

CURSO DE DIREITO

Vinícius Atahualpa Frühauf Faleiro Pereira

**A DESESTATIZAÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DAS
PRIVATIZAÇÕES**

Santa Cruz do Sul

2019

Vinícius Atahualpa Frühauf Faleiro Pereira

**A DESESTATIZAÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DAS
PRIVATIZAÇÕES**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Diogo Frantz

Santa Cruz do Sul
2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares que estiveram e estão sempre ao meu lado, pelo apoio incondicional e pela paciência que tiveram comigo no transcorrer do curso e na realização deste trabalho, e por acreditarem na minha capacidade, me proporcionando sempre o melhor. Agradeço aos colegas e professores do Curso de Direito, pelas experiências vividas, pela aprendizagem e companheirismo. Sem esquecer ninguém, mas um agradecimento especial aos amigos professores, orientadores, por seus questionamentos, encorajamento, esclarecimentos e sabedoria, me proporcionando condições para elaborar esta monografia com convicção e tranquilidade.

Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes.

Martin Luther King.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como finalidade demonstrar o instituto da Privatização no Brasil, através de uma análise baseada em pesquisas utilizando o método Hipotético Dedutivo, estudando e examinando em sua maior essência o Direito Administrativo Brasileiro. Nos curvaremos ante a história da evolução administrativa do mundo, para daí tirarmos uma fatia de conhecimentos, e falaremos sobre o surgimento e a evolução da desestatização no último século e conseqüentemente a Privatização no Brasil. Analisaremos a influência de outras nações, a globalização e até mesmo a orientação ou intervenção do Fundo Monetário Internacional para adesão do projeto de Privatização no país. Estudaremos as formas, princípios, os meios, a Legislação Brasileira, por onde conheceremos os caminhos que levam a Privatização, que em síntese é a transferência de bens e do patrimônio público pertencente ao Estado, União, Município e Distrito Federal, através de venda para terceiros ou empresas privadas. Verificaremos se a adesão das políticas públicas no sentido de desestatização, prestação de serviços, privatização, são viáveis, ou não, no aspecto social, trabalho, saúde, educação, economia e na segurança nacional e se o Plano Nacional de Desestatização é uma política adequada e viável para o desenvolvimento do Brasil.

Palavras-chave: Desestatização. Legislação. Patrimônio Público. Privatização.

ABSTRACT

The present monographic work has the purpose of demonstrating the Brazilian Privatization Institute, through an analysis based on research using the Hypothetical Deductive method, from the general one for concrete and objective analysis, studying and examining in its greater essence the Brazilian Administrative Law. We will bow to the history of the world's administrative evolution, to draw a piece of knowledge from it, and we will talk about the emergence and evolution of privatization in the last century and, consequently, Privatization in Brazil. We will analyze the influence of other nations, globalization and even the orientation or intervention of the International Monetary Fund to join the Privatization project in the country. We will study the ways, principles, means, Brazilian Law, where we will know the paths that lead to Privatization, which in synthesis is the transfer of assets and public assets belonging to the State, Union, Municipality and Federal District, through sale to third parties or private companies. We will verify whether the public policy adherence towards privatization, service provision and privatization are feasible or not in the social, labor, health, education, economy and national security aspects and whether the National Privatization Plan is an adequate policy and viable for the development of Brazil.

Keywords: Denationalization. Legislation. Public Patrimony. Privatization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PRIVATIZAÇÕES NO BRASIL E SEU CONCEITO JURÍDICO.....	9
2.1	A desestatização e o surgimento das privatizações no Brasil.....	9
2.2	Evolução histórica da legislação de privatização no Brasil.....	11
2.3	Conceito de privatização.....	14
3	SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ABORDAGEM PRINCIPOLÓGICA À PARTIR DOS NOVOS PARADIGMAS.....	18
3.1	Conceito de serviços públicos.....	18
3.2	Os princípios informativos específicos dos serviços públicos.....	23
3.3	Competência para execução de serviços públicos.....	28
3.4	Formas de prestação dos serviços públicos.....	29
4	CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL E PRINCIPILÓGICA EM FACE DOS REQUISITOS LEGAIS.....	32
4.1	As concessões de serviços públicos: evolução, formas, natureza e características.....	32
4.1.1	Histórico.....	32
4.1.2	Natureza.....	34
4.1.3	Características.....	35
4.2	Princípios constitucionais setoriais atinentes à concessão de serviços públicos.....	36
4.3	Requisitos e cláusulas contratuais obrigatórias.....	40
5	O AMBIENTE E MODELO DE ESTADO NO BRASIL E AS PRIVATIZAÇÕES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA.....	42
5.1	As características de modelo e ambiente de Estado necessários para implementar as privatizações.....	42
5.1.1	A retomada do serviço público concedido.....	43

5.1.2	Agências reguladoras de serviços públicos.....	45
5.1.3	Permissão de serviços públicos.....	46
5.2	A influência da Política(gem) brasileira nas privatizações.....	49
5.3	As privatizações deram certo?.....	52
6	CONCLUSÃO.....	54
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como finalidade demonstrar o instituto da Privatização no Brasil, através de uma análise baseada em pesquisas utilizando o método Hipotético, estudando e analisando em sua maior essência o Direito Administrativo Brasileiro. Neste cenário encontraremos a desestatização, que tem seu espaço legal autorizado pelo artigo 37, inciso XX da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Nos questionaremos quanto a desestatização, se esta seria o meio atual, adequado, executável e perfeito para sanar a crise político-econômica que hoje assola o Brasil? e, quando da desestatização, ao transferir o patrimônio público a outros, seria a Privatização a melhor forma? e, ainda, considerando a importância da pesquisa e toda sua estrutura focada à Privatização, seria esta a melhor forma do Estado desincumbir-se de parte da missão que lhe foi atribuída por legislação anterior?.

