

A gestão empresarial de serviços públicos e seus impactos no Estado Democrático e no Direito Administrativo

Corporate management of public services and its impact on the democratic state and administrative law

Robertonio Santos Pessoa

Pós-doutorado em Teoria do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-doutorado em Ciências Político-Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor titular do curso de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Procurador da Fazenda Nacional.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9426835691271531>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4871-0127>

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar os impactos da gestão empresarial dos serviços públicos no âmbito do Estado Democrático e do Direito Administrativo, especialmente no que tange às parcerias público-privadas. Nesse desiderato, por meio de um estudo descritivo, de abordagem qualitativa, orientado pelo método dedutivo, mediante procedimento de coleta de dados por levantamento bibliográfico, será abordado, inicialmente, o avanço da gestão empresarial nos serviços públicos. Em seguida, refletir-se-á sobre como o incremento do neoliberalismo pode ter influenciado a dinâmica privatizante da Administração Pública. A partir dessas premissas, será examinado se, em matéria de serviços públicos, a autonomização da gestão público-privada, distanciada das instâncias políticas, administrativas e sociais de controle, pode afetar a gestão democrática desses serviços, mormente no contexto da estrutura jurídico-política de um Estado social e democrático. Por fim, apresentar-se-á como essas transformações podem impactar conceitos e princípios concernentes ao Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático; Direito Administrativo; serviços públicos; gestão empresarial; autonomização.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the impacts of corporate management of public services within the scope of the Democratic State and Administrative Law, especially with regard to public-private partnerships. To this end, by means of a descriptive study, with a qualitative approach, guided by the deductive method, through a data collection procedure based on a bibliographic survey, the advance of business management in public services will initially be addressed. It will then reflect on how the rise of neoliberalism may have influenced the privatization dynamics of public administration. Based on these premises, it will be examined whether, in terms of public services, the autonomization of public-private management, distanced from political, administrative and social control bodies, can affect the democratic management of these services, especially in the context of the legal-political structure of a social and democratic state. Finally, it will be presented how these transformations can impact concepts and principles concerning Administrative Law.

KEYWORDS: Democratic State; Administrative Law; public services; corporate management; autonomization.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O avanço da gestão e exploração empresarial nos serviços públicos. 3 O DNA neoliberal da dinâmica privatizante na Administração Pública. 4 Consolidação e autonomização de um campo de gestão público-privada. 5 Impactos no Direito Administrativo. 6 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Passadas quatro décadas de hegemonia da razão neoliberal, pode-se constatar a progressiva difusão de uma dinâmica privatizante que se alastrou sobre variados setores da Administração Pública, e cujas principais manifestações foram destacadas pelo administrativista português Paulo Otero (2003, p. 304): privatização das formas organizativas; privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas; privatização do Direito regulador da atividade administrativa e privatização das relações laborais infra administrativas.

Abordando em tom de quase denúncia essa questão, o renomado publicista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello acrescentou ao seu festejado “Curso de Direito Administrativo” um apêndice intitulado “*O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro*”, onde faz uma contundente denúncia sobre a colonização dessa disciplina jurídica pela ideologia neoliberal entre nós. Para o ilustre mestre (Mello, 2021, p. 998-999):

[...] As teorias econômicas, sociais, políticas e, portanto, também jurídicas, não surgem do nada. Pelo contrário, elas são a face visível, o revestimento exterior, a feição “sofisticada” de interesses concretos que fermentam no seio da sociedade. Correspondem, portanto, muitas vezes, tão só a uma forma lapidada e esmerilhada de interesses de determinado ou determinados segmentos, os dominantes, apresentada sob a forma de proposições concatenadas, articuladas e ademais blindadas com o rótulo de “científicas”, para captarem os créditos de uma pretensa neutralidade.

Por isso, o Direito Administrativo encontra-se nos últimos tempos sob intensa crítica. A sua doutrina e formulações teóricas têm se tornado um espaço de intensas disputas ideológicas. Por isso, devem sempre ser denunciadas manipulações que se insinuam nesse estratégico campo jurídico com pretensões modernizantes, e que pretendem conferir um *status* de “ação pública legítima”, e, às vezes, a única possível, a certas escolhas voltadas à promoção de interesses nem sempre republicanos.

No contexto do presente artigo, será abordada uma das principais manifestações desse fluxo privatizante, que concerne à privatização da exploração e da gestão de serviços públicos¹. Em relação a esse recorte, primeiramente é necessário diferenciá-lo da mera privatização de empresas públicas, na qual a alienação do capital social público a empresas ou consórcios de empresas privadas assume um caráter irreversível, salvo um eventual processo de nacionalização ou reestatização.

¹ Nesse aspecto, parece relevante mencionar que “a noção de serviços públicos é variável em função do espaço, do tempo e principalmente do papel que a coletividade confere ao Estado. É o ordenamento jurídico que atribui a determinada categoria de atividade a qualificação jurídica de serviço público, submetendo-a total ou parcialmente a regime jurídico de Direito Administrativo. O legislador erige as categorias de serviços públicos, conquanto obedeam aos preceitos constitucionais. São finalidades que fazem com que determinadas atividades sejam consideradas serviços públicos: proteger setores delicados ou estratégicos da especulação privada; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos (justiça social); suprir carências da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico ou o desenvolvimento nacional; ordenar o aproveitamento de recursos finitos, como os hidroelétricos; manter a unidade do país” (Nohara, 2024, p. 425).

