



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A partilha de tarefas públicas entre Administração Pública e empresas: a busca por um novo equilíbrio

The sharing of public tasks between Public Administration and companies: in search of a new balance

Robertonio Santos Pessoa

Resumo: O artigo examina as tarefas públicas reservadas ao Estado social e de como essas tarefas têm sido comprometidas pelo avanço de variados processos de privatização. Sob a alegação da necessidade de abertura do setor público à concorrência, o monopólio público foi paulatinamente cedendo lugar a novos monopólios e oligopólios, desta vez de natureza privada. A gestão estatal de serviços públicos vem sendo substituída por uma gestão empresarial, sob a forma de parcerias público-privadas. Disso resultou um significativo retrocesso da capacidade de intervenção direta do Estado nos campos econômico e social. Retoma-se, no atual contexto marcado pela hegemonia da ideologia neoliberal, a viabilidade da permanência da suma divisio que marcou o desenvolvimento do pensamento político-jurídico, qual seja, a dicotomia tarefas públicas e tarefas privadas, e como se pode proceder a uma partilha de responsabilidade entre Estado e empresas em sociedade complexas com base nessa divisão, sem comprometimento dos poderes interventivos inerentes a um Estado social.

Palavras-chave: Administração Pública; Tarefas Públicas; Privatização; Parcerias Público-Privadas.

Abstract: The article examines the public tasks reserved to the social state and how these tasks have been compromised by the advancement of various privatization processes. Under the allegation of the need to open the public sector to competition, the public monopoly gradually gave way to new monopolies and oligopolies, this time of a private nature. State management of public services has been replaced by business management, in the form of public-private partnerships. This resulted in a significant setback in the State's capacity for direct intervention in the economic and social fields. In the current context marked by the hegemony of neoliberal ideology, the viability of the permanence of the sum division that marked the development of political-legal thought, that is, the dichotomy of public tasks and private tasks, and how a sharing can be carried out is revisited. of responsibility between the State and companies in complex societies based on this division, without compromising the intervention powers inherent to a social State.

Keywords: Public Administration; Public Tasks; Privatization; Public-Private Partnerships.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v11n1p25-40>

A PARTILHA DE TAREFAS PÚBLICAS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EMPRESAS: A BUSCA POR UM NOVO EQUILÍBRIO

Robertonio Santos PESSOA*

Sumário: 1 Introdução; 2 Avanço da gestão privada e nova partilha de responsabilidades; 3 O complexo fenômeno da “privatização” de tarefas públicas; 4 A partilha de responsabilidades entre Estado e Empresas; 5 Responsabilidade pública de execução e legitimação democrática; 6 Conclusões; 7 Referências.

1. Introdução

No presente artigo examinamos a polêmica questão da repartição de tarefas públicas entre Estado e empresas privadas. É sabido que para dar conta das múltiplas tarefas assumidas pelo Estado social, predominante até os anos 1990, a Administração Pública do Estado social, positivado em diversas constituições, apresentava-se como um aparato relativamente desconcentrado e descentralizado. Este complexo aparato administrativo atuava diretamente em setores chaves, tais como, na prestação dos grandes serviços públicos e no desempenho de um poder de polícia e de uma atividade regulatória multifacetados. Atuava, também, na gestão de importantes infraestruturas, geralmente por meio de empresas estatais ou sociedades empresariais de economia mista, sempre que se fazia necessária a salvaguarda de interesses públicos e econômicos relevantes.

Sob o influxo da ideologia neoliberal, a repartição de tarefas entre o setor público e o setor privado passou por profundas transformações nas últimas quatro décadas. Modificaram-se as formas de intervenção pública. Novos arranjos administrativos foram experimentados e adotados, sob a invocação de um ideário de eficiência e sob a promessa da garantia de maiores ganhos e resultados para o conjunto da população. Isso importou numa progressiva desconstrução da estrutura empresarial pública voltada para as indústrias de base, infraestruturas e prestação de serviços públicos de maior relevância social.

Sob a alegação da necessidade de abertura do setor público à concorrência, o monopólio público foi paulatinamente cedendo lugar a novos monopólios e oligopólios, desta vez de natureza privada. A gestão estatal de serviços públicos foi sendo substituída pela gestão empresarial sob a forma de parcerias público-privadas. Sob a bandeira de uma necessária e impostergável “modernização administrativa”, desencadeou-se um crescente e abrangente processo de “empresarialização” de diversos

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutor em Teoria do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Titular da Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. <https://orcid.org/0000-0003-4871-0127>.

setores da administração pública, acompanhados de larga adoção de modelos empresariais de gestão e de regimes jurídicos de direito privado.

Por outro lado, a partir do argumento da necessidade de enfrentamento dos déficits fiscais e de promoção do equilíbrio fiscal, foi se cristalizando uma situação em que o Estado se via agora privado do aporte de meios financeiros para a produção de bens essenciais e para a prestação de serviços. Disso resultou um significativo retrocesso da capacidade de intervenção direta do Estado nos campos econômico e social.

