



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O avanço da exploração e da gestão privada sobre os serviços públicos – impasses e contradições

The advance of exploitation and private management on public services – impasses and contradictions

Robertonio Santos Pessoa

Resumo: O artigo aborda a questão do crescente avanço da exploração econômica privada de serviços públicos no Brasil, no contexto das chamadas parcerias público-privadas. São examinadas as contradições existentes nas promessas de eficiência ligadas à transposição da concorrência e de modelos de gestão privada para esta categoria de serviços, vinculados à concretização de direitos fundamentais. Abordam-se, de maneira especial, os casos de serviços de saúde e saneamento básico.

Palavras-chave: Serviços Públicos Essenciais; Parcerias Público-Privadas; Universalização; Eficiência.

Abstract: the article addresses the question of the growing advance of private economic exploitation in essential public services, especially in the context of the so-called public-private partnerships. The contradictions that exist in the promises of efficiency linked to the transposition of competition and private management models for this category of services are examined, linked to the realization of fundamental rights. Health services and basic sanitation are dealt with in a special way.

Keywords: Essential Public Services; Public-Private Partnerships; Universalization; Efficiency.

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

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9n1p01-14>

O AVANÇO DA EXPLORAÇÃO E DA GESTÃO PRIVADA SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS – IMPASSES E CONTRADIÇÕES

Robertonio Santos PESSOA*

Sumário: 1 Introdução; 2 O avanço da exploração/gestão privada sobre os serviços públicos essenciais; 3 A exploração privada de serviços públicos essenciais – a falácia da eficiência e da universalização; 4 O caso dos serviços de saúde; 5 O caso dos serviços de saneamento básico; 6 Conclusões; 7 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Tem-se observado nos últimos trinta anos um avanço contínuo de uma dinâmica privatizadora que vem se alastrando sobre toda a Administração Pública. Um senso comum de reformas foi progressivamente construído, e, com isso, um campo de atuação estatal público-privada foi ganhando cada vez mais autonomia, com a difusão da ideia de que o campo de parceria público-privada é uma estrutura inevitável do Estado contemporâneo, que deve ser aceita por todos de forma realística, mesmo se perceba que as linhas divisórias entre o público e o privado estão a ser profundamente redesenhadas.

Sob a influência de uma racionalidade neoliberal, diversos setores da Administração e dos serviços públicos têm sido progressivamente sujeitados a uma lógica de mercado. Serviços públicos considerados essenciais vêm se transformando em áreas de investimento privado, sendo geridos e explorados segundo os interesses do grande capital, principalmente por meio da criação desenfreada de “modelos de negócios” entre o Estado e conglomerados privados por meio de parcerias público-privadas (PESSOA, 2020, p. 3). Estamos diante de um Estado *parceiro* de fortes grupos e interesses econômicos, que defendem a incorporação da concorrência e dos modelos de gestão privada não como forma de garantia da universalização dos serviços públicos, mas como estratégia de acumulação. Ignora-se, de forma quase pueril, ou não se leva em conta na forma devida, interesses de classe e conflitos substanciais existentes no seio social, e que se revelam nas “escolhas públicas” (DARDOT; LAVAL, 2018, p. 551). De fato, após três décadas de contínua e insistente propaganda em relação às virtudes das parcerias público-privadas, tem-se subestimado os seus efeitos políticos e administrativos sobre as instituições democráticas. Ajunte-se a isso que a constante ênfase na superioridade da gestão privada tem solapado a nossa confiança no Estado, e, de certa forma, erodindo gradualmente sua capacidade para uma ação autônoma em relação ao mercado. Na mesma direção, a nossa capacidade

*Professor titular da UFPI; mestre em Direito do Trabalho pela USP; doutor em Direito Administrativo pela UFPE; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UFPI; Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Procurador da Fazenda Nacional.

coletiva para distinguir o público do privado e para teorizar a natureza específica da esfera pública em relação aos domínios da ação privada tem se degradado diante da onipresença do discurso gerencialista.

Numa tentativa de descrição deste fenômeno jurídico, político, econômico e cultural, Paulo Otero elenca as suas principais manifestações no campo da Administração Pública (2003, p. 304), quais sejam: a) privatização das formas organizativas da Administração Pública; b) privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas; c) privatização do Direito regulador da atividade administrativa; e c) privatização das relações laborais infra administrativas. Interessa-nos especialmente no presente artigo um dos movimentos dessa “fúria” privatizante: a privatização da exploração e da gestão de serviços públicos.