Ademais, importante considerar que, ao remeter a empresas privadas a gestão e a exploração de serviços públicos, o movimento privatizador transfere para entes privados serviços públicos até então prestados diretamente pelo Estado, ensejando a consolidação crescente de um “Estado público-privado”.

De maneira ilustrativa, pode-se observar esse movimento em países como a França, pátria da ideia moderna de “serviço público”, onde processos de privatização de empresas estatais costumam enfrentar uma maior resistência do que em outros países capitalistas. Entretanto, progressivamente, a feição de um *Estado neoliberal* assumida pelo Estado francês ensejou menos processos de privatização *tout à court* de suas empresas públicas e mais processos de privatização da gestão e exploração de serviços públicos.

Assim, a observação desse fenômeno evidencia que um processo contínuo e ininterrupto de privatização de serviços administrativos, além de esvaziar o setor público, pode limitar o espaço material da atividade da Administração Pública e, assim, acabar por reduzir o campo de operatividade do Direito Administrativo. Portanto, um movimento privatizador desenfreado e, sobretudo, fora do quadro axiológico e teleológico da Constituição, poderá converter-se em séria ameaça ao Direito Administrativo do século XXI (Otero, 2003, p. 309).

Diante desse cenário, o presente artigo objetiva analisar os impactos da gestão empresarial nos serviços públicos, e seus reflexos no âmbito do Estado Democrático e do Direito Administrativo, por meio de um estudo descritivo, de abordagem qualitativa, orientado pelo método dedutivo mediante procedimento de coleta de dados por levantamento bibliográfico.

Nesse desiderato, inicialmente, será abordado o avanço da exploração e gestão empresarial nos serviços públicos, por meio de parcerias público-privadas ou outras formas de concessão, com o escopo de se ponderar quanto os benefícios daí advindos em termos de eficiência e modernização são superdimensionados, enquanto os seus eventuais custos democráticos tendem a ser desconsiderados.

Em seguida, refletir-se-á sobre como o incremento do neoliberalismo pode ter influenciado a dinâmica privatizante da Administração Pública, a fim de analisar como as transformações operadas na gestão e na exploração de serviços públicos costumam conduzir a situações mais vantajosas para as empresas e desvantajosas para o conjunto da população no médio e longo prazo, especialmente para as camadas mais vulneráveis e desassistidas, historicamente excluídas de uma efetiva cidadania.

A partir dessas premissas, será examinado se, em matéria de serviços públicos, a autonomização da gestão público-privada, distanciada das instâncias políticas, administrativas e sociais de controle, pode afetar a gestão democrática desses serviços, gerando impactos negativos mormente no contexto da estrutura jurídico-política de um Estado social e democrático.

Por fim, apresentar-se-á como essas transformações têm sido acompanhadas de mudanças na visão de Estado e do seu papel diante dos serviços públicos e do mercado, tendo potencial para operar significativas alterações nas categorias e princípios que informavam tradicionalmente o Direito Administrativo.

2 O avanço da gestão e exploração empresarial nos serviços públicos

Nos últimos vinte anos², ocorreu um crescente avanço da exploração e da gestão empresarial de serviços públicos, especialmente na Europa e América Latina³, em decorrência de uma progressiva delegação de serviços públicos a empresas privadas, instrumentalizada por meio de diversas modalidades de parcerias público-privadas. Ademais, esse fenômeno foi acompanhado pela instituição de *autoridades independentes e/ou agências reguladoras*, encarregadas da regulação dos serviços públicos delegados na nova ambiência do chamado Estado Regulador. Decerto, estes sinais evidenciam profundas transformações nas modalidades de intervenção pública no espaço social, bem como das soluções institucionais adotadas para a realização dos interesses públicos.

Entretanto, sob o mote de uma “modernização administrativa”⁴, tem ocorrido um complexo processo de “empresarialização” de diversos aspectos da organização e da atuação da Administração Pública, no contexto de uma ampla redefinição das tarefas públicas entre o Estado e o setor privado promovida pela ideologia neoliberal. Essas transformações têm apontado para uma efetiva reconfiguração do papel e das funções do Estado, com um nítido reforço da

² No Brasil, o marco relativo aos últimos vinte anos converge com a promulgação da Lei nº 11.079/2004, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”. Entretanto, a fim de contextualizar adequadamente a questão, importa desde já destacar que o início do processo desestatizante no país foi implementado desde a década de 1990, a partir do “Programa de Reforma do Estado”, decorrente de um contexto histórico marcado pela crise, desemprego, inflação, baixo crescimento econômico na década de 1980, cuja responsabilidade foi atribuída ao tamanho e à ineficiência do Estado. Esse plano foi inspirado no modelo neoliberal inglês de Margaret Thatcher: “A exposição de motivos da adoção do modelo no Brasil justifica sua utilização pelo sucesso alcançado em países como a Inglaterra, Irlanda, Portugal e África do Sul. Nota-se na atualidade que alguns desses países já amargam prejuízos decorrentes da inexperiência e promoveram adaptações de sua legislação numa tentativa de salvar o que já foi iniciado”. (Nohara, 2024, p. 480)