Um dos aspectos mais marcantes dessa mudança foi o novo padrão de conjugação de atuações e de coordenação dos papéis entre sujeitos públicos e privados na implementação das tarefas do Estado. Dessa forma, o presente artigo pretende abordar a questão da divisão de responsabilidades entre Estado e empresas na consecução de tarefas públicas enfocando questões que tangenciam este problema, tais como o sentido da divisão público-privado e a eficácia da ação pública interventiva estatal em face da perda de importantes instrumentos administrativos. Aborda-se, também, uma questão jurídica concreta que é a relativa ao grau de admissibilidade constitucional da desresponsabilização da atuação direta do Estado sobre certas áreas prestacionais diante da outorga da gestão de certos serviços às empresas privadas.

No presente estudo se faz um cotejo entre o direito brasileiro e o direito português, conferindo-se especial atenção à obra de dois importantes publicistas portugueses da atualidade, o Prof. Dr. Paulo Otero, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e o Prof. Dr. Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2. Avanço da gestão privada e nova partilha de responsabilidades

Essa maior participação e envolvimento do setor privado na gestão pública deu-se no contexto de pesadas críticas ao *modus operandi* do Estado social, tal como positivado com variações nacionais nas Constituições do pós-guerra. O modelo de gestão estatal foi frequentemente acusado de burocrático e ineficiente. No bojo deste movimento, operou-se uma progressiva reconfiguração do papel e das funções do Estado, com a alienação ao setor privado de importantes bens públicos e infraestruturas, além de uma ampliação crescente da exploração e da gestão privada de serviços públicos, mesmo daqueles que tradicionalmente foram considerados essenciais. Alargou-se de forma exponencial a participação do mercado na exploração de rentáveis setores, antes geridos diretamente pelo Estado.

Uma sedutora e bem articulada retórica relativa à “partilha de responsabilidades” (*verantwortungteilung*) entre os setores público e privado passou a ser uma das marcas da nova *governança pública*. Esta partilha de responsabilidade, onde grupos empresariais aparecem agora como “parceiros” do Estado vem sendo anunciado como uma forma de “democratização” da gestão pública, tornando-a mais consen-

sual, dialogal e mais receptiva aos “potenciais endógenos” da sociedade civil em termos de conhecimentos, *expertises* e soluções para os diversos problemas a serem enfrentados pelo Estado. Alardeou-se com cada vez mais frequência a “capacidade privada para servir objetivos públicos” (Freeman, 2000, p. 549). Com o avanço da ideologia neoliberal, o que se assistiu, na prática, foi uma crescente “retração” do setor público, seguida de um “emagrecimento” institucional e instrumental do Estado, com manifesto comprometimento de suas capacidades interventivas e conformadoras. O avanço contínuo do mercado e do grande capital sobre tarefas públicas fundamentais e de grande importância em termos sociais, produziu uma lenta “sangria” do Estado social, retirando-lhe os meios administrativos necessários para uma ação interventiva eficaz. Na seara jurídico-constitucional indaga-se se tal afastamento estatal em relação à consecução direta de tarefas públicas necessárias e obrigatórias não configuraria uma grave usurpação da função administrativa de um Estado de Direito material que se configura em termos constitucionais como um Estado democrático (Otero, 2017, p. 309). No limite, tal “usurpação” acabou por comprometer as próprias bases da soberania nacional, quando vista no contexto atual da “globalização” e da concorrência entre Estados no sistema interestatal.

Além dos graves problemas sociopolíticos que envolvem a “privatização” do patrimônio público, e do avanço do mercado sobre “bens comuns” titularizados e geridos por pessoas públicas, a privatização de empresas públicas ou o incremento da exploração e gestão de serviços públicos por meio de variadas formas de ajustes com o setor privado, traz à tona delicados problemas sobre os limites dos processos de privatização no contexto do Estado democrático e social.

Se a complexidade das tarefas públicas provoca, necessariamente uma salutar “abertura” do Estado à participação de atores privados na gestão da coisa pública, essa abertura, contudo, deve se dar dentro de certos limites, que não comprometam uma ação estatal pública e efetiva, voltada para a realização dos fins e objetivos nacionais definidos no plano constitucional. Assim, um debate incontornável dos nossos dias é o relativo ao grau de admissibilidade constitucional de desresponsabilização direta do Estado sobre certas áreas prestacionais ou sobre determinados serviços públicos.

3. O complexo fenômeno da “privatização” de tarefas públicas

O fenômeno da “privatização” de tarefas públicas se situa no contexto de um complexo processo de redefinição e reconfiguração do papel do Estado e da Administração Pública, que acompanhou da consolidação da ideologia neoliberal nas últimas décadas. Todavia, passada a fase áurea da hegemonia neoliberal, as nefastas consequências políticas, econômicas e sociais da dinâmica privatizante por ela instaurada têm suscitado um forte debate nos meios políticos e acadêmicos, suscitando posturas mais críticas sobre o papel do Estado na atualidade e a conformação que deve ser assumida pela sua administração pública, seu braço executivo.