Nos curvaremos ante a história da evolução administrativa do mundo, para daí tirarmos uma fatia de conhecimentos, e falaremos sobre o surgimento e a evolução da desestatização no último século e conseqüentemente a Privatização no Brasil. Nos inquiriremos para saber se houve influência de outras nações, a globalização e até mesmo a orientação ou intervenção do Fundo Monetário Internacional para adesão do projeto de Privatização no país?

Estudaremos as formas, princípios, os meios, a Legislação Brasileira, por onde conheceremos os caminhos que levam a Privatização, que em síntese é a transferência de bens e do patrimônio público pertencente ao Estado, União, Município e Distrito Federal, através de venda para terceiros ou empresas privadas. Indagaremos também, se a adesão das políticas públicas no sentido de desestatização, prestação de serviços, privatização, são exequíveis, ou não ? , e quanto ao aspecto social, trabalho, saúde, educação, economia e na segurança nacional e se o Plano Nacional de Desestatização é uma política adequada e viável para o desenvolvimento do Brasil?.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PRIVATIZAÇÕES NO BRASIL E SEU CONCEITO JURÍDICO

2.1 A desestatização e o surgimento das privatizações no Brasil

As empresas estatais tiveram origens na Europa à época do mercantilismo por volta do século XVI e XVII, por meio de empresas coloniais Inglesas e Holandesas. Entretanto foi na primeira metade do século XX, após a 1ª Grande Guerra Mundial, a quebra da Bolsa de Nova York e a 2ª Grande Guerra Mundial que ficou clara a necessidade da presença do Estado na área social, econômica e política. O processo de maior participação estatal na vida da sociedade desencadeou-se em 1919 com a Constituição de Weimar na Alemanha (VILLELA SOUTO, 2001).

Em 1934, a Constituição Brasileira determinou que a economia se organizasse de acordo com os princípios da justiça social, garantindo a liberdade econômica. Também a Constituição de 1946, garantiu a livre iniciativa, valorizando e assegurando o trabalho a todos.

No século XX o Brasil foi influenciado por experiências de outras nações e resolveu seguir o mesmo processo de desenvolvimento, ou seja, interferindo na atividade econômica.

Existem cinco formas de intervenção do Estado na economia: a normativa, a repressiva, a tributária, a regulatória e a exploração direta da atividade econômica.

A intervenção normativa acontece através da concessão da proteção de benefícios especiais temporários a empresas brasileiras de capital nacional que desenvolvem atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do Brasil. Através desse caminho o estado estimula setores privados em vez de ele próprio executar as referidas obrigações. Conforme os artigos 172 e 219 da Constituição Brasileira (VILLELA SOUTO, 2001).

A intervenção repressiva fiscaliza o abuso do poder econômico e o aumento exorbitante dos lucros e ainda o controle sanitário e ambiental. A intervenção tributária se identifica pela utilização de impostos como meio de execução de uma política de seleção de fatos que demonstram capacidade econômica contributiva ou favorecer alguns segmentos. A intervenção regulatória visa facilitar o interesse público (VILLELA SOUTO, 2001).

Finalmente a intervenção pela exploração direta da atividade econômica acontecerá sempre para atender os imperativos de segurança nacional ou servir ao interesse coletivo, visando o princípio da subsidiariedade.

A Carta Magna garante aos setores do petróleo, minérios e minerais nucleares como monopólio da União.

Existem dois tipos de empresas do Estado, são elas, as que se destinam à intervenção na atividade econômica e as que titularizam a prestação de serviços públicos e integram a Administração Direta ou Indireta (VILLELA SOUTO, 2001).

A empresa pública é formada por capital público e sociedade de economia mista, quando o Estado é associado ao capital Particular, para construção do capital social.

O surgimento dessas empresas no Brasil teve aumento significativo durante e após a Segunda Guerra Mundial, muitas delas por razões de “segurança nacional”, tendo sido criada a Fabrica Nacional de Motores, em 1939, pelo Governo Vargas, cujo interesse era fabricação e manutenção de motores de avião, também fundaram a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco. Na década de 50 houve a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e a Petrobras, entre outras (VILLELA SOUTO, 2001).

Nas décadas de 60 e 70, que o Brasil expandiu na área empresarial, surgiram a Eletrobrás, Siderbrás, Nuclebrás, Portobrás, Telebrás, Embratel, entre tantas, tendo sido criadas mais de 300 empresas estatais.

É certo que as razões para que foram criadas tantas empresas no país, não mais estão presentes e considerando que exceto imperativos de segurança nacional ou grande interesse coletivo, como saúde, educação e segurança, não há razão para manter essas empresas estatais (VILLELA SOUTO, 2001).

O Gigantismo do Estado, onde este tem o papel de guiar a economia, tornou-se uma falha que tem que ser corrigida, não restando outro caminho a não ser a privatização.

A Carta Magna de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 frisaram a realização e manutenção do bem-estar e da justiça Social e a finalidade de assegurar o desenvolvimento nacional (VILLELA SOUTO, 2001).

Também é notável a preocupação do Estado no sentido de inserir-se ao mundo moderno com grande eficiência e com tamanha vontade e imperiosidade de aderir a

globalização econômica, mas para isto tem que assumir um número sem fim de consequências de ordem social, política, administrativa e econômica.

Em outras palavras, o Estado antigo, da maneira que vinha sendo gerido, lentamente, tornou-se praticamente inócuo. Para adequar-se à nova realidade que o mundo está a exigir, novos rumos tendem a serem tomados, todos com o objetivo de realmente atender as necessidades da coletividade (CARVALHO FILHO, 2013).

