

histórico, como um modelo de decisão política fundamental de determinada sociedade, diferindo a ideia de constituição e leis constitucionais.

Diante do que foi apresentado, percebe-se que o jurista coloca como imperativo, a decisão política fundamental e não o que estaria contido nas leis constitucionais, que, segundo Schmitt (2003, p.60), em reduzida síntese, “podem ser compreendidas num sentido mais próximo ao que compreendemos hoje como previsões inseridas num documento escrito, independentemente de seu conteúdo”.

Para o autor, o poder do Estado emana do povo, sendo esta colocação uma indicação de que as decisões políticas concretas faziam parte da fundamentação jurídico-positiva da Constituição, fazendo valer, através do Poder Constituinte como uma unidade com capacidade e consciência de sua existência política.

Nas palavras de Lassalle (1998, p. 67) “a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem”, ao passo que “as constituições escritas não tem valor bem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social”.

Há de se destacar que o modelo constitucional vem sofrendo modificações em seus paradigmas, sendo estes aspectos relevantes nesta nova conjectura. Dentro destas vertentes do Constitucionalismo, no que se refere ao papel de poder fiscalizador, o Ministro Luís Roberto Barroso é um dos principais defensores da corrente do chamado neoconstitucionalismo. Esta doutrina resguarda uma tendência de que sejam realizadas modificações no direito constitucional, suplantando a ideia positivista, que sofre duras críticas em seus aspectos fundamentais.

Barroso (2017) considera que a noção de coação, norma, ordenamento jurídico e a interpretação judicial, refuta a concepção de separação entre o direito e a moral, com a tese da “leitura moral da Constituição” de Ronald Dworkin, cuja defesa da interpretação constitucional é pautada em critérios de justiça substantiva, notadamente os princípios, é reproduzida pelo constitucionalista brasileiro de modo a estilizar uma sorte de razão prática na argumentação jurídica.

Seguindo este raciocínio, se faz pertinente revelar a resignificação concedida ao conceito de constituição elencado pelo Tribunal Constitucional Alemão, que define a ordem constitucional como uma ordem objetiva de valores. (BARROSO, 2012, p. 35; BÖCKENFÖRD, 2017, 165-168; LARENZ, 2019).

Após a análise no novo conceito de constitucionalidade, há de se contemplar as questões inerentes aos atores que seriam responsáveis pelo controle de constitucionalidade, notadamente quando nos momentos emergenciais, nos momentos de crise, ocorrem as aparições dos chamados *blackegrey holes* – os chamados buracos negros.

Caberá aos juízes, o papel de solucionar as demandas que os demais poderes não foram capazes de decidir, ou que foram conduzidos de forma a extrapolar os limites impostos por lei. Dyzenhaus (2006) especificou que mesmo no intuito de se resolver todas as demandas sociais e não deixar nada sem solução se faz indubitável, mesmo na atuação da corte se observar a preservação da ordem constitucional e democrática, que se reflete em uma garantia de eficácia desses mecanismos legais.

Destaque-se, ainda que Carl Schmitt (2007) lançou um desafio difícil aos teóricos liberais: questionar se o Estado de Direito é realmente uma opção para as sociedades democráticas em contextos de crises e emergências.

Nesta senda, Dyzenhaus (2006), expressa o entendimento de que a finalidade primordial é essência do Estado de Direito e seus consectários, principalmente o controle de constitucionalidade, tem lugar central durante as emergências ou crises, especialmente, tentar provar a afirmação segundo a qual os juízes possuem o dever moral de proteger o Estado de direito contra as arbitrariedades do Estado, sobretudo quando as legislaturas e o Executivo se retiram da defesa coordenada desse projeto.

O autor ainda segue informando que o mecanismo principal para delimitar a atuação dos demais poderes e a manutenção do Estado Democrático de Direito, se dará através do controle de constitucionalidade, alertando para o possível descumprimento daqueles vínculos com o Estado de direito e para exigir o comprometimento dos atores políticos.

No atual momento, assemelha-se a escolha do legislador em criar a nova espécie normativa, nas formalidades escolhidas, como uma conduta que se desgrega dos vínculos do Estado Democrático de Direito, cabendo aos Ministros da Corte o dever moral da proteção deste, pois a modalidade apresentada se configura como uma arbitrariedade por parte do Poder Legislativo, que modificou os preceitos constitucionais sem ser pela via legal exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim o Poder Judiciário, no caso a Corte Maior, como guardião da Constituição, deverá agir, cabendo uma conduta proativa diante da conduta descabida e ilegal por parte do Poder Legislativo, que com a aprovação do Novo Marco Regulatório, cria grandes obstáculos ao exercício dos direitos fundamentais e essenciais que garantem a observância

ao princípio dignidade da pessoa humana. Notadamente que esta exigência esbarrará nas imposições do Estado Democrático de Direito, citando como caso e exigência dos limites impostos aos poderes constituídos e ao pacto federativo.

Para encerrar com estas imperfeições e restrições impostas por leis que não observam o inetersse coletivo, o Judiciário tem se tornado relevante, ao moderar estas condutas, através do controle concentrado de constitucionalidade, que possuem efeito vinculante e *erga omnes*.

Da análise do paradigma jurídico e social, percebe-se que o Poder Judiciário, dentro das questões do dia a dia, terá papel importante da resolução das questões de interesse da coletividade, adentrando na seara legislativa e editando normas pela via judicial, que será possível asseverar através do ativismo judicial.

Desta forma, o conflito de competências Constitucionais, no que se refere ao saneamento básico, deve ser analisado, pois, seguindo as ideias destes autores clássicos, o Novo Marco Regulatório do Saneamento nacional padeceria de Constitucionalidade. É o que será verificado no tópico a seguir.

6.3.3 A supremacia da constituição frente às leis de hierarquia inferior

O Estado brasileiro segue um modelo organizacional proposto no texto constitucional, onde cada ente federado, cada poder, segue um sistema de estruturação de normas e possui suas prerrogativas. Destaque-se que, por vezes, em decorrência das demandas da sociedade civil, este padrão teve que ser readequado às realidades locais, tendo em vista que o modelo estático de proteção e garantia de direitos, necessitou de modificações referentes às competências estatais.

Em várias situações sociais, o Estado não concedeu ao cidadão a resposta desejada, pois se mostrou inerte e sem capacidade de resolução de várias demandas consideradas essenciais. Assim, o legislativo e o executivo, mesmo sendo mais acessíveis e possuindo mais instrumentos que possibilitariam a participação da sociedade civil, perderam espaço para a atuação cada vez mais frequente por parte do poder judiciário.

Notadamente que o direito não é um sistema fechado, está sempre atento às exigências do bem comum da sociedade contemporânea. Neste sentido, Habermas (1997,

p.323), expressa que "o direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da eticidade democrática dos cidadãos".

Para que vivesse em sociedade, o homem necessitou abrir mão de parte de sua liberdade, em favor da coletividade, vindo, assim, a surgirem diversos direitos que ainda não estavam presentes no mundo jurídico. Essas prerrogativas, com o passar dos tempos, precisavam fazer parte dos instrumentos jurídicos existentes, pois, somente assim, poderiam servir como mecanismos de garantias dos direitos inerentes ao homem e a sociedade. Assim, a positivação dos direitos e garantias nas Constituições modernas tornou-se algo comum e presente.

No tópico anterior, o art. 59 da Carta foi citado, elencando os tipos legislativos existentes no Estado brasileiro. Da leitura do que está exposto em seu corpo, a lei maior nacional estabeleceu que somente poderia ser modificada pelo Poder Legislativo reformador, através do processo de Emendas a Constituição, processo que demanda um procedimento mais rígido e complexo. Com essa disposição, o constituinte visou garantir a observância aos direitos que foram elencados e concedidos ao povo brasileiro e, desta forma, fazer com que a legislação possa manter o espírito normativo de sua estruturação inicial.

No que se refere ao novo marco regulatório, esta lei ordinária acabou por modificar competências dos entes federados, cuja previsão esta contida na Constituição Federal, em seu inciso IX, do art. 23, que é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, notadamente no que concerne a promoção de programas e de construção de saneamento básico.

Da leitura do que especifica o art. 59 da CF/88, a doutrina e a jurisprudência, constata-se que para a reforma do texto constitucional, o procedimento a ser seguido seria uma Emenda a Constituição e não por meio de uma lei ordinária. A retirada de competências constitucionais através de lei de hierarquia inferior seria uma verdadeira afronta ao Princípio da Supremacia da Constituição. Trata-se de um verdadeiro ato ilegal, contrário a norma e que padece de constitucionalidade.

A teoria da separação dos poderes tem como escopo criar limitações a atuação dos Poderes, evitando que algum, de forma indevida, venha a invadir a seara do outro. Neste trilhar, se observa que muitas decisões judiciais, vêm, de forma corriqueira, evitando que os poderes constituídos, ultrapassem os limites impostos por lei.