“Privatização” é um conceito que apresenta significados variados. Para Paulo Otero (2001, p. 36-37), não existe, juridicamente, um único sentido para este termo, que se revela susceptível de múltiplas acepções. Diversos fenômenos no mundo político-jurídico, dotados de natureza heterogênea, são vistos como formas de “privatização”. Assim, o conceito de privatização da Administração Pública revela-se, por essa razão, polissêmico.¹

Grosso modo, considera-se “privatização” a transferência de um bem ou da execução de uma atividade antes desempenhada por ente público para o setor privado. Na prática, os processos de privatização costumam ser instaurados por atos formais do Estado, surgindo daí privatizações patrimoniais e privatizações de tarefas públicas, nesse último caso quando permitida a sua execução, com ou sem delegação formal, por empresas privadas. A privatização patrimonial se dá com a alienação de empresas públicas para o setor privado. Trata-se, aqui, de uma privatização mais radical, uma vez que a titularidade dos bens, como empresas estatais ou infraestruturas públicas, é repassada para a esfera privada. Já no caso das tarefas públicas, a privatização significa *to move public functions into private hands*, isto é, como, por exemplo, repassar para empresas privadas a exploração de serviços públicos antes geridos pelo Estado.

No âmbito europeu, os processos de privatização foram muitas vezes impulsionados pelas diretrizes e vinculações comunitárias. Nesse sentido, assim se manifesta Paulo Otero (2001, p. 51):

Não obstante o Direito Comunitário proclamar a sua neutralidade quanto ao regime de propriedade dos diversos Estados-membros da Comunidade e inexistir uma regulação comunitária especificamente aplicável à iniciativa económica pública ou ao sector público empresarial, a verdade é que a subordinação das iniciativas económicas pública e privada às mesmas disposições comunitárias acaba por comportar novas limitações, segundo o estrito quadro do direito interno, à iniciativa económica pública, podendo falar-se, por isso mesmo, numa “neutralidade relativa” do Direito Comunitário.

Neste sentido, verifica-se, em primeiro lugar, que as limitações às regras comunitárias sobre concorrência, designadamente todas aquelas que os serviços públicos do Estado originam em matéria de liberdade de empresa e de mercado, envolvem a criação de um ambiente

¹ Segundo Paulo Otero (2003, p. 304), um dos principais fatores reveladores da crise de identidade do moderno Direito Administrativo reside na “fúria” privatizadora que tem se alastrado pela Administração Pública, a qual encontra quatro principais manifestações: a) a privatização das formas organizativas da Administração Pública; b) a privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas; c) a privatização do Direito regulador da atividade administrativa; e d) a privatização das relações laborais infra administrativas.

comunitário favorável à liberalização e à privatização de alguns tradicionais serviços públicos.

Por outro lado, a submissão das empresas públicas às mesmas normas de actuação das empresas privadas, proibindo qualquer discriminação, determinou que o Direito Comunitário acabasse por favorecer uma tendência privatizadora da economia: os Estados-membros tiveram que proceder a profundas reestruturações dos respectivos sectores empresariais, levando à adoção de critérios de gestão privada, principalmente quando tais empresas estavam situadas em sectores económicos dotados de grande concorrência, acabando a abertura do mercado nacional por conduzir ao desenvolvimento de processos de privatização.

Tratando do caso português, Paulo Otero (2001, p. 52) observa que, numa perspectiva histórica da Constituição de 1976, em razão das revisões constitucionais de 1989 (desaparecimento da irreversibilidade das nacionalizações) e de 1998 (imposição de sectores básicos vedados à iniciativa económica privada), houve um alargamento do espaço de operatividade das privatizações na Administração Pública, diminuindo assim, correlativamente, os limites anteriormente fixados. O administrativista português adverte, contudo que “tal diminuição não pode ser interpretada no sentido de um desaparecimento dos limites à privatização na Administração Pública”.²

Para Paulo Otero (2001, p. 53), a cláusula constitucional do Estado social, inerente ao atual modelo de Estado e cuja implantação está confiada pela Constituição Portuguesa à Administração Pública (CRP, artigo 9º, alínea *d*), determina que, sem prejuízo da possível concorrência da iniciativa privada na satisfação de alguns interesses gerais, exista um conjunto de áreas de intervenção da Administração Pública que são, por definição, insusceptíveis de privatização integral, verificando-se que nos deparamos aqui com tarefas impostas pela Constituição ao Estado, instituindo-se, assim, uma responsabilidade direta deste pela sua respectiva execução ou satisfação, como, por exemplo, nos campos da educação, da saúde e da segurança social.

No Brasil, importantes empresas públicas, tanto exploradoras de atividade económica como prestadoras de serviços públicos, foram privatizadas desde o primeiro governo Fernando Henrique Cardoso (1994-1998)³. O destaque foi a privatização da Companhia Siderúrgica Nacional (1993) e da companhia mineradora Vale do Rio Doce (1997). Sob os governos de Lula e Dilma Rousseff não ocorreram privatizações

² Para Paulo Otero (2001), de acordo com a ordem jurídica portuguesa pode-se recortar três principais grupos de limites à privatização da Administração Pública: a) limites gerais de toda a privatização da Administração Pública; b) limites específicos da privatização da Administração Pública de natureza económica; c) limites específicos da privatização da Administração Pública sem natureza económica.