³ “Com efeito, a maioria das privatizações nos países em desenvolvimento ocorreu no contexto da aplicação das políticas de ajuste estrutural, surgidas no âmbito das recomendações de austeridade econômica que se convencionou chamar de Consenso de Washington. Esse termo, cunhado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, designa o conjunto de políticas liberalizantes recomendadas pelo tesouro norte-americano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento (todos com sede em Washington, daí o nome). Nos anos 1990, muitos líderes políticos e também teóricos da burocracia comprometeram-se com as premissas do Consenso de Washington. A América Latina, grosso modo, o fez por ter passado traumáticamente pelos anos 1980, e os países do Leste Europeu, em razão da falência do modelo estatal soviético. Muitas nações africanas adotaram as políticas do Consenso primordialmente por encontrar-se em estado calamitoso de fome, miséria e turbulência política e social. Muitas das mudanças nos contornos do Estado (e das respectivas políticas macroeconômicas) nos países em desenvolvimento foram, assim, incentivadas por organismos multilaterais, que reforçavam a necessidade das mudanças estruturais na economia por meio de políticas baseadas em empréstimos ancorados em condicionalidades – isto é, a obrigação de adoção de determinadas medidas como condição para a liberação de recursos e empréstimos” (Coutinho, 2014, p. 23)

⁴ “Adicionalmente, o FMI e o Banco Mundial não raro associaram a privatização total ou parcial de ativos estatais no setor de infraestrutura ao desenvolvimento e maturação do setor privado que, por sua vez, era associado a um processo de redução da pobreza. A privatização, em outras palavras, seria responsável pelo ingresso de novos *players* capitalizados e, portanto, aptos a realizar os pesados investimentos privados em infraestrutura pública. A isso se agregaria a eficiência gerencial típica da gestão privada ao serviço público. Mais do que isso, a privatização também foi associada à imagem de um sinal emitido pelos governos em favor do desenvolvimento liderado pelos investimentos privados – e não mais por um Estado produtor estrangulado e asfiziado. Esse argumento concatena-se com outro: o da liberação de fundos para auxílio ao combate à pobreza como resultado da privatização – isto é, a privatização estaria associada aos benefícios fiscais decorrentes do aumento de arrecadação dos governos com as vendas de estatais e também como resultado da liberação dos governos do ônus de financiar investimentos.” (Coutinho, 2014, p. 24)

contribuição dos atores privados na chamada governança pública (Freeman, 2000, p. 543 e ss.).

Isso implicou, desde logo, na implementação de novos arranjos e distribuição de tarefas e de responsabilidades entre os setores público e privado, baseados numa clara “lógica de emagrecimento” e de retração de uma gestão direta dos serviços públicos pelo Estado. Retração esta que aparece, em larga medida, como consequência da injunção de poderosas forças econômicas (Gonçalves, 2008, p. 14).

O incremento da participação empresarial na gestão/exploração de serviços públicos se deu com o objetivo, frequentemente anunciado, de se aproveitar, na máxima medida possível, a “capacidade privada para servir objetivos públicos” (Freeman, 2000, p. 549). Sob esse fundamento, a Administração Pública tradicional, frequentemente rotulada de “burocrática”, deveria ceder espaço à emergência de novos modelos, especialmente aqueles gestados no setor privado, empregando-se, nesse sentido, duas estratégias básicas nos últimos tempos: a *privatização de responsabilidades públicas* e a *ativação de responsabilidade privadas*. Ambas as estratégias apontam para um nítido reforço da responsabilidade dos “atores privados” na realização do bem comum.

A conjugação da questão dos “déficits públicos” com a ideologia imperante, que sublinha a glorificação da eficiência econômica do setor privado, assume nesse cenário um papel decisivo para a insurgência de um fenômeno que Paulo Otero (2003, p. 304 e ss.) denomina de “dinâmica privatizadora da Administração Pública”, com a irrupção de uma verdadeira “fúria” privatizante, que se alastra com intensidade cada vez maior no campo dos serviços públicos.

Como já mencionado, entre as diversas formas e manifestações que essa “dinâmica privatizadora” tem assumido, interessa neste trabalho a análise relativa à privatização da gestão e da exploração de serviços públicos, assim entendidos aqueles submetidos à competência prestacional do Estado por normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Embora a delegação de serviços públicos a particulares não se apresente como um fenômeno novo⁵ no Direito Administrativo, tendo sido adotada mesmo em períodos históricos em que havia intensa atuação pública do Estado, existe uma diferença substancial entre o uso da participação privada na gestão de

⁵ “Vários instrumentos de gestão de serviços públicos são previstos no direito brasileiro. O art. 175 da Constituição estabelece que ‘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’. O dispositivo agasalha, portanto, a concessão e a permissão de serviços públicos. No entanto, faz referência à prestação direta pelo Poder Público. [...] Quando a Constituição fala em execução direta, tem-se que entender que abrange a execução pela Administração Pública direta (constituída por órgãos sem personalidade jurídica) e pela Administração Pública indireta referida em vários dispositivos da Constituição, em especial no art. 37, *caput*, e que abrange entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Essas são as formas tradicionais de gestão dos serviços públicos. No entanto, outras formas foram surgindo no direito positivo brasileiro, como as parcerias público-privadas, os contratos de gestão com as organizações sociais, as franquias. Também não se pode deixar de lado os consórcios públicos e convênios de cooperação previstos no art. 241 da Constituição. Atualmente, as principais formas de gestão abrangem: a) a concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinadas pela Lei nº 8.987, de 13-2-95; b) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público-privadas na Lei nº 11.079, de 30-12-04; c) o contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais, disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98” (Pietro, 2024, p. 126).

serviços públicos que se fez em grande parte do século XX e a que ocorre atualmente.