Essa modalidade de privatização distingue-se da mera privatização de empresas públicas ou estatais, onde 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. Ao remeter a empresas privadas a gestão ou a exploração de serviços públicos, o movimento privatizador transfere para entes privados apenas a prestação desses serviços antes executados diretamente pelo Estado. Trata-se, portanto, de fenômenos distintos, do ponto de vista jurídico, dessa mesma dinâmica privatizante, embora muito assemelhados do ponto de vista prática e dos resultados que tendem a produzir a médio e longo prazo em termos de concepção e gestão de serviços públicos. Como acentua Paulo Otero, 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 (2003, p. 309). Cabe destacar que esse movimento privatizante ocorreu com intensidades em países com distintas tradições histórico-culturais e jurídicas. No Brasil, esta fúria privatizante intensificou-se sobremaneira a partir de 2016, num contexto marcado por uma combinação de instabilidade política, ressurgimento de tendências autoritárias e neoliberalismo. Em outros países, como a França, pátria da ideia moderna de “serviço público”, e onde processos de privatização de empresas estatais costumam enfrentar uma maior resistência, a feição de um Estado neoliberal que foi sendo progressivamente construída, e assumida efetivamente pelo Estado francês, deveu-se menos a processos de privatização *tout à court* de empresas públicas e mais a processos de privatização da gestão e exploração de serviços públicos, com a consolidação crescente de um “Estado público-privado”.

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). 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. Essas transformações têm apontado para uma efetiva reconfiguração do papel e das funções do Estado, com um nítido reforço da contribuição dos atores privados na chamada governança pública (FREEMAN, 2000, p. 543-544). Isso implicou, desde logo, na implementação de novos arranjos de distribuição de tarefas e partilha de responsabilidades entre os setores público e privado baseados numa clara “lógica de emagrecimento” e numa certa retração do Estado, retração esta que aparece em larga medida como consequência da injunção de poderosas forças econômicas (GONÇALVES, 2008, p. 14).

Este avanço da “empresarialização” da gestão e da exploração de serviços públicos se volta agora até mesmo para aqueles serviços que, pelo menos segundo parte significativa da doutrina publicista, eram considerados essenciais, e, portanto, postos sob a titularidade do Estado como principal sujeito responsável pela sua adequada prestação à sociedade. Assim, saúde e saneamento básico foram se constituindo, progressivamente, em áreas de investimento privado, geridos segundo logics de mercado em parcerias de diversos tipos com o Estado, sob o argumento que a abertura ao mercado dos serviços públicos seria a única forma de se estimular a competitividade e a eficiência neste setor, estimulando-se, assim, a universalização de tais serviços. Para Élidea Graziane, a crítica à execução direta de serviços públicos pelo Estado em nossos dias parece ter assumido a forma de um movimento sincronizado, que opera quase como um jogral. Antes de ser uma denúncia bem lastreada acerca das mazelas estruturais da gestão pública brasileira, aludido coro demanda a exploração de nichos de serviços com potencial altamente rentável em termos econômicos (PINTO, 2020).

O momento atual, marcado por profundas divergências político-ideológicas, vem contaminando um debate público mais sereno e racional em torno das propostas supostamente modernizadoras de prestação de serviços públicos por empresas e consórcios privados, sempre veiculadas como soluções milagrosas para problemas antigos e complexos do Estado e administração pública no Brasil. Em matéria de prestação de serviços públicos, tanto no que diz respeito àqueles que são da competência privativa do Estado, mas passíveis de delegação na forma do art. 175 da Constituição Federal, quanto em relação àqueles cuja exploração é também aberta à iniciativa privada, como saúde e educação, não se recomenda a adoção de posições extremadas. Tais posições costumam sustentar, ou a eficiência apriorística da iniciativa privada e a inaptidão ontológica do Estado no que concerne à prestação de serviços públicos, ou a posição antitética, que apregoa uma atuação necessária e exclusiva do Estado em toda e qualquer situação como a única apta a salvaguardar os

interesses públicos. O que se sugere é que se faça uma pergunta inicial e elementar: a quem realmente aproveita a diretriz a ser adotada em matéria de serviço público? Ao interesse coletivo do conjunto da sociedade, especialmente daquelas parcelas da população mais excluída de uma efetiva cidadania, ou a interesses secundários de grupos econômicos, que agora vislumbram em serviços públicos tradicionalmente submetidos à exclusiva prestação estatal grandes possibilidades lucrativas, sobretudo em virtude das demandas asseguradas, das redes de infraestrutura já instaladas e dos ganhos em escala possíveis.