³ Um balanço das privatizações dos anos 90. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

significativas no âmbito federal, embora tenham ocorrido a privatizações de companhias energéticas nos Estados da federação. Já o governo assumidamente neoliberal de Jair Bolsonaro pretendeu realizar um amplo programa de privatizações. Assim, foram privatizadas a BR Distribuidora, a Stratura Asfaltos, a Liquigás, a Logigás, entre outras empresas estatais subsidiárias da Petrobrás⁴. Por fim, já no crepúsculo do referido governo ocorreu a privatização da Eletrobrás. No atual governo do Presidente Lula foram suspensas as privatizações de empresas estatais, retomando-se iniciativas voltadas mais para o seu fortalecimento.

Em razão da titularidade estatal de diversos serviços públicos, com frequência prevista no plano constitucional, como no Brasil, o que se costuma transferir para a órbita empresarial é apenas a sua gestão e exploração, embora isso muitas vezes isso implique numa apropriação ou, pelo menos, numa fruição privada, por longos anos a fio, de infraestruturas públicas construídas pelo Estado com recursos públicos (Melo, 2021, p. 665-666). Tecnicamente falando, não ocorre aqui nenhuma “privatização”, mas, na prática, para além das formalidades jurídicas, muitas vezes é isso o que ocorre na prática. Embora o Estado permaneça formalmente com a titularidade do serviço, a sua gestão e exploração econômica passa ser feita por empresas privadas, individualmente ou consorciadas, por longos períodos. Aqui, sob a frequente alegação da carência de recursos públicos para investimentos em serviços públicos, aliada à retórica da eficiência da gestão privada em relação à gestão pública, apontada como burocrática e ineficiente, grandes infraestruturas e serviços públicos são entregues ao mercado para se tornarem objeto de uma exploração empresarial por meio de variadas formas de concessão pública, em especial por meio daquelas que mais se disseminaram com o avanço da razão neoliberal, as famosas parcerias público-privadas, ou simplesmente PPPs, especialmente quando se trata de viabilizar uma gestão e exploração empresarial que supere os prazos normalmente previstos para concessões comuns (Melo, 2021, p. 742-743).

Um outro fenômeno muito comum deve ser observado. Ao lado das *privatizações formais*, que costumam observar procedimentos jurídicos de *despublicatio*, tanto sob a forma da venda de ativos estatais como na forma transferência da execução de serviços para o mercado, frequentemente se apresentam processos de *privatização de fato* mais sutis, informais e dissimulados, não baseados em decisões públicas explícitas. São privatizações que acompanham a progressiva “desocupação” pública, ou mesmo abandono, de determinados setores e áreas pelo Estado, setores e áreas onde antes a ação estatal ocupava um lugar central, como, por exemplo, na segurança pública, ou nos serviços de saúde e educação, espaços cada vez mais ocupados por empresas, e no caso de alguns Estados brasileiros, como o Rio de Janeiro, por milícias armadas. Assim, sem que tenha ocorrido uma transferência expressa de tarefas para o setor privado, o Estado simplesmente vai de afastando, de forma lenta,

⁴ Privatização: desmonte do Estado ou modernização. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias>. Acesso em: 15 abr. 2024.

mas progressiva, da execução de certas missões, levando atores privados e, em alguns casos, até organizações criminosas, a ocuparem o vácuo deixado. Como acentua Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves (2008), nesse processo de lenta hemorragia” institucional, privatizações informais podem resultar não de um abandono expresso, mas de um “desinvestimento público” que acaba por acarretar uma “erosão da qualidade dos serviços públicos”. Essa prática tem por vezes um claro propósito de favorecer o “mercado”, ao disseminar a convicção de que o Estado não se encontra em condições de produzir, em quantidade e qualidade, certos serviços de que os cidadãos carecem.

Vários processos de privatização vêm ocorrendo em zonas claramente abrangidas por uma responsabilidade constitucionalmente atribuída ao Estado, inclusive no que concerne à execução direta de determinadas tarefas, o que suscita sérios e graves problemas, em especial no que diz respeito aos seus limites no contexto de um Estado Constitucional sob o qual pesam desafiantes tarefas na esfera social e econômica. Tais processos acabam por desmontar e comprometer as capacidades de intervenção, de planejamento e de coordenação estatal, com a sua redução a um Estado meramente regulador de mercados, inclusive o florescente mercado dos serviços públicos.

Para Paulo Otero (2003, p. 309), um processo ilimitado de privatização de serviços administrativos, além de produzir uma verdadeira “hemorragia” do setor público, limita o espaço material da atividade da Administração Pública, e acaba por reduzir o campo de operatividade do Direito Administrativo: 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.