Segundo Pedro Gonçalves (2008, p. 16), a diferença resulta da própria natureza das tarefas públicas para cuja prestação as empresas privadas vêm sendo convocadas. Pela via da clássica “técnica concessória”, elas eram chamadas a assumir responsabilidades no domínio da gestão e exploração de serviços públicos de natureza essencialmente técnica ou empresarial, o que se traduzia numa participação na execução de tarefas estatais periféricas.

Hoje, todavia, em face de um abusivo alargamento do espectro das funções e serviços delegáveis, empresas que atuam em regime de mercado são chamadas a assumir responsabilidades na execução direta de tarefas *nucleares* do Estado, *intrinsecamente públicas*, e que correspondem, em certa medida, a mais profunda razão de ser e de existir do próprio Estado. E isso traz consigo uma crescente influência de empresas privadas e fortes grupos econômicos nos processos decisórios de relevância pública.

Nesse contexto, observa-se que a constante ênfase na superioridade da gestão privada sobre a gestão pública tem solapado a autoconfiança do setor e dos agentes públicos, e, de certa forma, erodido gradualmente sua capacidade para uma ação autônoma em relação ao mercado. Nessa mesma direção, a nossa capacidade coletiva para distinguir o público do privado e para teorizar sobre a natureza específica da esfera pública em relação aos domínios da ação privada e do mercado tem se degradado sob a onipresença da racionalidade neoliberal. Assim, muitos governos têm aplicado soluções próprias da chamada nova gestão pública (*new public management*) em suas administrações.

Com isso, nas últimas duas décadas, formou-se um novo senso comum no que diz respeito às vantagens da gestão privada e dos instrumentos de parcerias público-privadas (*public-private partnership*), como a forma mais eficiente de prestação dos serviços públicos, sem se abdicar da titularidade do Estado sobre tais serviços. Consolidou-se um movimento de reformas administrativas, que conferem um novo alcance a empreendimentos público-privados e seus especialistas, agora elevados ao papel de líderes da transição de uma administração supostamente arcaica para o novo patamar de uma Administração Pública moderna e mais resolutiva no que concerne a resultados⁶.

Como consequência, tem se disseminado uma vertiginosa e acrítica propagação da necessidade de reformulação de conceitos, princípios, institutos e categorias do Direito Administrativo, tendo em vista uma incorporação do paradigma da gestão/exploração privada de serviços públicos. Este movimento ideológico tem conferido um certo suporte e respaldo a relevantes mutações doutrinárias, jurisprudenciais e a projetos reformistas, gestados por políticos e pela alta burocracia estatal formada nas *business school*, não sem o aval ou complacência da academia⁷.

⁶ Veja-se, sobre isso, o grande alarde que se faz hoje nos meios políticos-administrativos, acadêmicos e na grande mídia sobre as vantagens da participação de empresas privadas no novo mercado do saneamento, regulado por uma ANA ampliada em suas competências, e sua potencialidade de elevar os índices do saneamento básico em nosso país aos patamares pretendidos pela Agenda da ONU até 2033.

⁷ Veja-se, neste sentido, as mutações que Antoine Vauchez e Pierre France registraram na recente evolução da jurisprudência do Conselho de Estado francês (2021, p. 165-178).

Nesse contexto, são menosprezados os aspectos nebulosos presentes nesse novo no campo público-privado e seus deletérios efeitos, tanto no que concerne à efetivação de interesses públicos como no que diz respeito ao comprometimento de valores democráticos⁸ consagrados pelo constitucionalismo contemporâneo (Vauchez; France, 2021, p. 60-61).

3 O DNA neoliberal da dinâmica privatizante na Administração Pública

O neoliberalismo, gestado a partir da década de 1980 no Reino Unido e nos Estados Unidos, se apresenta como uma nova “racionalidade governamental”, que visa reconfigurar o papel do Estado, limitando-o à proteção do regular funcionamento do livre mercado, com práticas de desregulamentação, privatização, austeridade fiscal, desmonte dos mecanismos de proteção do trabalho e da seguridade social⁹.

⁸ Nesse contexto, parece interessante mencionar estudo relativo à equidade em países em desenvolvimento: “Para que se tenha uma espécie de ‘roteiro’ para a aferição dos efeitos da privatização sobre a equidade em países em desenvolvimento, Ramanadham (1995) sugere que as seguintes indagações sejam feitas: houve aumento da renda nacional das classes menos favorecidas? A parcela da riqueza total detida por esses grupos aumentou como resultado da privatização? Deu-se um excessivo fluxo de remessa de lucro e capital para o exterior após as privatizações? Ramanadham acredita que, em princípio, a privatização reforça a concentração econômica, de modo que disparidades de renda tendem a ser agravadas e as distorções na riqueza pioradas. ‘Esses fatores’, explica, ‘não nascem com a privatização e sim com o capitalismo e economias de livre mercado. A privatização apenas em países em desenvolvimento serve ao propósito de agravá-los em certas condições em que é implementada’ (Ramanadham, 1995: 31). Vê-se, desse modo, que esse autor credita às privatizações, em princípio, um papel negativo no que respeita aos impactos sobre a equidade”. Especificamente no que tange ao Brasil, a doutrina indica que: “Há poucas evidências de que os ganhos de produtividade obtidos com as privatizações tenham sido repartidos com as camadas mais pobres da população. Ao contrário, os lucros auferidos pelas ex-estatais privatizadas são indícios de que tais ganhos ficaram nas mãos dos novos proprietários; boa parte desses ganhos, ademais, são remetidos ao exterior, o que impacta fortemente o balanço de pagamentos. As remessas de lucro aumentaram de US\$ 1,6 bilhão em 1990 para US\$ 2,5 bilhões em 1994 e para US\$ 7,2 bilhões em 1998. Essa progressão, sem dúvida, reflete remessas de empresas privatizadas; em suma, as privatizações não modificaram a má distribuição de renda no Brasil. Ao contrário, podem tê-la agravado. Isso leva à conclusão final de que a equidade não foi, indubitavelmente, uma prioridade na privatização brasileira” (Coutinho, 2014, p. 30).