O Poder Público é obrigado a cumprir os princípios basilares e os que norteiam a administração pública, e a inobservância a dispositivos normativos, leva a anulação do ato. Esta é uma regra intangível, que deve ser observada pelo próprio poder e quando não observado, fica a cargo do Poder Judiciário o controle externo deste ato administrativo ou legislativo.

Notadamente que além destas prerrogativas, os poderes constituídos, são regidos por um sistema normativo rígido, positivado, que informa quais os limites a estes impostos, ou seja, quais as limitações de suas condutas. Desta forma, as condutas que devem ser tomadas, já estão todas elencadas na lei.

Segundo Barroso (2002, p. 259), a União, “poderá fixar parâmetros nacionais no que diz respeito à prestação do serviço de saneamento, como, e.g., de qualidade ou técnicos, de modo inclusive a inserir o saneamento na política nacional de gerenciamento dos recursos hídricos. Não custa lembrar que “instituir diretrizes” não autoriza a União a exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar o serviço”.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade quando proveniente de ato normativo federal⁵², como ocorre no caso analisado neste trabalho. No que concerne a separação dos poderes e a autorrestrrição judicial, Schmitt (2003), prescreve que quando da expressão das competências dos Tribunais no que tange ao controle de constitucionalidade, notadamente das questões legislativas, a Constituição de Weimar não tinha esta previsão. As primeiras visualizações e de forma muito contida do controle incidental de constitucionalidade, somente quando da ocorrência do caso *Marbury x Madison*.

O caso acima citado revela que na construção do Direito, o sistema político jurídico americano teve um papel primordial, sendo o primeiro caso sobre o controle de constitucionalidade da história da Corte Suprema dos Estados Unidos. Tratando sobre o tema, Poletti (1998), descreveu que se trata de um caso distinto, pois nas observações do ordenamento atual, Marshall, que era Secretário de Estado e possuía interesses direto, teria que se julgar impedido para analisar a presente ação. O magistrado e o então presidente Adams pertenciam ao Partido Federalista, que foi derrotado pelo presidente Thomas

⁵² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Jefferson. O voto de Marshall, na verdade, refletiu as circunstâncias políticas.

O presente caso estabeleceu na realidade a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição. Era o seu próprio poder que estava demarcando o Poder Judiciário sobre os outros dois ramos do governo. A Suprema Corte estaria como última intérprete da Constituição – questões políticas não estariam sujeitas ao controle do Judiciário.

O caso em epígrafe foi o paradigma doutrinário, sendo reconhecido como o Sistema Norte-americano de Controle de Constitucionalidade ou difuso. No século seguinte, o controle de constitucionalidade Europeu foi inaugurado pelo austríaco Hans Kelsen, que foi intitulado de controle concentrado de constitucionalidade.

Após citar as duas formas de controle de constitucionalidade, suas respectivas escolas e da exposição da ideia de separação dos poderes, que tem como finalidade limitar a atuação dos demais Poderes, há de se evidenciar as condições impositivas constantes na Carta Política no que tange ao processo legislativo e as competências constitucionais.

Embora as prerrogativas de regulação, fiscalização e controle dos serviços de saneamento possam ser repassadas à Agência Nacional das Águas através de lei, não poderia o legislador federal retirar competências constitucionais, sem que observasse o processo legislativo disposto no art. 59 da CF/88.

Dentro deste aspecto a teoria Constitucionalista, seria responsável pelo processo de limitação dos poderes e início do ciclo de dominação da lei, criando um equilíbrio social entre a política e a sociedade. Canotilho (2007, p.51), esclarece que o “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social”.

Desta forma, o texto normativo disposto na Carta Política prevalece sobre qualquer inovação criada pelo legislador, através de leis ordinárias ou complementares, portanto, as inovações trazidas pela lei que versou sobre o Novo Marco Regulatório Nacional padecem de constitucionalidade, tendo em vista não respeitar as expressões contidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesta senda, caberá ao Supremo Tribunal Federal conceder a última palavra acerca da (in) constitucionalidade da Lei de n.º 14.026/2020, que introduziu no direito nacional, inovações, no que tange a metas, desempenho e universalização do serviço de água e esgoto, utilizando-se do princípio da regionalização dos serviços, mas, sem observar as competências dos entes federados, bem como inobservando a hierarquia normativa.

O STF enquanto guardião da Constituição e controlador externo das atividades dos demais poderes constituídos deverão zelar pela aplicação correta da norma jurídica, prevenindo ilegalidades, abusos por parte da administração, bem como, corrigir os equívocos perpetrados pelo legislador federal, notadamente quando modificou as competências normativas constituintes, no que se refere às prerrogativas para a prestação dos serviços de saneamento.

6.3.4 As possibilidades de mutação constitucional

Para que se possam realizar modificações no texto Constitucional, há de se tecer algumas considerações. A Carta Política é um documento estrutural e organizacional de um Estado, portanto, não é possível realizar a sua modificação somente por uma metodologia formal. No intuito de conceber uma inalterabilidade entre os elementos que constituem a Constituição brasileira, carreadas através de um equilíbrio que deve ocorrer entre as mutações sociais e os elementos estáticos de uma carta rígida, aceitam-se modificações informais, as quais não possuem proposições expressamente elencadas.

A autora Ana Cândida, se expressa nestes termos, quando versa sobre o processo de mutação constitucional:

(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas (FERRAZ, 1986, p.09).

Dessa forma, para que a Carta Magna seja modificada, há a necessidade de algumas formalidades especiais, no sentido de garantir sua eficácia e conceder a segurança jurídica aos cidadãos. Ocorre que os juristas constitucionais observaram que as mutações do corpo social, são importantes e levadas em consideração, para as variações do texto magno. Nesta senda, Inocência Mártires (2011), entende que as mutações constitucionais são alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação.

Notadamente que os fatos cotidianos são importantes e servem de parâmetro para a modificação das relações estatais e, conseqüentemente, dos vínculos com o setor privado, provenientes dos constantes avanços sociais, podem, dentre outros, serem motivos importantes para as transmutações constitucionais.

Seguindo este entendimento, Paulo Bonavides (1994), assevera que toda Constituição é sempre uma estrutura dinâmica, e esse dinamismo constitucional manifesta-se através de uma espécie de poder constituinte difuso, na excelente expressão de Burdeau, fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte, cumprindo ainda observar-se, como o faz Friedrich, que quanto mais difíceis se apresentam esses processos de reforma, mais fortemente atuarão os processos indiretos de modificação constitucional, como, por exemplo, pela interpretação dos juízes e tribunais.

Há de se destacar que o ritmo mais ou menos acelerado dessas modificações constitucionais indiretas, levarão em consideração as transformações sociais e políticas e irão variar, em cada época e em cada lugar, de acordo com os fatores históricos.

As transmutações da Carta Política, que não são realizadas pelo poder reformador competente, trazem grandes prejuízos na aplicação da norma jurídica, pois haverá uma interpretação diferente da que foi desejada pelo legislador originário. Para esse processo ocorrer com normalidade e de forma correta, há que se considerar as exigências da força normativa da constituição, evitando, assim, a inobservância dos limites por ela impostos.

6.3.5. O Poder Constituinte Reformador, Derivado ou de 2º grau – suas limitações de atuação e papel do STF na aplicação do ativismo judicial

A Constituição traz em seu corpo as competências de cada ente federado, bem como as possibilidades de modificações de seu texto, quando versa sobre as competências do poder constituinte derivado e sua limitação de atuação. Essas restrições são condicionadas pelo poder constituinte originário que ainda subordinou possíveis alterações ao crivo do controle de constitucionalidade, notadamente, pois, que as mutações devem estar em consonância com a Carta Maior.

O poder reformador tem como escopo acomodar as transmutações do corpo social, da coletividade, com as alterações legais que alberguem suas necessidades e realidades, devendo, portanto, manter o espírito, a essência da norma desejada pelo legislador originário.

Esta possibilidade de reforma pode ser classificada como poder derivado reformador e poder derivado decorrente.

As modificações do texto maior podem ocorrer através da revisão constitucional e por meio das Emendas a Constituição. A revisão constitucional tem previsão no art. 3º da ADCT⁵³, e poderia ter sua efetivação após cinco anos de promulgação da CF/88. Esta última será o objeto observado neste tópico, sendo relevante a notoriedade aos aspectos das limitações constitucionais no que tange a formalidade e a materialidade.

É cediço que no ordenamento jurídico pátrio vige a prerrogativa da rigidez constitucional, onde a limitação formal criou limites para a propositura e número diferenciado para a aprovação. Já no que se refere às limitações materiais, esta tem como escopo vedar que mutações constitucionais possam abolir qualquer um dos direitos expressos no §º 4º, do art. 64 da CF/88, as denominadas cláusulas pétreas.

Há de se destacar ainda a existência do poder constituinte derivado decorrente, que objetiva a estruturação e organização da Constituição dos Estados, resultante da prerrogativa concedida pela Carta Maior de auto-organização destes. Esta atribuição concedida pela Carta Federal tem como finalidade disponibilizar uma suplementação à CF/88, para formular a espinha dorsal da organização política, administrativa e jurídica do Estado Federado.