Segundo Villela Souto (2001), na Constituição Federal de 1988, a função do Estado foi revista, ficando a modalidade econômica alicerçada a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, destinando ao Estado as funções de incentivo, fiscalização, planejamento para os setores público e privado. Desta forma cabe ao Estado inspecionar os abusos, assegurar o bem-estar social e garantir o desenvolvimento do país, deixando aos poucos de ser o gestor acelerador da economia, dividindo a responsabilidade com a iniciativa privada.

As privatizações no Brasil tiveram sua arrancada nos anos noventa, ficando como marco principal a busca pela rápida desnacionalização da economia.

Como privatização compreende-se como o ato de transferência de empresas ou órgãos pertencentes ao Estado, para iniciativa privada, através de vendas sob forma de leilões públicos. Este meio de venda aumentou a partir dos anos 90, salientando-se na gestão de Fernando Henrique Cardoso.

Até 2005 foram privatizadas mais de 100 empresas brasileiras, gerando um caixa de noventa e cinco bilhões de dólares (MUNDO EDUCAÇÃO, 2019).

2.2 Evolução histórica da legislação de privatização no Brasil

O Consenso de Washington, acontecido em 1989, com as ideias praticadas por Oliver Eaton Williamson, renomado economista Estadunidense, recomendava através da visão econômica neoliberal, os países subdesenvolvidos a promoverem reforma fiscal e abertura comercial. Logo após o Fundo Monetário Internacional aderiu o modelo proposto e fazendo-se tornar obrigatório o uso das medidas quando da prestação de ajuda aos países em crise e para negociação ou renegociação com as dívidas externas. Estas recomendações foram muito propagadas no Brasil.

A privatização defendida por muitos no Brasil, quase sempre por facções da direita, tem como argumento que as empresas geridas pelo governo são mal administradas e causam prejuízos aos cofres públicos, são centralizadoras, travam a

economia, a folha de pagamento é muito alta devido ao grande número de funcionários e que sob a responsabilidade de terceiros, produziram mais riquezas e mais receitas através de impostos, acelerando o progresso, estando cientes que estas riquezas não mais pertençam ao Estado e sim a empresários investidores.

No Período entre 1995 a 2005, o número de empregados em empresas terceirizadas caiu de 95.000 para 28.000, apontando uma brusca queda de 70% de operários e um lucro de 11 bilhões que passou para 110 bilhões de reais, ou seja, um aumento de 900%. É neste sentido que os contrários à privatização, geralmente grupos de esquerda, direcionam suas críticas, pois as relações de trabalho ficaram precárias, diminuíram salários, aumentaram o desemprego e as empresas ficaram cada vez mais ricas.

No caso de empresas de comunicação e rodovias questiona-se a qualidade dos serviços prestados. Também é alvo de críticas a venda da Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores empresas do ramo de minério do mundo, vendida por pouco mais de três milhões de dólares, um preço baixíssimo para os moldes da empresa (MUNDO EDUCAÇÃO, 2019).

O primeiro dispositivo a tratar da privatização como medida a ser aplicada regularmente no Brasil foi adotado durante o Governo João Batista Oliveira Figueiredo, que governou o país de 1979 a 1985, sendo o último presidente do regime militar. Vejamos o Decreto n. 86.215, de 15 de julho de 1981, que fixou as normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do governo federal. Após criaram o Decreto n. 91.991, de 28 de novembro de 1985, que foi revogado em 29 de março de 1988 e o Decreto n. 95.886, de 29 de março de 1988, na sequência, ambos no Governo José Sarney. Observa-se que no primeiro decreto do Governo João Figueiredo, mantinha-se a ideologia da segurança nacional, típico dos governos militares, definindo a venda das empresas a serem privatizadas aos cidadãos brasileiros residentes no País ou a empresas ou grupos de empresas sob controle nacional. Apenas no último decreto é que notamos o abandono daquela doutrina, bem como nele se aceita, pela primeira vez, a privatização de serviços públicos, mediante concessão ou permissão, e a utilização de títulos da dívida externa como forma de pagamento (VILLELA SOUTO, 2001).

Avaliando a atuação do papel do Estado na organização do Brasil, vemos que este é considerado uma instituição juspolítica, ou seja, tudo emana do poder público e tende a assegurar os direitos da população dentro de determinado território. É o

poder estatal que atende aos interesses públicos, da coletividade e da sociedade, sendo desta forma conhecido como Poder Público (MOREIRA NETO, 2005).

A expressão “Poder” transforma uma vontade própria em ato, em realização. Temos no estado os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário que nos moldes atuais respeitam os critérios políticos constitucionais do Estado. Os poderes orgânicos, se estruturam sob forma de órgãos que atuam em funções determinadas, enquanto que os poderes funcionais recebem atribuições para exercer atos específicos, existindo entre eles, equilíbrio, independência, harmonia e igualdade (MOREIRA NETO, 2005).

Quanto às funções do Estado temos a normativa, jurisdicional, administrativa e política. A função administrativa é responsável pela fiscalização e regulação dos serviços públicos, através de suas agências reguladoras, Tribunal de Contas e Ministério Público (MOREIRA NETO, 2005).

Não podemos falar em Estado, Concessão, Privatização sem antes termos conhecimento do que significam os serviços públicos e suas ramificações, divisões, prestações, princípios e participações.

O Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, foi o começo da caminhada rumo a privatização e a desestatização, anos depois esta Lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9.9.1997, que alterou a Lei anterior, mantendo a base do projeto.

Para melhor entendimento do Programa observamos a existência de quatro aspectos relevantes que são os que apontam aos objetivos fundamentais, sendo merecedor de destaque é o que reordena a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e mostrando que o resultado, por via de consequência, será a redução da dívida pública, e também o consolidando o mercado de capitais e reestruturando o setor privado, permitindo sua competitividade e aprimoramento de sua infraestrutura.