2. O avanço da exploração/gestão privada sobre os serviços públicos essenciais

Embora a delegação de serviços públicos a particulares não se apresente como um fenômeno novo no Direito Administrativo, tendo sido adotada mesmo em períodos históricos onde se fazia mais intensa a intervenção pública do Estado, existe uma diferença substancial entre o uso que se fez da participação privada na gestão de serviços públicos em grande parte do século XX e aquele que se vem fazendo em nossos dias. Segundo Pedro Gonçalves, a diferença resulta da própria natureza das tarefas públicas para cuja prestação as empresas privadas vêm sendo convocadas (2008, p. 16). Pela via da clássica “técnica concessória”, o setor privado era chamado 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, os particulares são chamados a assumir responsabilidades de execução 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 grupos econômicos nos processos decisórios de relevo público, com fortes impactos na chamada *esfera pública*.

Talvez fosse recomendável revisitar o conceito de *serviços públicos essenciais*, hoje um tanto fora de moda, mas muito utilizado num passado não muito distante pela doutrina administrativista pátria, sob influência do mestre Hely Lopes Meirelles, que os diferenciava dos *serviços de utilidade pública*. Para Hely, serviços públicos essenciais “são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado” (1994, p. 295). A consequência lógica que disso tirava o eminente publicista é que “a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados” (1994, p. 295). Como exemplo de tais serviços elencava aqueles necessários à preservação da saúde pública (1994, p. 295). Ao contrário, os serviços de utilidade pública “são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, pode

prestá-los diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários” (1994, p. 295-296). Citava como exemplos dessa modalidade de serviços públicos a energia elétrica e a telefonia.

O que está em jogo na categoria dos serviços públicos essenciais são necessidades objetivas, vitais, inadiáveis e impostergáveis, e não meras “utilidades” ou “comodidades”. Numa linguagem mais atual, o que deve balizar o debate jurídico-político em torno da “essencialidade” de determinados “*serviços públicos*”, é o caráter “fundamental” dos direitos que estão em jogo, vinculados à satisfação de necessidades básicas inerentes à condição humana e à sua dignidade. Essas conceituações, tanto a de serviços públicos essenciais quanto a de direitos fundamentais, são frutos de uma longa construção dogmática, política e social, resultante de um processo histórico de lutas e mobilizações coletivas, que culminaram por impor limites a determinados interesses, fazendo preponderar os interesses públicos, o bem comum, ou o “interesse geral”, como preferem os europeus, sobre os interesses particulares. Assim, a outorga de determinados serviços, considerados como essenciais, à titularidade estatal, sempre teve em mira o atendimento de certas necessidades básicas, correspondentes a direitos fundamentais, atendimento este que não se coadunaria com uma lógica do mercado, cuja regra básica numa economia capitalista é a maximização do lucro.

Assim, os serviços públicos essenciais, em razão de sua “fundamentalidade”, costumam ter sua prestação submetida a regimes de direito público, mais aptos a garantir não somente uma preponderância dos interesses da maioria dos cidadãos sobre interesses outros, como, também, o regime que assegura uma forma de gestão de caráter mais público, mais racional e mais objetivo, não sujeita às lógicas, crises, humores e oscilações de mercado, cuja dinâmica básica é a maximização de lucros e resultados. Nesse sentido, deve-se entender por “gestão pública” tanto uma gestão realizada segundo critérios de legalidade, racionalidade e objetividade, objetividade esta calcada na satisfação de certas necessidades básicas do conjunto da população, como também uma gestão conduzida por agentes públicos especializados, no contexto de uma ética do *serviço público*, voltada aos reais interesses da comunidade, e com efetiva participação dos cidadãos, principais destinatários desse serviço.