⁹ No que concerne ao Brasil, a doutrina indica que: “na contramão dos objetivos constitucionais, como reflexo da pressão sofrida pelas economias latino-americanas na década de 90 por meio dos organismos de financiamento internacionais pós-Consenso de Washington, há o fortalecimento do discurso neoliberal. Este também foi sentido no movimento europeu de integração, principalmente na vertente que pôs em xeque o modelo nacional de *Welfare State*, até então tido em alta consideração. A partir da promoção de medidas liberalizantes e privatizantes, houve uma pressão para que os serviços públicos adquirissem caráter menos de direito (social) e mais de mercadoria, dentro do que Di Pietro ressalta como “mercadorização” (mercantilização) dos serviços públicos, sendo os utentes ou usuários dos serviços equiparados a meros consumidores de produtos ou clientes de serviços. Essas modificações produzem na Europa uma nova crise na noção de serviço público, sendo até profetizado por alguns o seu desaparecimento. Ressalte-se que a Constituição de 1988, em sendo democrática, incorpora preceitos que são influenciados por diversas ordens de forças e valores sociais, dentro do respeito ao pluralismo de concepções políticas e ideológicas. Todavia, não se pode ignorar que o neoliberalismo é uma concepção que, se levada ao extremo, dificulta o projeto de realização dos objetivos constitucionais presentes no art. 3º da Constituição. Ademais, no Brasil, as atividades que o ordenamento positiva como serviços públicos são titularizadas pelo Poder Público, que pode exercê-las direta ou indiretamente, por meio de delegação contratual, conforme dispõe o art. 175 da Constituição, sendo por ele reguladas de forma mais rigorosa, para a garantia de efetivação de direitos sociais, o que pressupõe, do ponto de vista do regime jurídico, princípios como a continuidade, universalização e dever de oferta indistinta” (Nohara, 2024, p. 427).

Desfraldando a bandeira da eficiência, ocupou-se, num primeiro momento, com a “retirada” do Estado de domínios por ele ocupados tradicionalmente, em especial a prestação de serviços públicos, sob a alegação da falência dos “modelos burocráticos”.

Contudo, nas últimas décadas, a intensificação de uma dinâmica privatizante parece pretender algo mais ambicioso e ousado: a própria “transformação da ação pública”, tornando o Estado uma esfera também regida por regras de mercado e submetida às exigências de eficácia, semelhantes àquelas das empresas privadas.

A premissa básica, sempre esgrimida como um mantra pelos defensores da “abertura” do setor de serviços públicos ao mercado, é que a concorrência e a gestão privada dos serviços públicos seria a forma mais eficiente de sua prestação à sociedade.

Nesse sentido, as tecnologias do *management*, desenvolvidas no mercado capitalista, são apresentadas como remédios mais eficazes para uma gestão pública mais eficiente. O *management* torna-se o modelo universalmente válido para pensar a ação pública e social (Dardot; Laval, 2016, p. 272-230). Os princípios, métodos, arranjos e novos *designs* da administração gerencial se tornaram, paulatinamente, a nova panaceia para todos os problemas da “gestão pública”. Esse *gerencialismo* tem servido de suporte para uma agenda administrativa que privilegia os interesses de fortes grupos econômicos e seus representantes políticos.

Para a visão neoliberal, o principal fator da superioridade do novo modelo residiria no “efeito disciplinador” da concorrência, que serviria como estímulo constante à eficiência, à inovação e à melhoria de desempenho (Dardot; Laval, 2016, p. 290). É esta a premissa, assumida ou não, que acompanha todas as medidas “modernizadoras” que vêm sendo tomadas, e que visam “delegar” ao setor privado a prestação de amplos segmentos dos serviços públicos.

Entretanto, visto que esses serviços, por disposição constitucional, não podem ser simplesmente “privatizados”, em razão da titularidade estatal expressamente conferida à responsabilidade das pessoas políticas federativas, de forma privativa ou comum, evidencia-se que a delegação do serviço não deixa de ser, em certo sentido, uma forma de “privatização” da gestão pública. Em certo sentido, é essa titularidade estatal impostergável que permite para os novos parceiros públicos um sistema de partilha de riscos até mais vantajoso em relação àquele existente nas concessões comuns.

A dinâmica privatizante desencadeada, alicerçada na retórica da excelência da gestão privada (*management*), confundida que se encontra com os próprios processos de acumulação capitalista, exacerbados nesta fase neoliberal, não hesita em romper sempre novos limiares, atingindo até mesmo serviços públicos que sempre foram vistos como “essenciais”, segundo uma lição relativamente recente do Direito Administrativo hoje esquecida, como os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, onde está em jogo a satisfação coletiva de necessidades básicas da população.