A desestatização pode abranger empresas controladas direta ou indiretamente pela União; as empresas que outrora foram encampadas pela União; os serviços públicos objetos de concessão, permissão ou autorização; bens pertencentes à União e bancos que tenham sido desapropriados de ações de seu capital social.

Um terceiro aspecto refere-se aos meios que se processam as desestatizações e são as seguintes: alienação de participação societária, inclusive de controle

acionário; abertura de capital; aumento de capital; aumento de capital com o Estado renunciando aos direitos de subscrição ou cedendo-os, total ou parcialmente; alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; dissolução de sociedade ou desativação parcial de seus empreendimentos, sendo alienado os seus ativos; concessão, permissão ou autorização de serviços públicos; aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

Este quarto aspecto também tem sua importância, é o sentido final de desestatização e de privatização. Temos que reconhecer as diferenças dos termos “desestatizar”, que nada mais é do que remover o Estado de certo setor de atividades, enquanto que “privatizar” significa tornar algo em privado (CARVALHO FILHO, 2013).

2.3 Conceito de Privatização

Privatizar é a ação que tem como significado fazer com que algo pertencente à união, estado ou município passe a pertencer ao setor particular ou privado, é o ato de transferir bens do estado à iniciativa privada através da venda destes bens, propriedades ou serviços, é a chamada desestatização (SUAPESQUISA, <https://www.suapesquisa.com>). É a venda de empresas pertencentes ao governo para empresas particulares ou privatizadas para que estas se modernizem e se tornem competitivas dentro do seu ramo no mercado ou prestação de serviço. Geralmente a privatização ocorre quando uma empresa estatal não apresenta lucratividade, não podendo competir com o mercado nacional ou estrangeiro. Quando da privatização o estado não terá mais o controle sobre a companhia e os investimentos, as despesas e os lucros seguirão por conta do adquirente. A privatização é um princípio básico do neoliberalismo e acontece em várias partes do planeta, isenta o estado do formalismo, tornando-o mais ágil, sendo uma característica da Globalização (VILLELA SOUTO, 2001).

Tornar privado é um dos resultados da desestatização, pois reduz o custo da máquina e libera recursos para atividades produtivas e conseqüentemente aumentam o nível de produção de riqueza.

A privatização é um instrumento legal e o caminho para aliviar a pesadíssima carga que o Estado tem de manter. A privatização tem por finalidade repassar à

iniciativa privada as obrigações indevidamente e inviavelmente exploradas pelo setor público, ela nos traz de volta a republicização do Estado que ao longo do tempo não cumpria mais o seu papel na área social e econômica, levando prejuízo aos interesses públicos primários (MOREIRA NETO, 2005).

Na ótica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a privatização quando utilizada pela Administração Pública é regida por normas do direito público, ou seja, ficam sempre dependentes da Legislação vigente à época dos contratos, eis que estes firmados entre as partes ficam atados a Constituição Federal.

A tendência atual é que se deva ampliar o instituto do direito privado, inclusive de privatizar o próprio regime jurídico a que se submete a Administração Pública, para fugir às regras de controle do Estado.

A Legislação brasileira é pressionada a pôr fim no regime jurídico, em especial a que pretende terminar com as conhecidas Cláusulas exorbitantes, que garantem prerrogativas ao estado, deixando o contratado em posição de desigualdade.

De um lado há quem sustente que todos os contratos celebrados pela Administração Pública no sistema *common law* sugerem igualdade entre as partes, mas é de conhecimento de todos que os contratos de natureza pública tem prerrogativas quase iguais aos contratos administrativos submetidos ao direito brasileiro, a regime jurídico de direito público. Temos, portanto, o caso de aplicar sanções e até mesmo rescisão unilateral (DI PIETRO, 2017).

Não podemos admitir que a administração pública fique impedida de alterar um contrato que venha em prejuízo ao meio ambiente, por exemplo, ou que se mostre contrário ao interesse público, ao progresso da tecnologia ou qualquer outro item que venha de encontro aos anseios da coletividade.

O interesse público é a razão de existir do poder de polícia, sendo este poder o responsável pela imposição de restrições ao exercício dos direitos dos cidadãos.

O Direito Administrativo nasceu no período do Estado liberal, sendo o motivo maior a proteção do indivíduo ante ao excesso de poder.

Os contratos de concessão, privatização, de gestão, os convênios e os termos de parceria estarão sempre sujeitos aos controles da Administração Pública e a o Tribunal de Contas.

O regime jurídico que a que são submetidos os contratos particulares de privatização são regidos pelas normas do direito público. Em nossa história tomamos conhecimento que na verdade o direito brasileiro celebra contratos de

direito privado, também cria empresas sob o regime das empresas privadas, contrata pessoal em regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Artigo 175 da Constituição Federal nos diz, “incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, também amparado na Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, autoriza ao poder público a prestar serviços públicos ou fazê-lo sob a forma de concessão ou permissão, estando incluído neste sistema a privatização (DI PIETRO, 2017).

Em meados do século XX, tivemos conhecimento da crise no serviço público e não havia oposição de que o Estado mantivesse seus conceitos habituais de serviço público, porém nos anos 80, sob uma compreensão mais firme, que resultou em confronto com o conceito de serviço público oriundo do direito Francês, tendo como resultado a liberação e privatização dos serviços públicos dos quais a população já estava acostumada.