Assim, os serviços públicos essenciais, em razão do seu caráter de indisponibilidade, aqui significando sua subtração às relações de propriedade, troca, competição e lucro, que caracterizam o regime de mercado numa economia capitalista, deveriam se sujeitar aos critérios de legalidade e racionalidade que marcam a instituição da moderna administração pública, um dos alicerces do Estado social e democrático. Nesse sentido, o conceito de administração pública importa tanto na adoção de uma racionalidade jurídica instrumental voltada primordialmente a satisfação dos preceitos constitucionais, notadamente no seu núcleo básico de direitos fundamentais, como,

também, uma gestão realizada segundo critérios uma racionalidade objetiva conectada com esses valores, e não com a lógica da acumulação capitalista.

3. A exploração privada de serviços públicos essenciais – a falácia da eficiência e da universalização

O argumento sempre retoricamente evocado para uma “abertura” do setor de serviços públicos ao mercado, sem poupar mesmo aqueles tradicionalmente considerados essenciais, é que a concorrência, aliada aos modelos de exploração privados utilizados por empresas e corporações, ou seja, a gestão privada dos serviços públicos seria a forma mais adequada para garantia de sua prestação eficiente à sociedade. Isso produziria maiores ganhos sociais e equacionaria problemas seculares relativos à gestão e à prestação de serviços a cargo de entes estatais. Sustenta-se que as empresas privadas, ao operarem em substituição aos entes públicos, seriam mais reativas, mais dinâmicas, mais responsivas e mais adaptáveis aos processos de modernização e inovação tecnológica. Seriam, também, mais flexíveis e desburocratizadas, e menos sujeitas às práticas clientelistas e patrimoniais que costumam emperrar a atuação dos entes estatais prestadores de serviços públicos. Esse novo regime, com predominância do direito privado, estaria mais sintonizado com os novos parâmetros das boas práticas administrativas, ao passo que melhorias de desempenho decorreriam do afastamento de boa parte da camisa-de força representada pelos regramentos de direito público, sempre apontados como empecilhos a uma eficiente prestação dos serviços públicos.

Reforçam esse discurso de cunho abertamente neoliberal certas análises econômicas do direito, sempre propensas a destacar os impactos, as “consequências”, as “externalidades” e os efeitos nocivos ou indesejáveis produzidos por certas “escolhas públicas”, e que se pretendem mais sintonizadas com a “realidade”, ou seja, com o real e efetivo funcionamento dos mecanismos mercado e das escolhas do “*homo economicus*”, o usuário de serviços públicos dos novos tempos. Para o reformismo neoliberal, o principal fator da superioridade do novo modelo residiria no “efeito disciplinador” da concorrência e da gestão privada, que serviriam como estímulos constantes à eficiência, à inovação e à melhoria de desempenho (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 290). São estas as premissas que, assumidamente ou não, acompanham todas as medidas “modernizadoras” que vêm sendo adotada, tanto no contexto brasileiro como alhures, principalmente em países de baixa densidade democrática. Assim, a fúria da dinâmica privatizante neoliberal tem norteado a “delegação” ao setor privado da prestação de amplos segmentos dos serviços públicos, mesmo que, em razão de circunstâncias ligadas às ordens constitucionais domésticas, a titularidade de muitos desses serviços ainda permaneçam na órbita estatal.

Nesse último caso, uma vez que tais serviços não podem ser simplesmente “privatizados”, em razão da titularidade estatal expressamente estabelecida e conferida de forma privativa ao Estado, seja em Estados unitários ou federais, o uso expediente

da delegação mediante técnicas sempre mais sofisticadas e complexas de concessão não deixa de ser, em certo sentido, uma forma de “privatização” de um bem comum, embora se prefira evocar com frequência de forma retórica o eufemismo “parceria”, de conotação aparentemente mais democrática.

4. O caso dos serviços de saúde

Caso emblemático pertinente à disputa ideológica sobre a melhor gestão de serviços públicos é o que encontramos no campo da saúde, que, além de vital para a qualidade de vida do conjunto da população, corresponde também à realização de um direito fundamental, e cuja principal responsabilidade recai sobre o Estado segundo um esquema de repartição de competências constitucionalmente adotado no Brasil. Os serviços públicos de saúde devem se voltar para “a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universitário e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF, art. 196), estando a sua prestação a cargo de uma estrutura orgânico-institucional especial constitucionalmente prevista – o SUS (CF, art. 198), podendo a iniciativa privada participar de suas ações de forma complementar (CF, art. 199, § 1º).