O que se percebe é que este papel de poder constituinte derivado decorrente coube as Assembléias Legislativas, que tiveram a responsabilidade de conceber as Constituições Estaduais, observando, sempre, as limitações impostas no art. 25, da CF/88.

Como se vê, as mutações constitucionais devem observar as condições determinadas pela Carta Política, o que não obsevar esta condição, estará fadado à ilegalidade. O texto magno só poderá ser transmutado através de um processo legislativo mais rígido, não sendo, portanto, permitido modificações de seu texto, por meio de leis ordinárias. Condutas desta natureza padecem de constitucionalidade e devem ser combatidas pela Corte Maior do Estado brasileiro.

Konrad Hesse (1998) expressou que para que o mundo jurídico aceite uma transmutação constitucional, há de se observar a existência de uma correlação lógica entre a mudança no plano fático e a realidade regulada pela norma, ou seja, a modificação no plano fático tem que estar diretamente relacionada à realidade. Outro fator que deve ser observado é

⁵³ Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

que a conversão a ser realizada não possa ir além do que expressa a ordem constitucional. Caso haja violação de algum destes requisitos, inexistente a mutação constitucional e requer-se, para que ocorra a mudança, uma reforma na constituição, uma verdadeira alteração formal.

A ausência de uma conjectura normativa que tutele as possibilidades de modificação do texto maior torna a análise subjetiva, pois não estão claros ou determinados quais seriam as possibilidades desta mutação, principalmente, no decorrer da frequente evolução social, onde demanda uma presença do Estado para resguardar diversas situações cotidianas.

Deixar a cargo do poder reformador derivado as possibilidades de modificação da Carta Magna, o que não possui hipótese legal, certamente corresponderá à inobservância do princípio da separação dos poderes, gerando insegurança jurídica a todos os partícipes sociais.

A Magna Carta previu a existência de um Tribunal Constitucional, que teria por escopo a guarda e interpretação da Constituição, desta forma, o STF terá um papel fundamental nestas questões jurídicas e de declaração de inconstitucionalidades, de acordo com o que expressa o art. 102, I, alínea “a”⁵⁴ da CF/88.

Quando o Poder Legislativo realizar mutações constitucionais sem a observância das regras jurídicas legislativas, no que tange as questões formais e materiais, caberá ao Supremo, enquanto guardião, conceder a última palavra sobre a (in) constitucionalidade de uma norma jurídica, como ocorre no objeto deste estudo.

O Novo Marco Regulatório Brasileiro padece de constitucionalidade, pois não houve apenas a legislação por parte da União, em conformidade com o que expõe o art. 22, IV da CF/88, sobre água e saneamento, mas, na realidade, uma verdadeira atecnia e usurpação de competência por parte do legislador nacional. Pelo o que se lê, a competência seria para legislar em caráter geral sobre águas, mas não concede a prerrogativa de modificar o texto constitucional através de lei ordinária, como ocorreu na Lei de n.º 14.026/2020.

Assim, as novidades trazidas pela nova norma, embora possam trazer inovações do ponto de vista técnico-administrativo, não observaram a técnica correta, pois ingressaram na seara constitucional, modificando competências estabelecidas na Carta, notadamente no art. 23, inciso IX, da CF/88, pois é competência comum da União, dos Estados, do Distrito

⁵⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Federal e dos Municípios, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

A Teoria Constitucionalista traz em sua ideia a necessidade de limitar os poderes e início do ciclo de dominação da lei, criando um equilíbrio social entre a política e a sociedade. Neste sentido J.J, Canotilho (2007, p.51), esclarece que o “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social”.

Notadamente que a Carta Magna prevalece sobre qualquer inovação criada pelo legislador infraconstitucional, seja através de leis ordinárias ou complementares, portanto, as inovações trazidas pela lei que versou sobre o Novo Marco Regulatório Nacional padecem de constitucionalidade, tendo em vista não respeitar as expressões contidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Lei de n.º 14.026/2020 transferiu algumas competências para a prestação do serviço de saneamento disposta no texto maior, para o setor privado, inclusive, abrindo a possibilidade de que as empresas privadas, para a prestação dos serviços, pudessem se organizar em consórcios.

Na realidade, a prerrogativa de promover programas de saneamento básico pertence aos Estados e Municípios, para que esta prerrogativa fosse retirada destes entes federados, se fazia necessário uma modificação da Carta através de uma Emenda Constitucional e não através de lei ordinária, como ocorreu no caso em questão.

Desta forma, percebe-se a ocorrência de uma (In) Constitucionalidade do Novo Marco Regulatório Nacional – Lei de n.º 14.026/2020, devendo o STF, enquanto guardião da Constituição Federal manifestar-se acerca do tema, a forma utilizada pelo legislador reformador contraria todo o ordenamento jurídico nacional, merecendo um olhar mais acurado por parte do órgão fiscalizador.

Ocorre que o ordenamento jurídico nacional exige que para que o judiciário se manifeste notadamente a Corte Suprema, em questões de controle de constitucionalidade, dever-se-á ter a manifestação dos legitimados constantes no art. 102 da CF/88. Enquanto isso não acontece, a população que necessita dos serviços de saneamento e que observa esse direito essencial sendo atentado pelo Poder Legislativo, o que lhes causará prejuízos incalculáveis, ademais, por se tratar de uma condição que foi modificada de forma ilegal e que

necessita do controle externo do Poder Judiciário, já que não se apresenta qualquer manifestação do poder de origem, para a anulação do ato.

A Corte Maior, como guardiã da Constituição, deverá agir, cabendo uma conduta proativa diante da conduta descabida e ilegal por parte do Poder Legislativo, que com a aprovação do Novo Marco Regulatório, cria grandes obstáculos ao exercício dos direitos fundamentais e essenciais que garantem a observância ao princípio dignidade da pessoa humana. Notadamente que esta exigência esbarrará nas imposições do Estado Democrático de Direito, citando como exemplificação, a exigência dos limites impostos aos poderes constituídos e ao pacto federativo. No caso em estudo, o exemplo apresentado não foi observado pelo legislador, que leva a necessidade de atuação proativa do julgador.

Diante das imperfeições e restrições impostas por leis que não observam o interesse coletivo, o Judiciário tem tido um papel relevante, ao moderar estas condutas, através do controle concentrado de constitucionalidade, que possui efeito vinculante e *erga omnes*.

Da análise do paradigma jurídico e social, percebe-se que o Poder Judiciário, dentro das questões do dia a dia, terá papel importante da resolução das questões de interesse da coletividade, adentrando na seara legislativa e editando normas pela via judicial, que será possível asseverar através do ativismo judicial.

As Constituições, como ordenamento jurídico central e com normatividade geral, se sobrepõem as normas existentes nos arcabouços normativos. Desta feita, a legislação deve ser compreendida em conformidade com o que expõe a Carta Política, realizando um escalonamento vertical e que se pauta nos princípios que fundamentam o Estado Constitucional Democrático, em que pese o acesso da coletividade ao direito e aos serviços públicos, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito é alcançado através dos ideais de justiça.

Através deste novo modelo ativista de proteção de direitos, que o Poder Judiciário passa a ter uma atuação jurisdicional e normativa relevante, como consequência das inconsistências deixadas pelo Poder Legislativo, que deixaram de lado, em nome próprio ou do grupo que representam a concretização dos preceitos fundamentais. O povo tem direito a acessar os serviços de água e saneamento. Se o Estado de forma direta ou através de suas pessoas jurídicas não foi capaz de universalizar esta prestação, será o setor privado, de forma exclusiva, o responsável por sua implementação? Desta forma, torna-se imperioso que a conduta distante do que expressa a norma aprovada pelo legislador nacional, passe pelo

controle de constitucionalidade, tendo em vista ter violado dispositivos constantes na Carta Maior.

Assim, a ação proativa e intervencionista do judiciário, por meio do ativismo judicial, tem servido de mecanismo de garantia das disposições constitucionais, pois o magistrado deixa de ser apenas um mero aplicador de normas e passa a ter protagonismo nas modificações sociais, buscando a máxima efetividade deste texto normativo. A efetivação deste modelo se dará através de mecanismos de fiscalização e confluência do ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal, garantidores da aplicação de seus dispositivos no tocante aos direitos fundamentais.

Na verdade, o processo constitucional deve ser utilizado como uma ferramenta da jurisdição que tem por escopo sanar divergências oriundas das normas constantes na Constituição, cuja função é a de promover a execução da jurisdição constitucional, em salvaguarda aos princípios constitucionais, com destaque aos que impõem os direitos fundamentais.

Seguindo este entendimento, Canotilho (2007, p. 939), especificou que “o processo constitucional consiste no conjunto de regras constitutivas de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional de actos normativos”.