Essa retórica privatizante também se faz presente nas diretrizes assumidas por importantes organismos internacionais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a OCDE. É o que ocorre, também, no contexto da União Europeia. A despeito da inexistência de uma referência normativa expressa ao fenômeno da privatização e da proclamada “neutralidade” do ente europeu em tudo que se refere ao regime de propriedade nos Estados-membros (artigo 295º do Tratado CE), é manifesto que o Direito Comunitário europeu tem desempenhado um papel decisivo no processo de privatização de “grandes serviços públicos” e de certas funções públicas por parte dos Estados-membros. Não se trata apenas de criar um “clima favorável à privatização”, mas, em certos casos, as regras comunitárias foram mais longe, impondo mesmo, em nome da concorrência a ser priorizada no espaço europeu, a *desmonopolização*, a *liberalização* e a *devolução ao mercado* de certos serviços geridos pelo Estado. É possível, nesses casos, falar-se da imposição, de forma velada, de uma “obrigação de privatização”. Noutras situações, sem impor expressamente a privatização, o Direito Comunitário procedeu à “abertura” ao setor privado de certas funções públicas até então consideradas típicas de Estado, como aconteceu, por exemplo, com a liberalização da certificação técnica de produtos. Em face desses dados (e

de outros que poderiam ser acrescentados), é no mínimo ingênuo continuar a falar-se de neutralidade do direito comunitário em tudo que se refere à delimitação da esfera de intervenção do Estado e à repartição de responsabilidades entre o Estado e a sociedade (Gonçalves, 2008).

Assi, ao invés de uma referência genérica a “privatizações”, talvez fosse mais adequado se pensar em termos de “processos de privatização”. E não somente no sentido técnico-jurídico e procedimental de atos estatais de alienação de bens ou transferência de tarefas públicas para o setor privado, mas no sentido mais amplo de movimentos e impulsos privatizantes que se desenvolvem de forma generalizada, maneira formal ou informal, gestados por uma cultura e uma ideologia privatizante difusa, presente no discurso político, acadêmico e em variados *think tanks* conduzidos grupos de especialistas, discursos e práticas estas sintonizados com a dinâmica dos mercados e com fortes interesses do capital.

4. A partilha de responsabilidades entre Estado e Empresas

A Administração Pública foi tradicionalmente concebida como o braço executivo do Estado. Cabia ao Estado assumir, por meio de seus aparatos administrativos, ou por meio de terceiros, a execução de determinadas tarefas, inicialmente afetadas apenas ao âmbito do poder de polícia, e, depois, ao campo dos serviços públicos, das infraestruturas e de certas atividades econômicas, reputadas estratégicas ou de grande interesse coletivo.

O avanço da ideologia neoliberal tem causado um esvaziamento da “responsabilidade pública de execução” de importantes tarefas estatais, tarefas estas que tradicionalmente foram consideradas “públicas”, e que, por diversas razões, foram afastadas do âmbito da “livre iniciativa”. Acreditados que em relação a tais atividades o Estado deve assumir uma intransferível responsabilidade de execução, uma vez que envolvem *tarefas públicas de natureza administrativa*, e cujos sistemas de execução são por ele organizados de forma coordenada e articulada. Nesse âmbito predominam responsabilidades públicas de execução que demandam uma intervenção executiva direta e operacional do Estado na realização do interesse público (Gonçalves, 2008).

Dada a complexidade do mundo em que vivemos, não se pode negar que a concretização das diversas tarefas públicas a cargo do Estado se apresenta como uma missão hercúlea. Por isso, a realização de tais misteres deve envolver uma ampla cooperação entre atores públicos e privados. Isso se expressou em novos conceitos que foram surgindo tanto na prática administrativa como na teoria social e jurídica, tais como “partilha de responsabilidades”, “gestão compartilhada” e “parcerias público-privadas”. O problema que se coloca hoje de forma mais premente, após décadas de predomínio da ideologia neoliberal na conformação de uma nova ideia de Estado e dos seus papéis, é o de se estabelecer os limites dessa “gestão partilhada” e dessa

“cooperação”, para que a retórica da “parcerias”, aparentemente de conotação democrática, não implique em um avanço do setor privado mercado sobre serviços e atividades que, em razão de sua própria natureza “pública”, tradicionalmente foram afastados da lógica do mercado. É sabido hoje que os “parceiros” que reivindicam essa “gestão compartilhada”, com forte aliado na política e na grande mídia, não raro são poderosos grupos econômicos interessados numa “abertura” e “liberalização” crescente do rentável setor de serviços públicos e infraestruturas.

Nesta nova ambiência popularizaram-se especialmente as parcerias público-privadas (*public-private partnership*). Inicialmente associadas à moldura jurídica do contrato de concessão, estas parcerias foram adquirindo contornos cada vez mais expansivos, passando a abranger diversos modelos de negócios entre o Estado e o setor privado. Tais arranjos passaram a ser considerados, sem maiores reflexões, como um fator decisivo para a melhoria da qualidade dos serviços públicos. Sobre as parcerias público-privadas assim se manifestou Pedro Antônio P. C. Gonçalves (2008, p. 328-329):

A concretização de parcerias passa por instrumentos de cooperação entre entes públicos e privados, em que estes suportam uma parte ou a totalidade dos encargos inerentes à realização de um investimento público e, mais do que isso, o “risco do negócio”. Na verdade, a parceria pressupõe, no mínimo, uma “partilha de riscos” entre parceiros. Sem assunção de risco por parte do parceiro privado, não há parceria ou cooperação, mas apenas um fenômeno de simples colaboração (que não justifica a “engenharia jurídica” associada à montagem da equação financeira da parceria).