Assim, formou-se o seguinte quadro: de um lado, o Estado presta serviços públicos de saúde em caráter universal e gratuito; de outro, a iniciativa privada, geralmente com finalidades lucrativas, pode atuar dentro de uma esfera juridicamente resguardada com relativo desembaraço, mediante remuneração a ser obtida junto a quem possa e queira pagar por seus serviços. O problema surge quando a iniciativa privada busca crescer, competindo com a execução estatal direta, por meio da tentativa de se remunerar com os escassos recursos públicos disponíveis para esses serviços, ao arpejo das balizas legais e constitucionais de regência (PINTO, 2020).

Na atual quadra histórica nacional, marcado pela adoção de posições neoliberais extremadas e anacrônicas, os arautos das soluções privatistas continuam a sustentar que os serviços executados diretamente pelo poder público são ontologicamente piores do que aqueles prestados pelo mercado. Melhorias anunciadas como mais econômicas, desburocratizadas, flexíveis, módicas e, supostamente, com potencial mais universalizante, são diuturnamente ofertadas, sempre com o dedo apontado para as mazelas dos serviços geridos por entes estatais. Isso é feito esquecendo-se ou contornando-se o fato público e notório de que a oferta estatal de saúde se ressent de crônicos e antigos problemas, problemas esses muitas vezes políticos, ligados ao nosso legado cultural, com reflexos na distribuição e alocação dos recursos orçamentários. Ou seja, problemas que não se resumem a simples problemas de “gestão”, como pretende um falacioso discurso modernizador.

Alguns desses problemas crônicos foram bem apontados por Élide Graziane (PINTO, 2020).

Primeiro, destaque-se a falta de escala mínima na operação das redes de serviços sanitários, decorrentes da fragmentação municipal, resultante do pulverizado processo de criação de municípios ocorrido a partir de 1988. Daí resulta que milhares de pequenos municípios não conseguem executar os serviços públicos de saúde com o mínimo de acuidade técnico-operacional, sustentabilidade fiscal, qualidade e ganho de escala. Para o enfrentamento desse problema de fragmentação antieconômica, com reflexos na capacidade operacional desses serviços, seria imperativo a implementação das regiões de saúde previstas na legislação do Sistema Único de Saúde, bem como a ampliação do uso dos consórcios públicos.

Outro fator impactante nos serviços de saúde é o papel desempenhado pela regressividade fiscal e pela insegurança jurídica quanto aos critérios quantitativos e qualitativos de rateio das responsabilidades de execução das políticas públicas entre os três níveis da federação, o que, em não raros casos, tem ocasionado a judicialização das omissões e dos vazios assistenciais, com sérios impactos nos já frágeis planejamentos orçamentários das políticas públicas de saúde. Segundo Élidea Graziane, uma guerra fiscal de despesas prejudica a pactuação federativa do SUS, onerando proporcionalmente mais os municípios e mitigando a eficácia dos direitos fundamentais à saúde em nosso país (PINTO, 2020). O produto final desse ciclo de precário planejamento dos serviços públicos e de baixa aderência entre executado e planejado é uma gestão pública francamente suscetível de captura patrimonialista e pouco profissional. O amadorismo e o improvisado, na melhor das hipóteses, são manejados para apagar incêndios e, na pior delas, para atender a pleitos paroquiais que trazem severo risco de apropriação privada do interesse público.

A ideia de universalização, expressamente prevista no Texto Constitucional para os serviços de saúde, organizados sob a forma de um sistema único, o SUS (art. 196), constitui-se, também, em um princípio fundamental de vários serviços públicos. Significa a ampliação progressiva do acesso de serviços essenciais a todos os cidadãos, principalmente os mais necessitados. A sua lógica não combina com a lógica do mercado, com a lógica da concorrência, como já o comprova uma significativa e não desprezível experiência internacional.