Como se vê o ativismo judicial deve ser observado como um modelo de autocontenção, quando o julgador busca refutar os atos normativos oriundos dos demais poderes, em especial as leis, levando como base uma cognição mais restrita e limitada da Constituição Federal. Nesta Senda, Barroso (2009, p.06), expressa que “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Seguindo raciocínio semelhante, Oliveira (2015, p. 287), expressa que o ativismo judicial “é tomado no sentido de medida que existe para atenuar o hiato entre o ideal político e a realidade constitucional; ocorre para preencher o vácuo deixado pelo legislador em torno do seu papel político apropriado, visando aprimorar a democracia, para afirmar direitos fundamentais”. O que busca a Corte com essa manifestação jurídica, é sanar com irregularidades e omissões por parte dos demais poderes constituídos.

Neste sentido a justificativa teórica de Dworkin já mencionada nesse trabalho sobre a utilização da interpretação de princípios abstratos dispostos na Carta Política, deve ser observada quando do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciante. Segundo Oliveira (2008, p.05), “umas das justificativas teóricas mais consistentes e influentes para o controle de judicial constitucionalidade apoiado na interpretação de princípios abstratos é geral é aquela oferecida por Ronald Dworkin”, que expressa à existência de duas ideias de democracia.

Segundo Dworkin (2006, p. 31), existem duas concepções de democracia: a democracia majoritária e a constitucional. A primeira se baseia na premissa majoritária, ou seja, na ideia de que “todas as decisões de princípios devem ser decididas pelo voto da maioria” (DWORKIN, 2010a, p. 189). Neste caso, a democracia “repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria” (DWORKIN, 2005a, p. 502).

No sentido de gerar um aprimoramento da democracia, de se aplicar o direito, e conseqüentemente, de se manter a legalidade, os juízes possuem um papel relevante para anular atos realizados pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, Mendes (2008, p. 33), expressa que “não existe uma tensão evidente entre democracia e revisão judicial, mas complementariedade”.

Como resolução para a inconstitucionalidade do novo Marco Regulatório do Saneamento Básico do Brasil, que se afasta dos direitos expressos nos direitos e garantias fundamentais, por cercear o acesso a direitos e a serviços públicos relevantes que levam a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, parece-nos salutar e prevalente a intervenção da Corte Suprema, utilizando-se do ativismo judicial, para solucionar a eminente inconstitucionalidade, devendo declarar de forma proativa, em observância aos princípios e normas constitucionais, como fez há pouco tempo na ADI de n.º 6.341-2020, que versou sobre a competência dos Estados para legislar sobre assuntos votados a Pandemia do Coronavírus, onde referendou a medida acutelar impetrada pelo Distrito Federal.

No seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator da ADI, explicitou aquilo que diz a Constituição, ou seja, que a competência deveria ser exercida de acordo com os dispositivos materiais do art. 23 e os dispositivos normativos do art. 24 – referentes à competência legislativa. O decano concluiu pela medida acauteladora para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção da Corte, a competência concorrente. A decisão de Sua Excelência perpassa todos os dispositivos introduzidos pela Medida Provisória e que foram impugnados,

para deixar explícito que cada ente da federação deverá agir, do ponto de vista das competências específicas, nos moldes do que está disposto na Carta Política.

Além desta medida que foi tomada pelo Ministro Marco Aurélio, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ingressou com pedido de apreciação de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672 do Distrito Federal.

A entidade alegou que a Lei de n.º 13.979/2020, que regulamentou as questões voltadas ao enfrentamento da situação de emergência pública ocasionada pelo coronavírus, não autorizava o Poder Executivo Federal a realizar condutas dissonantes das tomadas por Estados e Municípios, no que se referiam as medidas de combate à pandemia, como o isolamento social.

Diante da situação apresentada, no acórdão, o Relator Ministro Alexandre de Moraes foi além do que expressou o Ministro Marco Aurélio na ADI de n.º 6.341/2020, pois ao entender a gravidade da situação e os riscos que corria a população brasileira e ainda por haver manifestação expressa dos órgãos de saúde, como a OMS – Organização Mundial de Saúde determinou em sede cautelar a obrigatoriedade de que em todas as esferas governamentais, fossem observadas as medidas que fossem necessárias e inadiáveis para a manutenção do SUS - Sistema Único de Saúde, pois o relator observou a existência de discordância acerca das providências ora elencadas por cada ente federado.

Seguindo o que expressou o Ministro, Oliveira e Soares (2020), versaram que o relator buscou dirimir a controvérsia apoiando-se no princípio federativo, presente no art. 1º, *caput*, da CF/88 “e na estrutura constitucional de repartição de competências que lhe dá conformação (arts. 23, II e IX, 24, XII e 30, II, da CF/88), com especial menção à organização descentralizada do sistema de saúde (art. 198 da CF), os parâmetros superiores para solução da controvérsia, em detrimento do disposto na Lei nº 13.979/2020”.

Na sua decisão, o Min. Alexandre de Moraes (ADPF 672 MC-REF / DF), determinou que a aplicação da referida lei federal e de seus dispositivos conexos não pode cercear o exercício por Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de seus respectivos territórios, da sua competência administrativa comum para cuidar da saúde e da assistência pública (art. 23, II, da CF), nem prejudicar o exercício pelos Estados e pelo Distrito Federal da sua competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF) ou inibir o exercício pelos Municípios de sua competência legislativa suplementar (art. 30, II, da CF). A decisão declarou, ainda, que as competências administrativas e legislativas

atribuídas pela Constituição aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios permitem a estes entes federativos adotar medidas restritivas excepcionais durante a pandemia, “tais como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, a atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, independentemente da superveniência de ato federal em sentido contrário”.

O que a ação teve que enfrentar, foi à especificação de quais os critérios a serem observados na partição das competências constitucionais de cada ente federado, pois necessitou a Suprema Corte interferir neste sistema, para criar um mecanismo de distribuição razoável e que atenda de forma razoável as disposições constitucionais ora expressas. Como existe uma “colisão” de princípios, seguindo Ronaldo Dworkin ter-se-á que se resolver a questão com a poderação dos princípios, o que deveria prevalecer, a economia, a saúde? Na verdade, o que se deveria observar era quem era a autoridade competente para decidir.

É nesse sentido que o ativismo judicial ganha força, se tornando o caminho necessário para resolver diversas questões do ponto de vista da competência, tando no que tange a questão política, como legislativa, ficando a cargo do STF, como guardião da Constituição, a obrigação de realizar este controle por esta via, encerrando a imperfeições e a atuação ilegal por parte do Poder Legislativo, quando da criação do Novo Marco Regulatório do Saneamento brasileiro.

A autocontenção judicial se faz necessária para garantir o cumprimento dos princípios fundamentais, como o acesso a água, saneamento, saúde, dignidade da pessoa humana, bem como para que se observem as regras de partição de competências dispostas nos art. 23 e seguintes da Constituição Federal, pois as técnicas jurídicas e os conceitos de interpretação convencionais, não fornecem uma orientação segura para o cumprimento das normas no Brasil.

7 CONCLUSÃO

No que se refere às conclusões observadas durante este estudo, existem algumas considerações que foram examinadas ao longo dos capítulos, sendo relevante, a lei que criou o novo marco regulatório do sanemaneto nacional, tendo como finalidade conceder a universalização da prestação destes serviços, no entanto, sem observar algumas questões relevantes do ponto de vista constitucional.

O primeiro capítulo diligenciou as questões provenientes das teorias que permeiam a separação dos poderes, desde a Grécia Antiga, John Locke, Montesquieu, até as novas concepções de Adrian Vermeule, quando versa sobre sua ideia de prerrogativas na sua teoria da abnegação do direito. Empós a exposição das questões históricas, que são relevantes para o início da discussão do tema proposto.

A concepção do império do direito já passa ter restrições, pois seguindo este pensamento o corpo social estaria vivenciando um regime de ditadura. Notadamente que esse modelo de Estado, já não mais representa as necessidades da coletividade, e, por conta disso, surgem novos caminhos para a pacificação social. No pensamento de Vermeule, o direito para de imperar e outros tipos de fontes passam a ganhar legitimidade.

A finalidade do direito era o de ser imparcial, para assim, resolver as questões entre o povo e o governo, trazendo a paz social e a ligação entre os Três Poderes e a autoridade de um ordenamento jurídico de um Estado. Em linhas gerais, o direito teria, em nome dos acordos governamentais, repudiado a si mesmo, segundo o que expressa o título do livro a “Abnegação do Direito”.

Diante da concepção do constitucionalista americano, o Estado Administrativo deveria ser tratado como um quarto poder. Sua competência deveria ser admitida pelos demais poderes, o que tem sido reconhecido por magistrados, advogados, que veem a administração com prerrogativas para tomar uma série de decisões, o que resolveria uma série de demandas ainda na seara extrajudicial.