Além disso, observa-se que essa retórica privatizante vem sempre acompanhada de um esforço de mobilização da opinião pública por meio da grande mídia, associada a poderosos grupos econômicos¹⁰. Assim, as reformas que

¹⁰ No Brasil, as novas regras introduzidas no marco regulatório do saneamento pela Lei nº 14.026/2020 impôs dificuldades para que os municípios, titulares desses serviços, pudessem estabelecer ou renovar

sustentam o novo modelo da “abertura à concorrência” e da adoção dos mecanismos da gestão privada na prestação de serviços públicos foram apresentadas como opções técnicas mais eficazes e ideologicamente neutras, respaldadas nas melhores práticas de *governança pública*.

Porém, como já demonstrado, apesar de anunciadas como sinônimos de “modernidade” e “eficiência”, e, principalmente, como benéficas para todos, os efetivos benefícios em termos de eficiência e modernização das parcerias público-privadas são superdimensionados, sem questionar os custos democráticos desse processo¹¹.

O que se tenta esconder, de fato, é a efetivação prática de um projeto de reestruturação neoliberal mais ampla do Estado e da forma de prestação dos serviços públicos. Essa reestruturação neoliberal pressiona o Estado a produzir as condições nacionais e locais adequadas para a valorização do capital.

Nessa esteira, as transformações operadas na gestão e na exploração de serviços públicos costumam conduzir a situações mais vantajosas para as empresas e desvantajosas para o conjunto da população no médio e longo prazo, especialmente para as camadas mais vulneráveis e desassistidas, historicamente excluídas de uma efetiva cidadania. Os processos de privatização da gestão de serviços públicos foram marcados por significativas elevações das tarifas cobradas dos clientes. Por outro lado, as obrigações das empresas concessionárias passavam longe do centro de preocupações dos órgãos responsáveis pela regulação e pela fiscalização do sistema depois de sua privatização.

4 Consolidação e autonomização de um campo de gestão público-privada

O crescente influxo da exploração e gestão privada de serviços públicos tem contribuindo para o empoderamento de uma “administração público-privada” no seio das instituições político-jurídicas do Estado. Pode-se afirmar que a voracidade da “dinâmica privatizadora” ocasionou a consolidação e autonomização de um

contratos com as prestadoras de serviços estaduais, que à época da edição da lei eram responsáveis por atender 125 milhões de brasileiros com abastecimento de água e 74 milhões com esgotamento sanitário, segundo informação do SNIS. A discussão em torno das metas de universalização foi a oportunidade para modificar o arcabouço então vigente, sob a alegação da incapacidade das companhias estaduais de alcançar as metas desejadas nos prazos previstos em lei. Por ocasião da votação no novo marco, montou-se uma operação de guerra que juntou Executivo federal, Congresso Nacional e setores do Judiciário, acompanhados de verdadeira campanha midiática e de informações em prol da privatização. A dimensão da campanha inviabilizou qualquer narrativa em contrário.

¹¹ O caso Enel bem ilustra o drama vivido pela população de São Paulo durante os últimos meses, com todas as características de uma conduta assumida por parte uma empresa beneficiária de uma concessão de um serviço público essencial. O apagão recente é “apenas” um evento a mais na longa série de crises anunciadas e cuja responsabilidade é totalmente atribuída à direção da Enel. Em novembro de 2023, e em março do presente ano, já houve situações catastróficas semelhantes. Não existe a menor dúvida entre os especialistas na matéria de que a emergência de uma conjuntura caótica como a atual tem suas raízes na redução de investimentos e na diminuição de despesas estratégicas por parte da empresa. A lógica de obtenção do maior lucro possível no menor tempo colabora para o processo de sucateamento da empresa e dos serviços por ela prestados. A manutenção da rede de eletricidade tem um custo relativamente elevado e a situação atual parece evidenciar uma opção pelo corte dos recursos necessários para esse fim.

campo da gestão público-privada de serviços públicos, que tem se difundido mediante variadas técnicas de parcerias público-privadas (*public-private partnership*), abrangidas na moldagem jurídica do tradicional instituto da concessão de serviços públicos.

Os desenvolvimentos recentes desse instrumento de parcerias têm se encaminhado no sentido de tornar sempre mais atrativos e compensatórios os termos da exploração privada de serviços públicos. Assim, esse novo campo de “administração público-privada” se consolidou e granjeou grande autonomia num sistema periférico em relação à institucionalidade estrutural do Estado, onde negócios, política e governo se encontram¹².

Em razão de seu dinamismo e força gravitacional, o novo campo de gestão público-privada tem exercido um poderoso efeito sobre a organização e funcionamento do Estado e da Administração Pública, sobre o conceito de função administrativa, sobre a concepção de serviço público, com fortes impactos sobre a própria configuração do Direito Administrativo, tradicionalmente alicerçado sobre fortes princípios publicistas.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível a formação de um novo sistema de forças que faça recuar este processo de confusão e não diferenciação que atua diante dos nossos olhos.

Afinal, a consolidação e autonomização de um campo público-privado dotado de grande autonomia no seio do chamado Estado Regulador, situado entre o mercado, a política e a alta administração governamental, tem ocasionado o surgimento de uma “área cinzenta”, relativamente distanciada dos controles políticos e sociais, com inegáveis impactos democráticos, especialmente no contexto da estrutura jurídico-política de um Estado social e democrático.