5. O caso dos serviços de saneamento básico

Emblemático e digno de registro é também o caso dos serviços de saneamento básico. Sob a promessa de realizar de uma forma mais eficiente a prestação desses serviços e de efetivar a sua almejada universalização até o ano de 2033, foi editada a Lei nº 14.026/2020, modificando o marco regulatório inicialmente fixado pela Lei nº 11.445/2007. Um dos pontos centrais da nova disciplina é a regra que estabelece que a prestação dos serviços de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular do serviço, no caso os municípios, depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a celebração de contrato de programa, convênio, termo de

parceria ou outros instrumentos de natureza precária com entidades dos Estados-membros da federação.¹ No caso dos serviços de saneamento básico, a serem prestados de forma universal, integral, e ecologicamente sustentável, combinando fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, estamos no campo de uma competência comum (CF, art. 23, IX), com predominância do interesse municipal pelo critério dos “serviços públicos de interesse local” (CF, art. 30, I e V).

Assim, o novo marco promove uma progressiva substituição dos *contratos de programa* por contratos de concessão, com o ingresso progressivo de empresas privadas na exploração dos serviços de saneamento, em substituição às companhias estaduais que vinham atuando nesse setor. A delegação desses serviços públicos por parte ente político municipal deverá agora ocorrer seja pelas formas comuns de concessão, regulada pela Lei nº 8.987/1995, seja por formas especiais, as parcerias público-privadas reguladas pela Lei nº 11.070/2004. Assim, a abertura para a concorrência e prestação dos serviços de saneamento por empresas privadas se constituem nos pontos centrais da nova legislação, que pretende, por estes meios, aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país. Essa mudança, conforme anunciado, viabilizaria os investimentos necessários à universalização do saneamento básico, promovendo maior eficiência na sua prestação por intermédio de sua delegação a empresas privadas, e não mais às companhias estaduais, por meio de *contratos de programa*, como vinha ocorrendo até então.

Assim, a retórica da supremacia da gestão privada (*management*) sobre a gestão pública rompeu, no Brasil, um novo limiar, atingindo um serviço público, intrinsecamente público e essencial, como os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, num contexto onde o acesso a tais serviços sempre foi considerado um direito fundamental, e a água um bem de primeira necessidade.

Na grande campanha midiática que acompanhou a tramitação do “novo marco regulatório” do saneamento básico nas duas casas legislativas, foram destacados com grande ênfase, de forma superficial e sem análises mais aprofundadas, as ineficiências e os “desperdícios” ligados à gestão pública do saneamento por companhias estaduais. Além dos privilégios e magnitudes salariais dos empregados mais graduados dessas companhias e de experiências de gestões desastrosas levadas a cabo por dirigentes indicados politicamente, foram também suscitadas as quantidades de metros cúbicos perdidos nas fases de captação e distribuição.

Deve-se ter presente que a prestação do serviço de saneamento básico é, em razão da sua feição e dos interesses envolvidos, um exemplo de serviço público de interesse local, embora a racionalização da sua prestação possa demandar a conjugação

¹ Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (art. 10 da Lei nº 11.445/ 2007, conforme redação dada pela Lei nº 14.026/2020)

dos esforços de diversas *comunas*. Esses serviços, inseridos na órbita de competências dos municípios, devem ser geridos segundo escolhas políticas feitas nesse nível da federação, pois são os atores municipais aqueles a quem sua instauração e continuidade diz respeito de modo mais direto.

Assim, a proibição introduzida no novo marco regulatório dos municípios celebrem contratos de programa com as companhias estaduais revela-se inconstitucional, por violar a autonomia reconhecida a esses entes federativos de escolher a forma mais adequada de prestação de um serviço do qual é titular. No âmbito do nosso federalismo cooperativo, impedir que os municípios possam optar por delegar a prestação dos serviços de saneamento a uma empresa pública já existente no âmbito estadual, e dotada de uma maior capacidade de prestação regionalizada e em escala desse serviço, não faz qualquer sentido, senão o de forçar os municípios a optarem pela delegação de tais serviços a grandes conglomerados privados, instituindo-se uma situação ou nicho de mercado absolutamente artificial, onde ela não se revela nem recomendada nem legítima. Esse, contudo, foi o principal propósito da Lei nº 14.026/2020 ao pôr fim ao modelo anterior baseado nos contratos de programa, abrindo espaços à exploração dos serviços de saneamento às grandes conglomerados privados. Desta forma, o novo marco não deixa a esses entes federativos outra opção. Parece, inclusive, forçá-los a uma delegação do saneamento básico ao mercado, sob o argumento de que a concorrência trará mais eficiência à prestação desse serviço e efetivará a almejada universalização.