Isso teria ocorrido por um processo natural de desenvolvimento do Direito em si próprio, concluindo que a abnegação/deferência era o caminho mais adequado a seguir, principalmente, no tocante a separação dos poderes, pretende encerrar uma visão estanque e arcaica do Estado Administrativo. No seu pensamento, agências governamentais teriam funções legislativas, executivas e adjudicativas. Nesse contexto, o Poder Judiciário deixaria

de exercer suas funções nestas situações, que ficariam a cargo das agências, que teriam uma maior expertise, e, certamente, tomariam decisões mais adequadas, por conta de sua situação institucional. Esse modelo foi utilizado na República Americana e propõe um novo paradigma na relação Estado/cidadão.

Como citado, o modelo de Estado montado foi diferente do utilizado em vários países. Estas nações optaram pela utilização do sistema de Estado Francês. A América advém de um processo de colonização inglesa, e, este momento histórico, foi de grande repercussão na ordem social e política, onde muitos abusos e excessos foram praticados pelo colonizador. A metodologia utilizada foi determinante para que na nova República, o modelo de regime fosse diferente do que era vigente ao tempo do período de dominação.

Uma das primeiras modificações foi o surgimento da ideia de limitação dos poderes do Presidente da Nova República dos Estados Unidos da América, motivados pelos fatos narrados, perpetrados pelo soberano Inglês, que passou mais de meio século no poder. No momento da fundação do Estado Administrativo Norte Americano, não havia um fundamento claro de como seria realizada a partição das funções administrativas, pois não havia uma separação clara das prerrogativas dos poderes executivos e legislativos.

Desta forma, a criação de agências reguladoras se torna um caminho para defender, fiscalizar, regular e elaborar normas, frente a sua expertise e aptidão técnica, mediando conflitos entre os interessados e conseqüentemente, fazendo com que o cidadão experimente de serviços de melhor qualidade. Estas pessoas jurídicas são qualificadas como um quarto poder, pois possuem funções executiva, legislativa e judicial, com a finalidade de uma boa prestação de serviço público.

Assim diante do novo modelo implantado, no intuito de atender as demandas sociais, surgiu a necessidade de o Estado demandar o controle da prestação de alguns serviços, surgindo à necessidade da criação e efetivação de um Estado Regulador. Estas instituições têm grande relevância no processo de desburocratização das entidades governamentais e de, conseqüentemente, gerar eficiência na gestão pública. Surge assim a necessidade de criação das agências reguladoras.

O segundo capítulo envidou sobre as questões inerentes ao desenvolvimento dos centros urbanos e a conseqüente necessidade de novas demandas sociais criadas e que Estado necessitava dar a resposta, logo o processo de adaptação administrativa foi iminente, criando uma nova forma de gestão, mais dinâmica e eficiente. Desta forma, o poder público tenderia a

solucionar os novos conflitos sociais e econômicos, de modo a atender e equilibrar os anseios e interesses dos referidos grupos.

Evidencia-se a carência por flexibilidade e maior eficiência na atividade administrativa, a prática da delegação de competências e funções ganhou destaque, posto que o Estado almejasse de maior autonomia, tanto no aspecto gerencial quanto em relação à lei em sentido estrito, fatores que foram determinantes para a formulação de uma nova concepção de discricionariedade.

O vocábulo regulação é muitas vezes utilizado como sinônimo de regulamentação. As relações entre regulação, direito e regulamentação não são sempre entendidas da mesma maneira, pois a regulação aparece concebida ora como um gênero do qual o direito seria uma espécie, ora como um tipo de direito. A regulação trata-se de uma variedade de processos jurídicos com ação sobre a sociedade. Entretanto, a regulação ainda poderia ser concebida como oposta ao direito, no sentido de ser ainda mais rígida.

Para a realização da regulação, se faz imprescindível observar os aspectos importantes na aplicação das medidas, devendo as regras corresponderem à promoção dos valores sociais. A regulação não existe tão somente no âmbito econômico, mas em diversas áreas de interesse social, como na saúde, educação, meio ambiente, transporte e cultura.

Assim, a especialidade técnica das agências reguladoras lhes confere maior autoridade e legitimidade, imprimindo também razoabilidade na decisão política de criação dessas autarquias especiais. Desta feita, a mera capacidade de expedir atos normativos de caráter técnico-científico não significa que se tem uma discricionariedade diferenciada. Mencionada especialização funcional corresponde tão somente a medida de gestão que busca eficiência e segurança jurídica no desempenho de suas funções.

Nessa perspectiva e de uma nova condição social e política, algumas empresas pertencentes à União começaram a sofrer um processo de desestatização, ou seja, passaram a ser comandadas ou concedidas ao setor privado. A prerrogativa da prestação do serviço continuava com o Estado, que poderia de acordo com o art. 175 da Constituição Federal de 1988, prestá-lo de forma direta, ou indireta.

Diante das razões acima expostas, o Estado não possuía condições de manter determinados serviços e viu como saída para melhorar sua contraprestação, realizar a descentralização destes que passariam ser realizados por outorga ou delegação. A outorga se dá através de criação de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e a

delegação, se dá através do processo de concessão ou privatização para pessoas jurídicas de direito privado.

Neste sentido, o art. 241 da Constituição/88, após a redação concedida pela EC/19 de 1998, abriu a possibilidade do poder público, através de consórcios públicos e/ou convênios de cooperação, realizar a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Conforme citado acima, o Estado é o responsável pela prestação de serviços públicos ao cidadão, podendo, estes, serem delegados ou outorgados, de acordo com o tipo de serviço, finalidade, objetivo do estado, mas, devendo sempre, observar o interesse da sociedade, ou seja, a Supremacia do Interesse Público Primário.

Com a Carta Política, que formou o novo Estado Brasileiro, alguns dispositivos foram incluídos na Constituição e que possuem a previsão sobre a possibilidade de delegação dos serviços públicos. O inciso XXVII, do art. 22, versou que competiria privativamente à União legislar sobre normas gerais de contratação. Além deste dispositivo, podemos citar ainda como exemplo, os artigos 175 e 241 acima mencionados, que tratam sobre a concessão e permissão de serviços públicos.

Como menciona o art. 22 da CF/88, cabe a União legislar sobre as contratações em geral e em todas as modalidades, bem como da análise das disposições contidas na Lei de nº 8.987/95, estas normas tem aplicação à União, Distrito Federal, Estados e Municípios que deverão adequar sua legislação local as realidades trazidas pelas normas federais e pela própria Constituição.

O novo Marco Regulatório, instaurado pela Lei de n.º 14.026/2020, de 15 de julho de 2020, o poder público teve como finalidade promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, tendo como fundamento a percepção aos princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços, estimulando a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços.

A ideia do legislador foi de criar uma ambiência de cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a sua universalização e a modicidade tarifária,

possibilitando a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais, incentivando a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços, assegurando a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, seguindo as disposições inovadoras que foram incluídas no art. 12 da Lei de n.º 11.445/2007.

O entendimento dos agentes políticos é o de que as empresas estatais, não teriam mais condições técnicas, econômicas, logo, não poderiam mais de forma direta, realizar este tipo de serviço. Segundo a nova disposição normativa, os entes federados deverão abrir procedimento licitatório, para que qualquer interessado que possua expertise, recursos, metodologias, estratégias e orçamento, necessários exigidas no edital, possa vencer o certame e prestar o serviço com propriedade e com a modicidade da tarifa.

No que se refere à supervisão e normatização, houve uma centralização da regulação, onde a ANA – Agência Nacional de Águas – teve sua competência ampliada e passará a ser a autarquia especial responsável pela regulação deste setor. Há de se destacar que a Constituição Federal trazia em seu corpo as competências de cada ente federado, mas no que se refere a esta entidade normativa, a nova legislação concentrou na agência toda esta competência, o que contraria a repartição de prerrogativas.

As disposições contidas nesta nova legislação deveriam observar as disposições relativas às prerrogativas dos entes federados, conforme determina a CF/88.

Partindo para as questões já mais conclusivas, este estudo chegou a um dos pontos que são de bastante importância para o deslinde deste problema, que é as questões voltadas ao pacto federativo. A Constituição deliberou as competências e asseverou uma tendência de o Estado Federal fundar-se em um modelo de descentralização político/administrativa. Partindo desta premissa, o legislador percebeu que seria bom alvitre que existissem três níveis de poder: a União, os Estados-membros e os Municípios comprovando a existência de um espécime federada.

Este modelo de distribuição de prerrogativas é um princípio básico do Estado brasileiro, onde se concede autonomia aos entes federados e a descentralização constitucional de poderes. O primeiro se transforma em capacidades de auto-organização, autonomia e autogestão, e o segundo se transforma em divisão vertical e espacial do poder.

Diante desta formatação jurídica, o federalismo nacional foi forjado dentro de uma perspectiva de formação de unidades constituintes, que teriam uma partição de competências

e funções, conforme especifica a Carta Política. Este padrão jurídico e de organização administrativa, tem como finalidade ter um governo de forma sistêmica e sem estar isolado e distante das questões sociais.