A descentralização do Estado vem, como já frisado anteriormente, aliviar a pressão existente na sociedade, quando se quer fazer mais usando menos, sendo dessa forma o melhor caminho, eis que sob o impulso da Reforma do Estado e da privatização, volta a concessão de serviço público a ser utilizada sob a forma de delegação a empresas privadas e é feita através da desestatização, com vendas de ações a setores privados, onde referidas empresas saem do controle acionário do Estado e pela abertura de licitações e adesão de novas concessões (DI PIETRO, 2017).

Bem lembrado, Vital Moreira (2003, p.236), “a liberação implicou a abertura ao mercado de sectores anteriormente regidos em monopólio público, permitindo e fomentando o aparecimento de empresas privadas ao lado de empresas públicas. A privatização, que pode ser simultânea ou posterior à liberação, traduziu-se na alienação das empresas públicas do setor privado”.

Observando o direito Francês, verificamos que o termo “serviço público” ganhou nova denominação e passou a chamar-se ‘serviço de interesses econômico geral, no que se refere as atividades de natureza econômica, mas foi mantido o conceito tradicional para os serviços sociais do Estado.

Em nosso país o que ocorreu foi uma parcial liberação dos serviços públicos no campo da legislação ordinária, Lei Geral das Telecomunicações nº 9.472/97, que trata o assunto como sendo de serviços de interesse coletivos e serviços de

interesse restrito, para a população reconhecidos como serviços de empresas privadas, pois estão abertos a livre iniciativa e à competição (DI PIETRO, 2017).

A obra de Hely Lopes Meirelles quando trata da concessão nos mostra que encontraremos a prestação de serviço público por empresas privadas e tais serviços passam a ser tratados como particulares e individualmente, conforme nos mostra o artigo 21 inciso XII (“compete a união: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão [...]”), e também o artigo 175 da Carta Magna, já mencionados anteriormente, sendo que tal prestação de serviços somente podem ser retiradas ou modificadas através de lei, ficando ainda, os prestadores, responsáveis pelos danos que eventualmente causarem a terceiros (LOPES MEIRELLES, 1992).

Visitando o site <https://conceito.de/privatizacao>, temos que a privatização é o procedimento e o resultado de privatizar. Este verbo refere-se à transferência de uma empresa pública ou de uma atividade administrada pelo Estado a uma empresa privada. Deste modo, a gestão daquilo que antes pertencia ao conjunto de uma sociedade fica em mãos de empresários que perseguem os seus próprios benefícios.

Uma privatização, por conseguinte, implica um fortalecimento do setor privado em detrimento do setor público. Os defensores da privatização defendem que, deste modo, são reduzidos os gastos estatais e evitados os desequilíbrios que gerará a participação do Estado no mercado. Aqueles que atacam estes processos, porém, ressaltam que o interesse privado não costuma coincidir com o interesse público e que os cidadãos, finalmente, acabam por aceder aos serviços mais caros.

Suponhamos que um Estado nacional dispõe de uma linha aérea da sua propriedade. Se decidir privatizar a empresa, venderá este ativo e perderá o controle sobre a companhia. A partir dessa altura, os seus novos donos (aqueles que tiverem pago ao Estado para ficar com a empresa, passam a encarregar-se dos investimentos e dos gastos necessários para o funcionamento da empresa, mas também ficarão com os lucros que esta gerar. O Estado só obterá lucros de acordo com o estipulado pelas leis, por exemplo, através da cobrança de impostos.

3 SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ABORDAGEM PRINCIPOLÓGICA À PARTIR DOS NOVOS PARADIGMAS

3.1 Conceito de serviços públicos

Formar um Juízo sobre Serviço Público não é trabalho simples, eis que no decorrer do tempo o direito administrativo sofreu alterações e tudo aquilo que constitui o serviço público depende de cada povo e de cada época e também existem serviços que naturalmente são privativos da administração e também outros são comuns ao Estado e aos particulares.

O Estado sempre esteve presente em práticas e atividades de interesse coletivo. Nesse sentido Oviedo (1968), Jurista Espanhol, em sua monografia denominada Derecho Administrativo, nos fala que: 1) o serviço público é uma ordenação de elementos e atividades para um fim; 2) que o fim é a satisfação de uma necessidade pública, se bem que haja necessidade geral, satisfeitas pelo regime do servidor privado; 3) que o serviço público implica a ação de uma personalidade pública, embora nem sempre sejam as pessoas administrativas as que assumem esta empresa; 4) que tal ação se cristaliza numa série de relações jurídicas constitutivas de um regime jurídico especial, distinto, pois, do regime jurídico especial dos serviços privados.

Conforme a Constituição Federal em seu artigo 175, cabe ao Poder Público a prestação de serviços à população, porém estas podem ser delegadas por meio de licitação ao sistema de concessão ou permissão, ficando o Estado responsável pela fiscalização de tais serviços.

Podemos afirmar que o serviço público é exercido pelo Poder Público direta ou indiretamente quanto suas atividades institucionais (PACHECO BARROS, 2008).

O Serviço Público observado por óticas diferentes nos demonstra conceitos diferentes, justo demonstrar algumas ideias de juristas famosos como André de Laubadère, Jurista Francês, que denomina de serviço público toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral. Neste contexto, chama-se de serviço público ao modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida (CARVLHO FILHO, 2013).

À ótica de Fritz Fleiner, Advogado e Jurista Suíço, considerado o Pai do Direito Administrativo Moderno na Suíça, nos mostra que Chamamos serviço Público ao conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico (CARVALHO FLHO, 2013).

Carvalho Filho (2013, p. 324) diz que, Di Pietro, por sua vez, considera serviço público como “toda atividade material que a Lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente de direito público”.

Ainda como conceito de Serviços Públicos, colacionamos o entendimento de Moreira Neto (2005, p. 425):

[...] em sentido amplo, todas as atividades estatais seriam serviços públicos, como sustentado pela escola francesa Clássica, por considerar-se então, que prestá-los constituir-se-ia na única (Gaston Jèze) ou na primordial (Léon Duguit) atividade do Estado.