O compartilhamento de tarefas e responsabilidades entre Estado e empresas, embora aparentemente acompanhe uma tendência que se expressa num maior aproveitamento das “capacidades privadas” para a consecução de uma gestão pública mais eficiente, quando desborda certos limites traz consigo repercussões sociais e políticas nefastas. Tais repercussões apresentam-se tanto mais significativas quanto mais sensível se revela a natureza das funções e tarefas de gestão e exploração confiadas aos parceiros empresariais.

Nesse sentido, há uma grande diferença entre o uso que se fez ao longo do século XX da participação empresarial e das técnicas privadas na consecução de tarefas públicas, e o uso abusivo que tem sido feito em nossos dias. Veja-se, quanto a isso, o que diz Pedro Antônio Pimenta da Costa Gonçalves (2008, p. 16-17):

A diferença resulta da própria natureza das tarefas públicas, a cuja execução os atores privados vêm sendo convocados. Pela via da clássica “técnica concessória”, eles eram desafiados a assumir responsabilidades no domínio da gestão e da exploração de serviços públicos ou de outras atividades públicas de natureza essencialmente técnica

e empresarial. Tratava-se, em todo caso, de uma participação na execução de tarefas estaduais periféricas, de “*policy implementation*”, que, pode dizer-se, estava ainda “conforme com a ordem natural das coisas”. Actualmente, todavia, os particulares são chamados a assumir responsabilidades de execução de tarefas *nucleares* do Estado, que correspondem, em certa medida, à mais profunda razão de ser – e da existência – do próprio Estado. (...). Como já foi observado com precisão, o aspecto verdadeiramente inovador das atuais formas de *contracting out* do Estado reside no espetacular alargamento do universo das funções delegáveis e na percepção da surpreendente delegabilidade de certas missões públicas. (...). Há, neste domínio, preocupantes processos e formas de intervenção informal e desregulada de particulares do exercício de poderes administrativos. Embora chamado a *auxiliar* a Administração na execução de tarefas que, no plano formal, se mantém sob direção pública, os particulares acabam muitas vezes por ter a *palavra decisiva* sobre o conteúdo das decisões públicas, as quais, afinal, são pouco mais do que meros actos de ratificação ritual de propostas privadas.

De uma forma geral, a chamada nova governança pública impõe, quase como um imperativo de modernização dos serviços estatais, as mais variadas formas de parceria entre o Estado e o mercado. Por essa razão, para Jody Freeman (2000, p. 154), o moderno Estado neoliberal de nossos dias se apresenta como um *contracting state*, ou seja, um Estado que interiorizou a “cultura do contrato” como instrumento ordinário de realização de suas finalidades institucionais. Está cultural contratual, legitimadora das mais inusitadas “parcerias” alberga uma pulsão privatizante vem se estendendo por zonas claramente abrangidas por um dever estatal de execução direta, onde prepondera um *dever ou incumbência constitucionalmente imposta ao Estado de assegurar a realização de certos fins* (Möstl, 2002, p. 118). São zonas onde predominam tarefas e serviços que demandam organização, coordenação e estruturação articulada, planeamento a longo prazo e desvinculação de interesses imediatistas, o que somente pode ser regularmente assegurado por meio estruturas administrativas dotadas de certa legitimidade, estabilidade e continuidade. Por essa razão, em vista dos riscos que processos de privatização de tarefas públicas em larga escala representam para a soberania nacional e para a satisfação de necessidades coletivas, subsiste por imperativos republicanos e democráticos uma indeclinável responsabilidade estatal de salvaguarda, inerentes ao Estado Constitucional. Essas responsabilidades não são adequadamente garantidas pela privatização da gestão de tarefas e serviços públicos importantes, mesmo que tal gestão seja supervisionada pelos novos mecanismos regulatórios, reputados como independentes (Weiss, 2002, p. 204).

É imperioso, assim, compreender as mudanças que vêm ocorrendo na esfera pública, desvendando-lhe o verdadeiro sentido e implicações, descortinando-se os ris-

cos e os perigos que lhe acompanham. Nesse contexto, marcado por confusões conceituais, pelo obscurecimento das tarefas públicas inerentes ao Estado social e pela formação de campos de intersecção público-privados promíscuos nas bordas da esfera pública estatal, é de fundamental importância proceder-se a uma nova “política de separação”, impondo-se barreiras ao avanço dos mercados sobre a Administração Pública. Trata-se de retomar a distinção entre a esfera pública e a esfera privada, entre tarefas públicas e tarefas privadas. Essas fronteiras foram relativamente esgarçadas e propositalmente confundidas sob o império da racionalidade neoliberal, o que permitiu um progressivo avanço da exploração capitalista sobre amplos setores da administração pública, comprometendo-se, assim, as próprias condições nas quais os interesses públicos são definidos e implementados.