Afirma-se, pois, como uma das conclusões apuradas na presente pesquisa, pela existência de uma verdadeira formalidade exigida pela Constituição que resolveu distribuir as competências e asseverou uma tendência de o Estado Federal fundar-se em um modelo de descentralização político/administrativa. Partindo desta premissa, o legislador entendeu ser fundamental a essência de três níveis de poder: o da União, o dos Estados-membros e o dos Municípios, asseverando a existência de um espécime federada.

Esta manifestação apresenta um elemento básico do pensamento federal, que é o princípio básico da autonomia dos entes federados e a descentralização constitucional de poderes, que se transformam em capacidades de auto-organização, autonomia e autogestão, e em divisão vertical e espacial do poder. Certamente e partindo como base do texto da Carta Política, percebe-se que foi concedida aos entes federados, dentro de suas limitações legais, a capacidade de auto-organização e autodeterminação, com o fito de se manter a unidade política.

Há de se destacar que é de competência da União legislar sobre saneamento público e tratamento de água, bem como, através de suas agências, realizar a fiscalização dos serviços públicos prestados, atividades regulatórias, obrigações das empresas e usuários dos serviços, questões de equilíbrio econômico-financeiro, entre poder concedente e o concessionário. Mesmo assim, o texto Constitucional realizou a repartição de competências, para que, de forma concorrente, cada ente federado fosse o responsável para deliberar sobre a prestação deste tipo de serviço, cada um dentro de sua autonomia institucional, não podendo o poder público federal intervir diretamente nestas questões legais e de prerrogativas.

Desta análise, percebe-se que caberá a União legislar sobre questões gerais e de uniformização e aos Estados e Municípios a competência concorrente no que tange a normas complementares e a execução do serviço de saneamento, seguindo os balizamentos contidos na carta em seu art. 23, inciso IX, acima mencionado e seguindo também, a hierarquia normativa contida no art. 59 da Lei Maior.

As normas que não forem consideradas de caráter geral terão como ente competente para legislar os Estados e Municípios, através de sua competência concorrente na matéria suscitada, de acordo como que expressa o artigo acima mencionado. Portanto, a prerrogativa

de legislar de forma suplementar será do titular do poder administrativo de organizar e prestar o serviço.

Além da previsão legal de competência legislativa concorrente, a Carta Maior limitou a atuação da União no que tange a competência concorrente, levando de forma clara essas prerrogativas para os demais entes federados que serão os reais prestadores do serviço público. União prestaria suas funções aos demais entes federativos na regulação, planejamento, gestão e execução de tais serviços, bem como à orientação na elaboração de normas suplementares e locais de competência estadual e municipal.

A existência e observância destas prerrogativas asseguram a proteção destes direitos e a coesão do sistema jurídico, visto que terão serventia para combater os excessos dos Poderes Legislativos e Judiciários, decorrentes da hierarquia Constitucional que ocupam. Partindo das ideias de Hans Kelsen, o ordenamento brasileiro apresenta um sistema de normas hierarquizado, constante em sede Constitucional e que devem ser concebidas pelo Poder Legiferante. Notadamente que estes mecanismos serão garantidores da soberania popular, e estabelecem o regime democrático, pois cria um sistema de limitação dos poderes estatais.

Portanto, percebe-se que apesar de divergentes, o Estado democrático depende da Constituição para evitar a exploração dos administrados, assim como a mesma necessita do apoio popular para tornar-se vigente e eficaz, voltados a atender a defesa do bem-estar social e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Desta forma os temas mais relevantes e de interesse da comunidade brasileira, estariam dispostos no texto constitucional e sua inobservância, poderia ser objeto do controle de constitucionalidade, tanto pela Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal), ou através de qualquer outro juízo ou instância, tornando acessível a todo e qualquer brasileiro a observância aos direitos dispostos na Carta.

Assim, diante da nova ordem constitucional, um novo ator político emerge com grande força e se torna o responsável em intervir e resolver questões que não foram observadas pelos poderes executivo e legislativo, por vezes realizando o controle e em outros casos até mesmo criando um novo fato através de suas decisões.

Verificando o que expõe a Constituição Federal, todos os entes federados possuem suas respectivas competências, e, em algumas situações, existe um liame que deve ser observado para que não haja uma invasão destas prerrogativas. De sorte que, a União possui suas atribuições no que tange ao saneamento básico, notadamente, quando se fala da produção de normas de caráter geral e de legislar sobre o assunto.

Não se pode deixar de olvidar que o ente federal não é a autoridade constitucional para organizar e fornecer serviços, mas a responsável para colaborar com outras entidades políticas que prestam serviços. Essa é a atribuição proposta no art. 23, inciso IX da Carta Política. Lembre-se, existe uma capacidade (material) comum de “promover planos de construção de moradias e melhorar as condições de moradia e saneamento básico”.

Desta forma, as decisões administrativas contidas no novo Marco Regulatório deveriam ter um papel relevante nesse processo de passagem das políticas públicas de saneamento para o setor privado, onde se espera que vá ocorrer grandes investimentos, o que teoricamente acarretaria a universalização do serviço. Com isso mais de 90% da população brasileira, poderia ter acesso à água e saneamento pelo menor preço e com maior qualidade, em observância aos princípios da modicidade das tarifas, da eficiência e da adaptabilidade.

Dentro dessa perspectiva, ganha repercussão a ideia do jurista americano Adrian Vermeule, em conceder a entidades especiais, a prerrogativa de criar e aplicar normas, concedendo autonomia, tendo uma atuação independente do executivo, do legislativo, do judiciário e do direito positivado.

Ocorre que mesmo o art. 23, inciso IX concedendo competência comum para que os entes federados possam realizar políticas sobre saneamento básico, percebe-se que na nova lei, existe uma usurpação das competências constitucionais administrativas concedidas a cada ente federado e ainda, sendo esta invasão, por intermédio de norma de hierarquia inferior a Constituição Federal.

Ainda há de se destacar que, dos artigos 96 a 99 da CF/88, resta estabelecida uma limitação, um equilíbrio entre os Poderes, já que a Carta Magna consolida a independência destes, exigindo quórum diferenciado para a modificação de certos direitos e prevê sua autonomia, comprovando a formalidade e rigidez do texto constitucional.

Observa-se, pois, como já referido no quarto capítulo da pesquisa, a impossibilidade de se permanecer sustentando o ideário de que a competência que se refere à política urbana de saneamento possa ser modificada através de lei ordinária federal, o que seria um ferimento jurídico exponencial ao controle das hierarquias normativas e, conseqüentemente, passível de controle de legalidade e constitucionalidade.

No cumprimento de sua função política, o Poder Judiciante promove a proteção dos direitos fundamentais, bem como, exara decisões que resolvem os conflitos entre entidades e

entre os cidadãos, proporcionando, assim, o bem comum. Para a consecução destas atividades, se tornam de suma importância que sejam concedidas prerrogativas do exercício pleno destas funções, como autonomia administrativa e financeira previstas na Carta Maior.

O Poder Judiciário recebeu a função constitucional de realizar o controle político dos atos legislativos e administrativos, ainda cuidaria de questões que não fossem dirimidas por parte da administração pública, tendo a atuação dos juízes e dos Tribunais, por muitas vezes, atuado não só para interpretar as normas jurídicas, mas, efetivamente, de forma a criar o próprio direito.

Como foi visto durante este estudo, a nova ordem constitucional e social concedeu ao Poder Judiciário uma nova atribuição, passando-o a ser responsável em exercitar o atributo de poder político, de vanguardista, de protetor social, tendo bastante influência nas decisões estatais e nos rumos do país. Tudo é proveniente da nova estrutura organizacional do Estado Brasileiro que trouxe várias novas competências para este órgão, criando novos tribunais, enfim, obrigado à nação a conduzir seus atos em observância a moralidade, transparência e eficiência. Além destas prerrogativas, será um órgão que terá a responsabilidade de realizar o controle externo dos atos legislativos quando empregados de ilegalidade.

Mesmo o ordenamento jurídico nacional, expressando no art. 2º da CF/88, quais são os Poderes da União, informando sobre suas prerrogativas, garantindo a independência e harmonia destes, percebe-se, evidentemente, que cada um possui suas características e funções, devendo, portanto, serem consideradas pelos demais, sob o risco de gerar um desequilíbrio institucional e uma invasão de atribuições.

Há de se destacar que cada Poder tem suas funções próprias, a administração pública cabe ao Executivo, o processo de discussão, votação e criação de leis, cabe ao legislativo e ao judiciário, coube à missão de julgar e de realizar o controle externo dos atos dos outros poderes que sejam manifestadamente ilegais.

Como se vê, a lei delimita a atuação de cada poder, sendo que, em situações excepcionais e de relevante interesse da manutenção do interesse público e da legalidade, um pode ingressar na seara do outro para garantir as questões acima aventadas.

O Poder Judiciário possui mecanismos, dentro do seu controle externo, de fazer com que o Poder Legislativo cumpra seu papel, mas necessita da observância do princípio da inércia, pelo qual, para que o juízo possa se manifestar haja o posicionamento de algum interessado. Assim, para que possa atuar sobre a atividade legislativa, como nas formas de

controle de constitucionalidade, há a necessidade de impulso por parte dos interessados. Trata-se de uma necessária flexibilidade e reinterpretção conceitual, do princípio de separação de poderes e do princípio de legalidade.