Adotado este sentido amplíssimo, não haveria como distinguir os serviços públicos das atividades legislativas e judiciárias, nem tampouco, das demais atividades administrativas, como as de polícia, de ordenamento econômico, de ordenamento social e de fomento público (MOREIRA NETO, 2005).

Há que se buscar um sentido estrito, que discrimine satisfatoriamente as atividades prestadoras de serviços públicos de todas as demais atividades jurídicas, que cumpre ao Estado desempenhar, na expressão do poder, que lhe é imanente, de instituir, preservar e aprimorar sua ordem jurídica, bem como das atividades sociais, desempenhadas em aplicação concreta da ordem jurídica (MOREIRA NETO, 2005).

Atividade jurídica do Estado, como denomina o professor catedrático de Direito Administrativo Caio Tacitó comentado em Moreira Neto (2005, p. 424) em oposição à atividade social, caracteriza-se por essencial à sua existência, voltada que está à satisfação de necessidades primárias da sociedade, vale dizer, aos interesses coletivos de fruição indivisível, cuja satisfação é, por sua vez, condição necessária para que o Poder Público possa desempenhar quaisquer outras atividades, que lhe venham a ser cometidas por esta própria ordem jurídica instituída

Exceto essas, todas as incumbências cometidas ao Estado pela ordem jurídica, com a denominação usual de atividades sociais, consistem na satisfação de necessidades secundárias da sociedade, que vem a ser os interesses coletivos, de fruição divisível, que são atendidos por serviços de utilidade pública postos à disposição dos particulares (MOREIRA NETO, 2005).

Com efeito, os homens, em sociedade, desenvolvem, além de necessidades individuais, que comportam ser atendidas pelos próprios indivíduos, no âmbito e sob regimes privados, algumas necessidades coletivas, que só podem ser plenamente satisfeitas se forem asseguradas ou assumidas pelo Poder Público e sob um regime que lhes garanta prestação adequada, com as características e nas condições tidas, em lei, como satisfatórias (MOREIRA NETO, 2005).

Essa aproximação leva à atualíssima noção funcional de serviço público, que pode ser enunciada de modo muito simples, desenvolvendo a linha inaugurada por René Chapus (2005) citado por Moreira Neto (2005), como a atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual e considerados por lei como de interesse público.

Desnecessário, portanto, insistir-se em distinções propostas sob outros critérios que eram vivamente discutidos na doutrina, tais como os subjetivos, construídos sobre quem assegura o serviço, e os objetivos, construídos sobre que tipo de serviços é o assegurado, salvo com um sentido de rememoração histórica do instituto (MOREIRA NETO, 2005).

Com efeito, se adotado um critério subjetivo, referido ao prestador, chega-se, não mais que a um conceito tautológico e inútil, pois se estaria apenas afirmando que os serviços públicos se definem como aqueles prestados pelo Estado-administrador.

Do mesmo modo, se adotado o critério objetivo, referido ao conteúdo da prestação, torna-se necessário precisar, preliminarmente, qual seria a natureza desse serviço, que o diferenciaria do serviço privado, o que conduzia a árduas, intermináveis e improfícuas discussões sociológicas sobre o que, afinal, caracterizaria essas necessidades singulares, ou seja, a busca de uma definição de utilidade pública (MOREIRA NETO, 2005).

Por essas razões, a opção por um critério funcional, eminentemente jurídico, que independe das flutuações conceptuais, que sempre resultarão das recorrentes

referências sociológicas e políticas, supera essas velhas deficiências e se apresenta em acréscimo como a mais consentânea com a ideia de Estado Democrático de Direito, que supõe, por definição, que toda atividade administrativa pública há de estar formal, funcional e integralmente submetida à Constituição.

E como efetivamente, todo o poder estatal e, por isso, toda competência funcional, que dele decorre, haverão de estar formalmente definidos na Carta Magna e totalmente nela contidos, não podendo o legislador ordinário ampliá-los ou reduzi-los sob hipótese alguma, este conceito instrumental do Estado Democrático e de Direito suporta, por sua vez, na mesma linha, a construção de um conceito instrumental de serviços públicos e, não mais, conceitos legalistas ou paternalistas, apoiados na mítica ideia de supremacia do interesse público (MOREIRA NETO, 2005).

Assim, no Brasil, os serviços públicos, bem como as respectivas competências para prestá-los, estão todos expressos como funções administrativas, na Constituição de 1988, seja explicitamente, como nos artigos 21¹, 25², 30 e dispositivos extravagantes dos artigos 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja implicitamente, como os que sejam deles derivados e, ainda, todos os demais, que necessitem ser prestados em regime de exploração de atividade econômica (MOREIRA NETO, 2005).

¹ Art. 21. Compete à União:

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

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

- a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

² Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Neste último caso, de ser necessário para instituir e prestar um serviço público realizar-se algum tipo de exploração de atividade econômica, que está, por princípio, reservada à sociedade, a Constituição, além dos casos expressamente nela previstos, permite que o legislador o institua apenas nas duas restritas hipóteses previstas no artigo 173, por isso mesmo, admitidas como exceção no seu Título VII, que versa sobre a Ordem Econômica e Financeira, ou seja, desde que necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

O Conceito de serviços públicos fica muito bem definido por Di Pietro (2017), quando esta diz que alguns autores conceituam como serviços públicos de sentido amplo e serviços públicos de sentido restrito. Em ambas hipóteses três elementos se definem, sendo eles, o elemento material, que são as atividades de interesse da comunidade; o subjetivo, que se caracteriza pela presença do Estado e o formal que é o procedimento de direito público.