Sob o novo marco regulatório, movimentos de delegação dos serviços de saneamento já vêm sendo feitos. É o caso, por exemplo, da recente licitação dos serviços de saneamento básico, ocorrida em setembro de 2020, no Estado de Alagoas, e vencida pela empresa BRK Ambiental, do grupo canadense Brookfield. Nesse caso, a exploração dos serviços de saneamento básico de treze municípios da região metropolitana de Maceió (capital de Alagoas) foi transferida da Casal (a companhia estadual de saneamento) para a referida empresa, segundo uma modelagem realizada com a assessoria técnica do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social). Vale destacar que municípios incluídos em áreas rurais não foram incluídos na licitação, permanecendo, ainda, assistidos pela Casal.

6. Conclusões

Em matéria de serviços públicos, os excessos gerenciais, potencializados por uma visão neoliberal difundida na doutrina administrativista e entre muitos *policy makes*, tendem a implodir, ou, pelo menos, a embaralhar, os limites entre os setores público e privado. Isso tem ocasionado uma perda do significado próprio dos serviços públicos e da concepção de solidariedade social republicana e democrática. A própria ideia de um setor público, cujos princípios transcendem a uma lógica capitalista concorrencial de mercado, é posta em questão em muitas situações, com a

multiplicação das relações contratuais, delegações e subdelegações (DARDOT; LAVAL, p. 318).

Os desafios enfrentados no que diz respeito ao aprimoramento da gestão e prestação de serviços públicos devem ser reposicionados no patamar de um debate público mais profundo e honesto. Não se pode mais continuar com a promessa ilusória de que basta entregar à iniciativa privada a execução de serviços públicos para que automaticamente eles se aperfeiçoem em termos de desempenho e acesso universal. Essa é, a bem da verdade, uma promessa falsa, tendente a gerar desvios e riscos patrimoniais crescentes, sobretudo pelo progressivo afastamento dos limites e exigências próprios ao regime jurídico administrativo.

Se quisermos realmente melhores serviços públicos, dever-se-ia enfrentar os reais e complexos problemas relativos à gestão pública e à prestação de serviços a cargo do Estado. Quem quer melhores serviços públicos, deveria pautar, antes de tudo, a necessidade de buscar ganho federativo de escala, sustentabilidade fiscal, governança técnica protegida de ingerências políticas altamente voláteis e aderência entre do executado em face do planejado na consecução de tais serviços (PINTO, 2020).

Um debate realizado em níveis razoáveis de maturidade republicana exige uma tomada de consciência acerca da “perversão cultural” que nos fez tão aprisionados ao patrimonialismo em suas mais variadas vertentes. O público não pode mais ser considerado um espaço de maximização de ganhos privados, tampouco a gestão privada não pode mais ser vista como panaceia para uma sociedade ainda tão carente de um senso comum de república, cidadania e justiça social. O aprimoramento da atuação estatal não pode, sob o pretexto de maior eficiência, se afastar de uma perspectiva republicana e democrática sensível a uma efetiva concretização dos direitos públicos, a melhor tradução do conceito de “interesse público”.

Nesse sentido, não existe nada mais urgente, no atual contexto brasileiro, do que a defesa dos serviços públicos contra o avanço das políticas neoliberais, para que tais serviços, em sintonia com o ideário de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária previsto na Constituição (art. 3º, I), sejam orientados para uma autêntica “universalização” e para os direitos de uso comum e igualitário por parte do conjunto da população, devendo ser geridos segundo uma lógica democrática e republicana, e não conforme uma lógica de mercado. As reformas que sustentam a “abertura à concorrência” e da adoção dos mecanismos de exploração e gestão privada na prestação de serviços públicos são apresentadas como operações cirúrgicas necessárias e como ideologicamente neutras e respaldadas nas melhores técnicas da *governança pública*. São anunciadas como sinônimos de “modernidade” e “eficiência”, e, principalmente, como benéficas para todos. No caso emblemático do saneamento, são anunciadas como a forma mais apta a responder aos anseios de universalização tantas vezes prometida, e agora solenemente anunciada para o ano de 2033.