A Constituição Federal expressou em seu texto, no art. 5º, inciso XXXV, que o Poder Judiciário analisará toda e qualquer ameaça ao direito. Analisará os atos realizados pelos particulares, bem como pela Administração Pública. Baseado no princípio da legalidade, o Poder Público deverá buscar o cumprimento de suas finalidades, sempre levando como espectro os ditames constantes na Carta da República Federativa do Brasil.

Ao se chegar a uma reflexão concludente, percebe-se que neste estudo observou-se que o Novo Marco Regulatório – Lei de n.º 14.026/2020, feriu o princípio da legalidade, posto que não observou as espécies normativas e as competências normativas dispostas na Constituição Federal, notadamente a expressão contida no art. 23 e art. 59 da CF/88.

Fixado tal entendimento, uma vez que se constata uma invasão de competência legislativa, caberia, na realidade, a interposição de ação direta de inconstitucionalidade, instituto de controle de constitucionalidade previsto no art. 102, I, “a” da Constituição Federal, na Lei de n.º 9.868/99 e nos artigos 169 a 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, instrumento necessário para coibir com a tolerância a este tipo de inobservância a Carta Política.

A observância destas prerrogativas assegura a proteção de direitos e a coesão do sistema jurídico, visto que terão serventia para combater os excessos do Poder Legislativo, decorrentes da hierarquia Constitucional. Partindo das ideias de Hans Kelsen, o ordenamento brasileiro apresenta um sistema de normas hierarquizado, constante em sede Constitucional e que devem ser concebidas pelo Poder Legiferante. Notadamente que estes mecanismos serão garantidores da soberania popular, e estabelecem o regime democrático, pois cria um sistema de limitação dos poderes estatais.

Como citado, a Magna Carta previu a existência de um Tribunal Constitucional, que teria por escopo a guarda e interpretação da Constituição, desta forma, o STF terá um papel fundamental nestas questões jurídicas e de declaração de inconstitucionalidades, de acordo com o que expressa o art. 102, I, alínea “a” da CF/88. Assim, quando o Poder Legislativo realizar mutações constitucionais sem a observância das regras jurídicas legislativas, no que tange as questões formais e materiais, caberá ao Supremo, enquanto guardião, conceder a última palavra sobre a (in) cnstitucionalidade de uma norma jurídica.

Por fim, buscou-se com a presente pesquisa analisar também a possibilidade de o Novo Marco Regulatório Brasileiro padecer de constitucionalidade, pois não houve apenas a legislação por parte da União, em conformidade com o que expõe o art. 22, IV da CF/88, sobre água e saneamento, mas, na realidade, uma verdadeira atecnia e usurpação de competência por parte do legislador nacional. Pelo o que se lê, a competência seria para legislar em caráter geral sobre águas, mas não concede a prerrogativa de modificar o texto constitucional através de lei ordinária, como ocorreu na Lei de n.º 14.026/2020.

Assim, as novidades trazidas pela nova norma, embora possam trazer inovações do ponto de vista técnico-administrativo, não observaram a técnica correta, pois ingressaram na seara constitucional, modificando competências estabelecidas na Carta, notadamente no art. 23, inciso IX, da CF/88, pois é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

A Teoria Constitucionalista traz em sua ideia a necessidade de limitar os poderes e início do ciclo de dominação da lei, criando um equilíbrio social entre a política e a sociedade. Notadamente que a Carta Magna prevalece sobre qualquer inovação criada pelo legislador infraconstitucional, seja através de leis ordinárias ou complementares, portanto, as inovações trazidas pela lei que versou sobre o Novo Marco Regulatório Nacional padecem de constitucionalidade, tendo em vista não respeitar as expressões contidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Lei de n.º 14.026/2020 transferiu algumas competências para a prestação do serviço de saneamento disposta no texto maior, para o setor privado, inclusive, abrindo a possibilidade de que as empresas privadas, para a prestação dos serviços, pudessem se organizar em consórcios. Na realidade, a prerrogativa de promover programas de saneamento básico pertence aos Estados e Municípios, para que esta prerrogativa fosse retirada destes entes federados, se fazia necessário uma modificação da Carta através de uma Emenda Constitucional e não através de lei ordinária, como ocorreu no caso em questão.

Desta forma, constatou-se que ocorreu a (In) Constitucionalidade na edição do Novo Marco Regulatório Nacional – Lei de n.º 14.026/2020, devendo o STF, enquanto guardião da Constituição Federal manifestar-se acerca do tema, pois a forma utilizada pelo legislador reformador contraria todo o ordenamento jurídico nacional, merecendo um olhar mais acurado por parte do órgão fiscalizador externo, sanando todas as irregularidades, em nome da

observância do Princípio da Legalidade e da Simetria das Normas e conseqüentemente, na manutenção do Estado Democrático de Direito.

Como resolução para a inconstitucionalidade do novo Marco Regulatório do Saneamento Básico do Brasil, que se afasta dos direitos expressos nos direitos e garantias fundamentais, por cercear o acesso a direitos e a serviços públicos relevantes que levam a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, parece-nos salutar e prevalente a intervenção da Corte Suprema, utilizando-se do ativismo judicial, para solucionar a eminente inconstitucionalidade, devendo declarar de forma proativa, em observância aos princípios e normas constitucionais, como fez há pouco tempo na ADI de n.º 6.341-2020, que versou sobre a competência dos Estados para legislar sobre assuntos votados a Pandemia do Coronavírus, onde referendou a medida acutelar impetrada pelo Distrito Federal.

Seguindo o que expressou o Ministro, Oliveira e Soares (2020), versaram que o relator buscou dirimir a controvérsia apoiando-se no princípio federativo, presente no art. 1º, *caput*, da CF/88 “e na estrutura constitucional de repartição de competências que lhe dá conformação (arts. 23, II e IX, 24, XII e 30, II, da CF/88), com especial menção à organização descentralizada do sistema de saúde (art. 198 da CF), os parâmetros superiores para solução da controvérsia, em detrimento do disposto na Lei nº 13.979/2020”.

Na sua decisão, o Min. Alexandre de Moraes (ADPF 672 MC-REF / DF), determinou que a aplicação da referida lei federal e de seus dispositivos conexos não pode cercear o exercício por Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de seus respectivos territórios, da sua competência administrativa comum para cuidar da saúde e da assistência pública (art. 23, II, da CF), nem prejudicar o exercício pelos Estados e pelo Distrito Federal da sua competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF) ou inibir o exercício pelos Municípios de sua competência legislativa suplementar (art. 30, II, da CF). A decisão declarou, ainda, que as competências administrativas e legislativas atribuídas pela Constituição aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios permitem a estes entes federativos adotar medidas restritivas excepcionais durante a pandemia, “tais como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, a atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, independentemente da superveniência de ato federal em sentido contrário”.

O que a ação teve que enfrentar, foi à especificação de quais os critérios a serem observados na partição das competências constitucionais de cada ente federado, pois necessitou a Suprema Corte interferir neste sistema, para criar um mecanismo de distribuição

razoável e que atenda de forma razoável as disposições constitucionais ora expressas. Como existe uma “colisão” de princípios, seguindo Ronaldo Dworkin ter-se-á que se resolver a questão com a ponderação dos princípios, o que deveria prevalecer, a economia, a saúde? Na verdade, o que se deveria observar era quem era a autoridade competente para decidir.

É nesse sentido que o ativismo judicial ganha força, se tornando o caminho necessário para resolver diversas questões do ponto de vista da competência, tendo no que tange a questão política, como legislativa, ficando a cargo do STF, como guardião da Constituição, a obrigação de realizar este controle por esta via, encerrando as imperfeições e a atuação ilegal por parte do Poder Legislativo, quando da criação do Novo Marco Regulatório do Saneamento brasileiro.

A autocontenção judicial se faz necessária para garantir o cumprimento dos princípios fundamentais, como o acesso a água, saneamento, saúde, dignidade da pessoa humana, bem como para que se observem as regras de partição de competências dispostas nos art. 23 e seguintes da Constituição Federal, pois as técnicas jurídicas e os conceitos de interpretação convencionais, não fornecem uma orientação segura para o cumprimento das normas no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. SANO, Hironobu. **A experiência de cooperação interestadual no Brasil: formas de atuação e seus desafios.** In: *Cadernos Adenauer XII*. nº. 4. Municípios e Estados: experiências com arranjos cooperativos. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2012. p. 91.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 2010.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro.** Revista de direito ambiental, v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2001.
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório.** 3ª. ed. London: Laccademia Publishing, 2015.
- ARRETCHE, Marta. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: MOREIRA, Maria Cecília Roxo; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.). **Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais.** São Paulo: IEE/PUCSP, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. **Decreto regulamentar no sistema brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, n. 97, jul/set, 1969.
- AUTIN, J. L. **Reflexions sur l'usage de la réglementation en droit public.** In: MIAILLE, M. *La regulation entre droit et politique.* Paris: L'Harmattan, 1995. p. 43-55
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo: Introdução vol. 1.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. **Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios.** Revista eletrônica de direito administrativo econômico, nº 11, Brasília a. 38 n. 153 jan./mar. 2002. < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>> Acessado em 12.05.2021.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3149>> Acessado em 12.05.2021

_____. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. 2012. In: ARAGÃO, A.S.; NETO, F.A.M.(orgs.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, CE, v. 18, ed. 3, p. 1-45, 2013. DOI <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.866-941>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2813/pdf>. Acesso em: 26 jan. 2020.