Foi na França que surgiram as primeiras ideias de serviço público em sentido amplo e eram tão imensas que englobavam praticamente todas as atividades do Estado.

Temos conhecimento de que o primeiro a usar a expressão Serviço Público, foi o filósofo e teórico político Rousseau, na obra O Contrato Social, publicada em 1762, o que significava dizer que Serviço Público era qualquer atividade estatal e abrangia dois aspectos, de um lado tratava de atividades que envolvia o serviço público, que assegurava aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha que atendê-la pessoalmente e de outro lado uma atividade estatal que existe a serviço do rei.

Para Cretella Junior (1966, p. 10), comentado por Di Pietro (2017, p. 134) que conceitua serviço público como “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Influenciados pela Escola de Serviço Público, determinados mestres brasileiros aderiram ao conceito amplo de serviço público.

Em nosso Direito, uma forma de conceito amplo é o adotado pelo professor catedrático de direito, de São Paulo, Doutor Masagão (1968, p. 252), que considera como serviço público toda atividade do Estado, que existe para cumprir seus fins. Nesse conceito ele engloba a atividade judiciária e administrativa.

Em se tratando de serviço público em sentido restrito, temos a exclusão das

funções legislativa e jurisdicional, sendo considerada uma atividade administrativa diferente do poder de polícia do Estado. Consideram-se distintas as atividades jurídicas e sociais, como instrui o professor Tacitó (1975, p. 198) que nos mostra que a atividade jurídica se preocupa com a preservação do direito objetivo à paz, à segurança objetiva e a ordem pública, é o poder de polícia.

Quanto a atividade social, a Administração está voltada ao interesse coletivo, atenta ao bem-estar e ao progresso da sociedade, através de prestação de serviços aos particulares. São os serviços públicos que conhecemos (DI PIETRO, 2017).

Podemos concluir que a evolução do serviço público, está sempre sendo modificada e está de portas abertas para receber outras atividades de natureza social, comercial e industrial, sendo o Estado o responsável para dizer em que momento tal atividades são consideradas serviço público, agindo desta forma amparado na Constituição Brasileira.

Serviço Público é toda atividade material que a legislação delega ao Estado para que este execute diretamente ou por meio de seus delegados, com a finalidade de satisfazer verdadeiramente às vontades da população, em regime jurídico total ou parcialmente público.

É de competência do Estado, através de lei correspondente criar e manter o serviço público ficando com a responsabilidade de executar a tarefa direta, quando cumprida pelo próprio estado ou indiretamente, por meio de concessão, permissão ou privatização, sendo de suma importância para a população (DI PIETRO, 2017).

3.2 Os princípios informativos específicos dos serviços públicos

Concluimos, de acordo com Moreira Neto (2005), que o regime dos serviços públicos tem traços próprios que o estremam do regime comum dos serviços privados, que nos permite resumir em oito princípios jurídicos informativos dos serviços públicos, sendo eles: Princípio da generalidade; continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, segurança, cortesia e a modicidade, todos adequados ao artigo 175, parágrafo único, IV da Carta Magna, também a Lei 8987 de 15 de fevereiro de 1995, artigo 6º, §1º e ainda na ótica da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 em seu artigo 6º, inciso X. Sendo assim, a seguir apresentam-se os princípios.

O Princípio da generalidade, seria apontado como sendo o mais respeitável dos princípios setoriais dos serviços públicos, impões sua vocação universal, pois

garante grande área da oferta de serviços a quem dela venha buscar; a vocação isonômica garante a igualdade a todos os usuários e democrática que está aberta a população e garante a participação a todos de tudo aquilo que é oferecido.

O Princípio da continuidade é uma prestação de serviço que está constantemente garantida aos usuários. Nesta prestação de serviço podem ocorrer interrupções, por força maior, ordem técnica ou de ordem geral.

A continuidade servirá de estímulo ao aperfeiçoamento e ao tamanho deste serviço, devendo haver adequação as inovações tecnológicas e adaptação a novos caminhos que melhorem a vida da população.

Tem-se que o Princípio da regularidade é um serviço que deve ser sempre mantido e sempre continuado, independentemente de quem o execute, ou a quem seja delegado. Suas características devem estar expressas em regras jurídicas legais, estando à disposição dos usuários.

O Princípio da eficiência tem nascedouro junto ao princípio geral, conforme estabelece o artigo 37³ da Constituição, ele dá garantia ao melhor atendimento possível das finalidades legais, obrigando que seja usada toda presteza na prestação do serviço e que este seja feito dentro das normas de qualidade. Para obtermos qualidade é necessário que os critérios sejam atendidos dentro dos parâmetros e normas estabelecidas. A eficiência é um direito público da cidadania, como também é o resultado do melhor aproveitamento da prestação de serviços públicos, sendo uma exigência ética a ser honrada.

Princípio da atualidade, também chamado princípio do aperfeiçoamento e este deve acompanhar de maneira prontamente as inovações tecnológicas, pois estes sempre trazem traços de avanços científicos no que refere a qualidade das prestações de serviços aos usuários.

É a cláusula do progresso, anda junto com o princípio da eficiência e vem afirmar que o progresso da qualidade da prestação de serviço é um direito do cidadão e o Estado ao gerenciar um serviço público é imposto a este dedicar-se a manter e distribuir extensamente os frutos do aperfeiçoamento da tecnologia e ciência, conforme previsão do artigo 37,§3^o, I, in fine, da Carta Maior.

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

É incumbência estatal a busca da eficiência, como bem evidencia a Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, artigo 6º, § 2º, que diz: “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e a expansão dos serviços”.

O Princípio da Segurança é uma ilação do princípio de eficiência, é uma qualidade específica da prestação de serviço, responsável pela segurança da população e do patrimônio que envolve o trabalho.