A despeito dos argumentos de racionalidade, quando se pretende abrir o “mercado” dos serviços públicos à exploração privada de grandes conglomerados, o que se pretende na prática é justificar processos de exploração capitalista na prestação dos serviços públicos, com sua integração na órbita dos mercados. O que se tenta na prática esconder é 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. Tal reestruturação costuma conduzir a situações mais vantajosas para as empresas exploradoras e mais desvantajosas para o conjunto da população no médio e longo prazo, especialmente para as camadas mais vulneráveis e desassistidas, historicamente excluídas de uma verdadeira cidadania sanitária. Intenta-se, de forma artificial, promover-se um ambiente de negócios nos setores delegados ao mercado. O *filé mignon* dos serviços mais rentáveis fica com o mercado, ao passo que os setores que oferecem menos retorno, ou mesmo retorno algum, continuam com o Estado.

O resultado prático desse processo tem sido a chancela de verdadeiras “privatizações” em setores cada vez mais amplos dos serviços públicos, mesmo naqueles que sempre foram considerados essenciais. Assim, com a transferência da gestão de tais serviços para empresas privadas ou consórcios de empresas, por meio do instituto da concessão, ou da sua versão mais moderna, as parcerias público-privadas (PPPs), ainda que se mantenha a “titularidade” do serviço em poder do Estado, permite-se, na prática, uma exploração econômica privada de tais serviços por longos períodos, com todas as garantias dos contratos administrativos acrescidas ainda de formas privilegiadas de compartilhamento de riscos, não comuns nos empreendimentos privados que atuam num regime normal de mercado.

Diante dos novos cenários de crescentes riscos sanitários, epidemiológicos, ecológicos e, agora, climáticos, ficou mais nítida a necessidade de fortalecimento de uma estrutura estatal de serviços públicos essenciais, especialmente nas áreas complementares de saúde e saneamento, capazes de fazer frente aos novos riscos que já se anunciam para o século XXI. Nesse contexto, não deixou de causar uma certa perplexidade e estranhamento que uma mudança tão drástica na gestão dos serviços de saneamento viesse a ocorrer, de forma tão abrupta, no meio de uma pandemia global, quando tanto se destacou a importância vital dos sistemas públicos de saúde, no caso brasileiro, o SUS.

O que se percebe é que a política neoliberal de supervalorização do mercado e subvalorização do papel do Estado parecem fazer tábula-rasa desses crescentes riscos. As políticas neoliberais parecem, inclusive, até estender seu domínio sobre a sociedade à medida que desfilam suas consequências nefastas (DARDOT; LAVAL, 2018, p. 11). O imperativo categórico da modernização da gestão administrativa do Estado, obsessivamente repetido desde os anos 1990, tem de certa forma entorpecido nossa

capacidade de discernir nas práticas de gestão privada, indiscriminadamente disseminadas no âmbito dos serviços públicos, e mesmo de serviços públicos tradicionalmente considerados como essenciais, qualquer coisa que não uma resposta aos problemas de eficiência administrativa. São menosprezados os aspectos nebulosos presentes nas 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, 2020, p. 60).

A pandemia do covid-19 revelou à sociedade que, diante dos novos cenários de uma sociedade de riscos crescentes, não somente sanitários e epidemiológicos, mas também climáticos, econômicos, financeiros, sociais e ecológicos, fica cada vez mais clara a necessidade imperiosa de se reconstruir uma estrutura estatal, republicana e democrática de prestação de serviços públicos, principalmente em relação àqueles considerados por uma salutar tradição do direito administrativo como essenciais, capaz de tutelar de forma eficaz e efetiva os interesses públicos do conjunto da população.

7. Referências Bibliográficas

- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FREEMAN, Jody. The private role in public governance. *N.Y.U. L. Rev.*, v. 75, 2000.
- GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. Entidades Privadas com Poderes Públicos. In: *O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros: 1994.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração pública – o sentido da vinculação administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PESSOA, Robertsonio. *Direito administrativo e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PINTO, Élide Graziane. República de soluções privadas nos serviços públicos básicos de educação e saúde. *Conjur*, São Paulo, 17 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-17/contas-vista-republica-solucoes-privadas-servicos-basicos-educacao-saude>>. Acesso em: 30 dez. 2021.
- VAUCHEZ, Antoine. FRANCE, Pierre. *The Neoliberal Republic – Corporate Lawyers, Statecraft and Making of Public-Private France*. New York: Cornell University Press, 2020.