_____. **A razão sem o voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: VIEIRA, O.V.; GLEZER, R.(coord.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. <Acessado em 02.12.2019>.

BERGER, R. **Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment**. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1977.

BIELSA, Rafael A. **Justicia y Estado: A Proposito del Consejo de la Magistratura.** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

BOBBIO Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Emenda Constitucional no 19, de 04 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art24>. Acesso em 11 de agosto de 2019.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. <Acessado em 20.01.2020>.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. <Acessado em 28.01.2020>.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. <Acessado em 27.01.2020>.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10.11.2019.

_____. Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

_____. Guia de Serviços Públicos do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.servicos.gov.br/>>. Acesso em 10 de setembro 2019.

_____. Lei nº 10.233/2001. **Lei de Criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acessado em 12/11/2019.

_____. Lei nº 9.984/2000. **Lei de Criação da Agência Nacional das Águas**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm>. Acessado em 12/11/2019.

_____. STF – MC AC n. 1.657, voto do Min. Cezar Peluso, j. 27.06.2007, DJU, de 31.08.2018. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.971/RS. Rio Grande do Sul. Relator Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351890/recurso-especial-resp-757971-rs-2005-0095763-2/inteiro-teor-12222992?ref=juris-tabs>>. Acessado em 19.11.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1435, Relator Ministro Francisco Rezek. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347056>>. Acessado em 19.11.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4568. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4039049>>. Acessado em 10 de novembro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria nº 01262420179. Relator Bruno Dantas. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759741123/relatorio-de-auditoria-ra-ra-1262420179/relatorio-759741129?ref=serp>>. Acessado em 18.11.2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Representação de nº 00611320141. Relatora Ana Arraes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776185864/representacao-repr-rp-611320141/voto-revisor-776185990?ref=serp>>. Acessado em 18.11.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.492 MC/DF. Relator Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Acórdão**. Disponível em <<https://static.poder360.com.br/2020/08/fux-pdt-saneamento.pdf>>. Acessado em 13.06.2021

STF – MC AC n. 1.657, voto do Min. Cezar Peluso, j. 27.06.2007, DJU, de 31.08.2018. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. In Scielo. 1992. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMWd/abstract/?lang=pt>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

_____. **A Reforma da Gestão Pública**. In: **Correio Correio Braziliense**, Brasília. 2002. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=918>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.º129, jan./mar., 1996.

_____. **Elementos de Direito Constitucional**, Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições LTDA, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALHOUN, John C (1953). **Disquisitions on Government and Selections from the Discourses**. Indianapolis & Nova Iorque: Bobbs-Merrill Co.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPANEMA, Luciana; PIMENTEL, Leticia B. **“Saneamento e resíduos sólidos”**. In: FERRARI, Marcos Adolfo R. (Org.) **O BNDES e as agendas setoriais: contribuições para a transição de governo**. Rio de Janeiro: BNDES, 2018.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**; tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.

_____. *Las transformaciones del derecho público*. Trad. com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1926.

DURKHEIM, Émile. **Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies**. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Orgs.). *O pensamento político clássico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 279-292.

DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: University Press, 2006. Disponível em <https://doi.org/10.1017/CBO9780511618246> <Acessado em 21.08.2021>.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005a. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo : (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**, 3ª edição, Editora Civitas, Madrid, 1995.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista** Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FEREJOHN, J. '**Judicializing politics, politicizing law**', *Law and Contemporary Problems*, 41: 41 – 68; (Verão 2002). Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3>. <Acessado em 02.01.2021>.

_____. '**Judicializing politics, politicizing law**', Hoover Digest, 2003, n.º. 1, 5. Disponível em: <https://www.hoover.org/research/judicializing-politics-politicizing-law>. <Acessado em 02.01.2021>.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A regulação do serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Economico**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

FORESTER, John. **Planning in the face of power**. Berkeley: University of California Press, 1989.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

_____. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração**. Florianópolis: Sequencia, 2015.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios do direito político moderno. Tradução por Irene A. Paternot. [S.l.] : Ed. Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. M. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 3ª.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006. Cap. 2, p. 39-71.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009.

JEAMMAUD, A. Des concepts en jeu. In: CLAM, J.; MARTIN, G. (Org.). **Les transformations de la régulation juridique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998. p. 162-173.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A PPP brasileira e as lições do passado**. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (versão eletrônica), 2016.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2ªed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. 2ª ed. Trad. de Alfredo Gallego Anabinarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LUSTOSA DA COSTA, Frederico. **Contribuição a um projeto de reforma democrática do Estado**. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewArticle/6924>

<Acessado em 26.01. 2020>. ISSN: 347612

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MacCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. **Interpretação constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública** / Isaac Kofi Medeiros; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, coorientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2020. 233 p. Disponível em: <<http://https://repositorio.ufsc.br/browse?type=author&value=Medeiros%2C+Isaac+Kofi>> Acesso em 15 de julho de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paul Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Agências Reguladoras: Natureza Jurídica, Competência normativa, Limites de atuação**. Revista de Direito Administrativo n. 215. Rio de Janeiro, jan-mar, 1999.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004.

MOSHER, Frederick. **Basic documents of American public administration: 1776-1950**. New York, NY: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976.

NALINI, José Renato. **A democratização da administração dos tribunais: reforma do poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OATES, W. E. **Fiscal federalism**. New York: Harcourt Brace Jovanovich Inc., 1972.

_____. **Toward a second-generation theory of fiscal federalism**. International Tax and Public Finance, v. 12, p. 349-373, 2005.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **Ativismo judicial, auto restrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein**. In *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-21, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira e SOARES, Guilherme. **Federalismo emergencial em construção: sobre decisão na ADPF 672**. <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opinioao-federalismo-emergencial-construcao>> Acesso em: 11.09.2021.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Ativismo Judicial – Multiplicidade de Sentidos**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Rezende Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

PETIAN, Angélica. **O alcance e os limites da competência da União para legislar sobre saneamento. Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. Augusto Neves Dal Pozzo, José Roberto Pimenta Oliveira e Rodrigo de Pinho Bertoccelli (coords.). São Paulo: Contracorrente, 2017.

PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas pública**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 1-15, abr./jun. 1953.

_____. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODDEN, Jonathan. **Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas**. *Revista de Sociologia e Política*, n. 24, p. 9-27, jun. 2005.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad**. 1ª ed. Buenos Aires: Manantial, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2003.

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

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.

SCHILLER, Reuel. **Reining in the Administrative State: World War II and the Decline of Expert Administration**. In: ERNST, Daniel R.; JEW, Victor (eds.). *Total War and the Law: The American Home Front in World War II*. Westport: Praeger Publishers, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpressão em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.

_____.Legalidade e legitimidade. Tradução de Joaquim Carlos Salgado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____.O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SKOWRONEK, Stephen. **Building a New American State: the Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920**. New York, NY: Cambridge University Press, 1982.

STEWART JR, Donald. **O que é liberalismo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Liberal, 1995.

STRAUSS, Peter L. **The Place Of Agencies In Government: Separation Of Powers And The Fourth Branch**. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 3, p. 573-669, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

Oxford English Dictionary. (1989). 2nd ed. (Prepared by J.A. Simpson and E.S.C. Weiner). Oxford: Clarendon Press. Vol. VIII, p. 297.

TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos litígios administrativos**. In: Temas de direito público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3.

_____. **Serviços de saneamento básico**. Revista de direito administrativo, v. 229. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: Renovar, jul./set., 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

THOREAU, Henry David (1960). **Civil disobedience. Walden and Civil disobedience**. Nova Iorque: Signet Classics.

TAYLOR, A. J. P., **Bismarck: O Homem e o Estadista**. 1ªEd. Edições 70, 2009.

TSEBELIS, George. **Veto Players: How Political Institutions Work**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.

VALLINDER, T. A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

VERMEULE, Adrian. **The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge**. Harvard Public Law Working Paper n.º. 13-28. In: TUSHNET, Mark; GRABBER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (org.). *Oxford Handbook of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. **Dois planos e duas leituras**. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Tereza Sadek R. de. **O pensamento político clássico**: Maquiavel,

VIANA, Luiz Werneck. **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

VIARO, Felipe Albertini Nani. —Judicialização – Análise doutrinária e verificação no cenário Brasileiro. Ed. Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2005.