Isso porque este campo de práticas público-privadas, a partir do intercâmbios entre seus *players* e especialistas, onde se destacam poderosas firmas de advocacia e consultoria, e nas frequentes interações com os *experts* das agências reguladoras, tem revelado uma tendência de produzir as suas próprias normas, seus próprios arranjos jurídicos e modelos de eficiência.

Nesse campo, são fixados e difundidos um corpo de conhecimentos e crenças referentes ao futuro da gestão pública, tanto em sua dimensão macro como setorial, conhecimentos esses que formam um *background* compartilhado no ambiente de especialistas, reguladores, lobistas e acadêmicos, mormente aqueles vinculados aos campos do Direito Administrativo, do Direito Regulatório e do Direito Econômico.

Frequentes ajustes na legislação sobre parcerias público-privadas são acertados nesse campo de intercâmbios e interações, a fim de tornar os investimentos em serviços públicos e infraestruturas mais atrativos para o setor privado.

¹² No caso específico do setor elétrico, em 1996, foi criada a Agência Nacional da Energia Elétrica (ANEEL). No entanto, aqui também se deu o conhecido caso dos processos de “captura” das agências regulatórias. O desenho institucional do modelo pressupõe conceder autonomia aos organismos que passaram a usufruir de funções regulatórias em áreas cujas empresas haviam sido privatizadas. Assim, a tendência que se verificou em quase todos os países e setores foi a paulatina incorporação da lógica das empresas por parte das direções dos órgãos encarregados de regulação e fiscalização.

Decerto, o que torna esse campo de parcerias tão dinâmico e florescente são as várias possibilidades de transações e intercâmbios proporcionados no âmbito de campos especializados de uma “administração público-privada”, cuja regulação setorial é capitaneada por agências reguladoras.

Mergulhando dentro do mercado e abraçando o paradigma regulatório, as instituições públicas têm tecido novas e frequentes ligações com empresas privadas gestoras de serviços públicos. No final, longe de se manter equidistante em relação ao mercado e à advocacia de negócios, esses polos se parecem mais como parceiros.

Essa conjuntura enseja uma interdependência, que forma um espaço, por entre as porosas “franjas” do Estado regulatório, onde o público e o privado muitas vezes se comportam como espaços contíguos. Frequentemente, são menosprezados os “aspectos nebulosos” presentes nessas “franjas” do campo público-privado e seus deletérios efeitos, tanto no que concerne à efetivação de interesses públicos, como no que diz respeito ao comprometimento de valores democráticos consagrados pelo constitucionalismo contemporâneo (Vauchez; France, 2021, p. 60-61).

Assim, perde-se uma visão de conjunto no que diz respeito às consequências da autonomização desse campo público-privado de intercâmbios e interações, em especial no que concerne à questão das condições em que o interesse público é hoje concretamente definido.

Nesse sentido, uma das principais consequências dessa crescente autonomização do campo da gestão público-privada é a formatação das novas condições, crescentemente assimétricas, nas quais o interesse público passa a ser definido nas democracias.

Partindo-se da premissa de que o Estado Democrático de Direito funda parte considerável de sua legitimidade na manutenção de uma adequada distinção entre as esferas pública e privada, os avanços crescentes do mercado sobre os serviços públicos, por meio de diversas formas contratuais de parceria público-privada, tem causado um progressivo obscurecimento das linhas divisórias entre as referidas esferas¹³.

Como é sabido, a esfera pública traz consigo um conjunto de representações e expectativas relativas à autonomia, atividades e processos decisórios dos agentes estatais que nela atuam (sejam políticos, burocratas, juízes ou reguladores). Essa esfera configura um espaço social onde a cidadania e o tratamento igualitário devem preponderar, comportando, assim, expectativas diferentes das que prevalecem na esfera privada, principalmente em economias de mercado marcadas pela concorrência.

Em matéria de serviços públicos, a autonomização de um campo de gestão público-privado distanciado das instâncias políticas, administrativas e sociais de controle, pode afetar a gestão democrática desses serviços, impedindo-se, como alertam Dardot e Laval (2018, p. 546-547), que tais serviços públicos sejam instituições orientadas para os direitos de uso coletivo e geridas com vistas à satisfação de necessidades coletivas consideradas essenciais.

¹³ Veja-se, neste sentido, as lições referenciais de Jürgen Habermas (1997, p. 116-139) sobre a relação entre a autonomia pública e privada e os direitos fundamentais.

Dessa forma, é urgente a tarefa de conceber uma nova “*política de separação*”, tendo em vista uma maior proteção da esfera pública em face das crescentes ameaças à sua autonomia diante dos processos de expansão dos mercados sobre os serviços públicos.

É importante que se indague de uma forma mais acurada sobre os limites da privatização da gestão de serviços públicos, ou como prefere Paulo Otero (2003, p. 309), sobre “o próprio grau de admissibilidade constitucional da desresponsabilização direta do Estado sobre certas áreas prestacionais ou sobre determinados serviços administrativos, indagando-se se pode ser abandonada ao sector privado a prossecução de tarefas típicas integrantes da função administrativa de um Estado de Direito material que se configura como ‘Estado-providência’ (ou ‘Estado de bem-estar’) e ‘Estado-segurança’ (ou ‘Estado-preventivo’)”.

5 Impactos no Direito Administrativo

Essas transformações têm sido acompanhadas de mudanças na visão de Estado e do seu papel diante dos serviços públicos e do mercado, tendo operado significativas alterações nas categorias e princípios que informavam tradicionalmente o Direito Administrativo. Com o tempo vem se operando uma vasta revisão desse ramo jurídico, que leva, em passos sucessivos, a uma profunda reestruturação conceitual e a um processo de normalização em relação aos preceitos da economia de mercado e da livre concorrência.