5. Responsabilidade pública de execução e legitimação democrática

A separação entre uma esfera pública e a privada tem sido uma das principais conquistas dos Estados democráticos, separação da qual decorre as “representações sociais” da existência de um *publicum* e de um *privatum*. Essa separação tem permitido estabelecer uma distinção entre *tarefas públicas* e *tarefas privadas*, distinção esta que permanece válida e repleta de significados políticos, jurídicos e sociais. Há, portanto, tarefas que o Estado deve assumir, por serem “públicas” e exorbitarem à esfera dos interesses particulares e mercantis, justificando tais tarefas a própria existência do Estado como esfera política autônoma em relação à esfera social e econômica. Assim, os dois campos, o público e o privado, continuam a identificar esferas de atividade qualitativamente diferentes, e que, assim, devem se manter separadas, inobstante as múltiplas possibilidades de interação e intercâmbios possíveis.

Neste sentido, a separação entre tarefas públicas e tarefas privadas expressa diferentes *formas de legitimação* das ações e atividades que se desenvolvem nas esferas pública e privada. A ação do poder público deve se lastrear numa legitimação democrática, ao passo que as iniciativas e ações desenvolvidas na órbita da sociedade civil e da economia se legitimam a partir da perspectiva dos direitos fundamentais e das liberdades econômicas. No tocante à esfera econômica, a atuação empresarial ocorre em um regime de mercado, caracterizado pela concorrência e pelos processos de acumulação inerentes à dinâmica capitalista. No que diz respeito à esfera pública, o princípio fundamental de ordenação do Estado democrático exige que a *ação pública* esteja fundada no *princípio democrático*, o que, do ponto de vista constitucional e administrativo, implica no acato pelos poderes públicos dos princípios da *competência* e *legalidade*. Assim, as atuações do Estado e dos seus aparatos administrativos demandam sempre uma forma legitimação (pelo povo ou por parte do povo) que não se exige na esfera das relações privadas e nas relações econômicas que se desenvolvem na esfera da sociedade capitalista.

Naturalmente, o mapa dualista da realidade política não postula uma separação abrupta entre Estado e sociedade. Pelo contrário, Estado e sociedade são entidades que, de forma dinâmica, se interpenetram e estabelecem múltiplas relações entre si. Fazem-no, todavia, como entidades separadas ou contrapostas que protagonizam papéis diferenciados e que se submetem a diferentes princípios internos de ordenação. Relacionam-se entre si, mas não se fundem uma na outra. Representam dois polos distintos que integram uma realidade unitária: a coletividade política constituída (Gonçalves, 2008, p. 235).

Tal distinção de ordem política tem inegáveis reflexos para o Direito. Apesar de vozes dissonantes que parecem propugnar encaminhamentos alternativos e que acabam por embaralhar num caleidoscópio confuso esta dicotomia fundamental (a *grande dicotomia*, nas palavras de Bobbio), o direito público continua a se apresentar como “direito do Estado” (e o direito administrativo como direito do Estado-administração). Essa separação subsiste não somente em razão das necessidades de limitação do poder (como costumam acentuar as correntes liberais), mas, principalmente, em função do imperativo democrático de legitimar a ação pública. Assim, essa distinção dicotômica delimita o espaço de atuação das liberdades e dos mercados (direito privado) contraposto ao espaço operativo da ação pública, que deve se pautar por critérios de legitimidade democrática.

Dessas distinções resultam dois imperativos básicos: a exigência de salvaguarda e de proteção de uma *esfera de privacidade* (liberdade dos cidadãos e livre iniciativa das empresas), mas, também, o dever não menos imperioso de circunscrever uma *esfera de estaticidade*, que demanda uma presença efetiva do Estado e do seu braço administrativo em diversos setores da vida social. Dito de outra forma, e visto agora com maior nitidez os estragos provocados pela ideologia neoliberal e seus delírios privatizantes, cumpre delimitar-se com maior nitidez, quais tarefas deve o Estado assumir diretamente e quais tarefas, tendo como critério as vantagens que possam advir para a sociedade, podem ser desenvolvidas de forma diferente, por meio de parcerias com o setor empresarial.

Embora os termos dessa questão tenham sido pautados nos últimos tempos pela razão neoliberal, que, no debate sobre o papel do Estado, acentuou a necessidade de regresso do Estado às suas “funções típicas”, e, assim, apregoando o seu “enxugamento”, acreditamos que na atual quadra histórica em que manifestos se tornam os efeitos deletérios da retração estatal, o problema pode ser reposicionado em outros termos. É em torno das tarefas públicas constitucionalmente atribuídas ao Estado, principalmente em matéria de serviços públicos essenciais, que se deve assentar uma responsabilidade estatal, inclusive no que concerne à sua execução, não bastando para tanto a sua mera atuação por meio de instrumentos regulatórios, decorrentes de ilimitadas delegações. Trata-se, assim, de tarefas situadas no âmbito de uma *responsabilidade pública de execução*, por serem *tarefas públicas* de grande impacto social, e que assim, não podem ser submetidas a estratégias de privatização

integral ou parcial. Aqui, pois, devem ser vedadas não somente as técnicas de privatização mais explícitas, como também devem ser postos limites às formas de privatização mais veladas, representadas pela entrega à gestão privada e exploração mercantil de importantes serviços públicos, sem que isso impeça a utilização e ativação de capacidade e expertises técnicas privadas no que for compatível.