Essa revolução cultural não foi somente uma adaptação à economia de mercado. Ela precisa, também, ser vista como um realinhamento doutrinário e institucional no coração do emergente Estado regulatório, segundo os ditames fixados pela ideologia neoliberal.

Na Europa, vozes diversas sustentaram a necessidade de adaptação dos Direitos Administrativos nacionais às novas diretrizes do Direito Europeu, que tomaram corpo com a formação do mercado único, e que tiveram como pontos comuns a defesa de uma nova administração pública (*new public managemnt*), a adoção crescente de modelos regulatórios e uma contundente crítica à ordem pública clássica e à administração pública tradicional, tida como burocrática e ineficiente.

Para Antoine Vauchez e Pierre France (2021, p. 179), essas alterações marcaram um distanciamento cada vez maior em relação ao velho modelo administrativo, com uma correlativa transformação de conceitos e princípios até então vistos como nucleares ao Direito Administrativo enquanto disciplina acadêmica e regime jurídico assentado em premissas públicas.

Isso aconteceu de modo particular com a noção de “interesse público” (interesse geral). Neste sentido, ocorreu a emergência de um “*interesse geral privado*”, sintonizado com o próprio funcionamento competitivo dos mercados, progressivamente incorporado na dinâmica da prestação dos serviços públicos. E, com o tempo, estabeleceu-se um certo processo de porosidade entre os interesses públicos e os interesses privados.

Em razão disso, tem ocorrido uma vertiginosa propagação de uma necessidade de reformulação de conceitos, princípios, institutos e categorias do

Direito Administrativo, tendo em vista uma incorporação do paradigma público-privado, o que vem ocorrendo de forma acrítica na doutrina, na jurisprudência e na burocracia estatal.

Desse modo, enorme têm sido os impactos do campo da *gestão público-privada* e sua estrutura ideológica-conceitual sobre a dogmática do Direito Administrativo. Muitos têm sustentado abertamente a necessidade de integração, na noção de *interesse público*, das demandas próprias do funcionamento do mercado.

Na mesma linha, setores influentes da doutrina administrativista particularmente vinculados ao campo da gestão público-privada têm proposto significativas revisões em conceitos e institutos tradicionais do Direito Administrativo, como os de “função administrativa”, “regime jurídico-administrativo” e “serviço público”. Tornou-se um lugar-comum, inclusive, a referência a uma crise do conceito de *serviço público*, em face do nível das alterações que se deram nos últimos anos.

Muitas dessas propostas de revisionismo conceitual, gestadas em grande parte no campo do chamado Direito Regulatório, ou mesmo de um florescente Direito dos Negócios Públicos (*Droit des affaires publiques* ou *Business law*), devem ser vistas com grande reserva e desconfiança, principalmente quando examinadas sob o prisma da relação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, entre direitos fundamentais sociais e serviços públicos.

Por conseguinte, diante da nova reconfiguração do Estado, conforme foi traçado, com a instituição e autonomização de amplos espaços de gestão público-privada nas últimas duas décadas, torna-se imperioso tornar mais claros os papéis do Estado e do mercado, apontando-se as “zonas de confusão” surgidas.

Nesse sentido, deve-se admitir que a confusão de papéis deixou de ser um mero sintoma de anomalias administrativas ocasionais para constituir um novo normal, ocasionando o surgimento de uma espécie de “buraco negro” nas democracias.

O que está em questão são as condições nas quais um espaço democrático é construído, onde o interesse público é articulado e definido. Essa análise passa, necessariamente, por uma defesa da autonomia da esfera pública diante dos avanços do capitalismo.

6 Considerações finais

Após quase três décadas de contínua e insistente propaganda em relação às virtudes das parcerias público-privadas, evidenciou-se neste estudo que os seus efeitos políticos e administrativos sobre as instituições democráticas têm sido subestimados, em nome da “modernização administrativa” e sua retórica de maior eficiência e menos burocracia.

Diante de todo o exposto, conclui-se que deve ser mais bem examinado o crescente impacto do fenômeno das parcerias público-privadas, com seus atores, organizações e formas de conhecimento, sobre a linha divisória público-privada, de forma a buscar um entendimento mais amplo sobre os seus potenciais efeitos corrosivos para a definição e implantação dos interesse públicos.

Deve-se admitir, contudo, que uma separação das esferas pública e privada é tarefa difícil e controversa. O próprio esforço de redesenho dessas respectivas margens é uma tarefa constante na democracia. Entretanto, não se pode olvidar que o Direito Administrativo tem uma parcela importante de responsabilidade nessa tarefa, portando-se como guardião dessa linha divisória e devendo manter-se firme no exercício desse papel, para garantia dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; Laval, Christian. *Comum – ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.

FREEMAN, Jody. The private role in public governance. *New York University Law Review*, v. 75, n. 3, 2000.

GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*, v. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. *Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública*. In: Os caminhos da privatização da administração pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra, 2001.

PESSOA, Robertônio. *Direito administrativo e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VAUCHEZ, Antoine; FRANCE, Pierre. *The neoliberal republic – corporate lawyers, statecraft and making of public-private France*. New York: Cornell University Press, 2021.

Data de submissão: 29 nov. 2024
Data de aprovação: 24 jan. 2025