Os parâmetros e as indicações para essas *tarefas públicas* impostergáveis, que pressupõem uma *responsabilidade pública de execução*, são apresentados na Constituição. Nessa linha, a Constituição Portuguesa, sem assumir um catálogo fechado, apresenta várias indicações: segurança pública, serviço público de rádio e de televisão, saúde e educação são serviços que exigem uma intervenção pública direta, com a assunção de uma responsabilidade pública de execução.⁵ Para o jurista português Rodrigo Gouveia (2001, p. 21), os serviços de interesse geral são essenciais à vida, à saúde e à participação social, vinculando o Estado para assegurar todas as condições para garantir os acessos a estes serviços por parte dos cidadãos. No Brasil, por seu turno, a Constituição Federal também contém diversas indicações sobre a responsabilidade estatal de execução: correios, telecomunicações, energia elétrica, transportes, saneamento, saúde e assistência (CRFB, artigos 21, 23, 25 e 30).

No caso das tarefas públicas em que recai sobre o Estado uma responsabilidade de execução, é o próprio Estado, em conformidade com o princípio democrático, que deve responder perante a sociedade pelo modo como desempenha ou como organiza a execução da tarefa que assumiu. Nesses casos, a tarefa envolvida se apresenta como sendo de *gestão pública obrigatória*, na medida em que o Estado terá que responder quer pelos resultados que dele se esperam, quer pelas decisões tomadas, quer pelas opções técnicas feitas. Mesmo aqui, destaque-se, dadas as complexidades envolvidas, diversas formas de colaboração podem ser entabuladas com o setor privado, sem que, contudo, a gestão e exploração da tarefa pública envolvida seja transferida para o mercado.

Assim, a transferência da exploração e da gestão de infraestruturas e serviços públicos ao setor privado não pode ser vista como uma regra a ser seguida, como a ideologia neoliberal privatizante faz transparecer. Em todo caso, os limites da colaboração e da participação do setor privado na execução estatal dessas tarefas públicas devem ser examinados em cada caso específico, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

6. Conclusões

Numa época em que se revelam cada vez mais evidentes os estragos sociais, políticos e econômicos decorrentes de quatro décadas de hegemonia neoliberal, acende-se o

⁵ Na Constituição portuguesa, a menção aos serviços públicos é feita na denominada Constituição Económica.

debate em torno da estatização e nacionalização de determinados setores e atividades. Esse debate, de acordo com a peculiaridades de cada Estado e país, que suscita a possibilidade de renacionalizar ou reestatizar certos setores estratégicos vem crescendo, apesar do boicote dos grandes meios de comunicação, da oposição dos setores econômicos e políticos beneficiados com o desmonte do Estado social, da resistência dos bem remunerados ideólogos neoliberais e de parcela da classe política, que, ao longo desse longo período de dominação neoliberal, tem se revelado subserviente aos interesses do capital.

Por meio do planejamento, o Estado deve ser o principal agente impulsionador da soberania econômica e do desenvolvimento. Coordenando iniciativas, programas e ações, o Estado deve atuar de forma muito abrangente, articulando as diversas organizações administrativas, de tal modo que possibilite uma efetiva transformação das estruturas socioeconômicas, e integrando, social e politicamente, a totalidade da população. Em países latino-americanos como o Brasil, somente por meio do planejamento e da coordenação estatal, será possível uma superação do subdesenvolvimento, conforme previsto na Constituição entre os objetivos fundamentais da república (CRFB,1988, art. 3º, II e III).

Os setores que deveriam ser objeto de uma atuação estatal direta e, portanto, nacionalizados ou reestatizados, por serem considerados estratégicos para um projeto nacional de desenvolvimento sustentável e soberano, podem variar de acordo com as peculiaridades nacionais. Esse elenco, pode ser mais ou menos extenso, sendo frequentemente citados os seguintes setores: petróleo e outros combustíveis, minérios, energia elétrica, energia nuclear e outras formas de energia nesta fase de transição energética, água, saúde, telecomunicações, estradas, ferrovias, portos, aeroportos, correios, bancos, habitação, etc. Esse elenco pode ainda incluir setores que desempenham um papel essencial no desenvolvimento de tecnologias que apresentam grande potencial de crescimento para indústrias conexas, as chamadas *key technologies*.

Uma presença estatal na gestão direta de determinados recursos, infraestruturas e serviços, tais como combustíveis e minérios, energia, telecomunicações, água e saneamento, saúde básica, estradas, ferrovias e portos, que estejam interligados e acessíveis da forma mais uniformizada possível, aliados a um planejamento de longo prazo, são de fundamental importância ao incremento de projetos autônomos e soberanos de desenvolvimento.

7. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2024.

- FREEMAN, Jody. The contracting state. *Florida State University Law Review*, v. 28, 2000.
- FREEMAN, Jody. *The private role in public Governance*. N.Y.U.L. vol. 75, 2000.
- GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos: exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- MÖSTI, Markus. *Die staatlich Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Siebeck, 2002.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PRIVATIZAÇÃO: desmonte do Estado ou modernização. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias>. Acesso em: 15 abr. 2024.
- UM BALANÇO das privatizações dos anos 90. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/>. Acesso em: 15 abr. 2024.
- WEISS, Wolfgang. *Privatisierung und Staatsaufgaben*. Tübingen: Siebeck, 2002.