A segurança sempre será exigida dentro da figura da eficiência, não importando os custos e os detalhes técnicos acarretados por ela.

O Princípio da Cortesia está no princípio da cortesia a consciência dos prestadores de serviços direto ou indiretamente, é uma simples exigência para o convívio social, pois a satisfação deve trilhar em primeiro plano (artigo 37, § 3º), pois os usuários são os senhores do serviço público e a eles em primeiro momento deve-se a satisfação das necessidades, pois são a única razão de ser de suas atividades funcionais, empresariais e profissionais.

O Princípio da modicidade trata dos preços dos serviços e das exigências do mercado e da população, razão pela qual os preços devem ser módicos, ou seja, beneficiando a população e também ter seus custos suportados por quem presta este serviço.

Os valores dos serviços, mesmo por concessões ou permissões são previstos dentro de uma política tarifária (artigo 175, parágrafo único, III), sendo observados os valores econômicos e sociais.

A prestação dos serviços públicos não visa lucro a ser dividido, mas deve apresentar sempre uma lucratividade, para poder assegurar seu crescimento e para que não haja prejuízo em outros serviços públicos (MOREIRA NETO, 2005).

Na visão de Carvalho Filho (2013), os princípios têm que obedecer a um conjunto de normas que se identifiquem com o prestador e também com os destinatários e ainda com o regime a que se submetem. Cada tipo de serviço tem suas características próprias que devem estar presentes na execução de todas as modalidades. Para que a prestação desses serviços seja realizada com presteza, entendem os doutrinadores que deverão ser seguidos os princípios que regem o serviço público, que são eles:

O Princípio da Generalidade apresenta-se de forma que todos os serviços públicos devam ser prestados para todos os indivíduos e da melhor forma possível.

Este serviço deve ser oferecido sem discriminação entre a população, independentemente de condições técnicas ou jurídicas. É conhecido como princípio da isonomia e da impessoalidade, é o princípio da igualdade dos usuários ele retrata o artigo 37 da Carta Maior.

Sobre o Princípio da Continuidade, tem-se que tal princípio nos informa que sua prestação deve ser contínua, sem interrupções. Tal continuidade deve incentivar o Estado ao aprimoramento, a adesão de novas e avançadas tecnologias, adequando a prestação de serviço as necessidades sociais e ao mundo atual.

Temos a analisar a suspensão do serviço, tema discordante entre nossos juristas. Temos casos em que o consumidor não apresenta condições técnicas de usufruir do serviço, momento em que o Poder Público pode suspender a prestação de serviço, eis que para prestá-lo, deve o usuário estar de acordo com as normas e adequadas ou readequadas a tecnologia para poder usar da prestação do serviço.

Temos a situação de quando o usuário deixa de quitar o serviço, mas para tanto temos que distinguir os serviços compulsórios e facultativos. Quando compulsório não haverá suspensão, eis que remunerado por taxa, tem a Fazenda meios legais para buscar o pagamento da dívida. Referindo ao serviço facultativo o Poder Público pode suspender a prestação quando do não pagamento, tendo como modelo os serviços prestados por concessionárias, eis que neste caso autorizados pela Lei nº 8987/95.

As situações de emergência, por motivos técnicos podem ocorrer, com ou sem aviso prévio, e neste caso o serviço será suspenso, não se caracterizando como descontinuidade, nesse caso, não ferindo princípio da continuidade. Ilícito seria se não houvesse emergência e o serviço fosse paralisado.

Entendemos que o usuário deva ser indenizado pela falta do serviço, ao menos quando a Lei não fixe limite para tanto, conforme artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988 e ainda amparado no Código de Defesa do Consumidor. Tal responsabilidade poderá ser excluída se a suspensão for resultado de fenômenos da natureza como tempestades, raios ou, ainda, de terceiros como furto de fiação, por exemplo.

Há vários entendimentos no que se refere a suspensão do serviço de abastecimento de água. A corrente que defende que não pode ser suspenso pelo prestador, eis que imposto pelo Poder público e remunerado por taxa.

Atualmente, a tendência atual é a mudança, eis que ante a privatização de vários serviços, passaram algumas atividades a serem pagas, por tarifas e conseqüentemente passíveis de suspensão por falta de pagamento. O próprio Supremo Tribunal Federal já assumiu posição neste sentido e considera o preço do serviço de água como tarifa, sem natureza tributária, sendo fixado por Decreto do Poder Executivo.

O Supremo Tribunal de Justiça também aderiu esta posição e entendeu que o não pagamento não teria amparo no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, mas do artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8987/95. Em outra situação análoga o STJ reconheceu a contraprestação do usuário como “tarifa”.

O Cancelamento provisório do serviço somente poderá ser aplicado no caso de débitos atuais, ou seja, os originários do mês vigente ou anteriores imediatamente próximos. Contas vencidas há mais tempo a concessionária ajuizará ações de cobrança. Não sendo desta forma o usuário estaria sofrendo constrangimento, o que é vedado no Código de Defesa do Consumidor.

Em matéria que trata do saneamento básico, Lei nº 11.445/2007, os serviços de abastecimento de água e esgotos, são remunerados através de tarifas, o que permite que os serviços sejam interrompidos na falta de pagamento, antes, porém, devendo ser notificados.

O Supremo Tribunal de Justiça, em ação que o Município era o devedor em atraso ficou estabelecido que a suspensão do serviço atingiria certos órgãos, como ginásio de esportes, piscina, oficina, Câmara Municipal, etc., mas em nenhuma hipótese incluir hospitais, escolas, usinas e repartições públicas. Tal entendimento vem ao encontro da coletividade e deveria ser responsabilizado os maus gestores do dinheiro público.

Ainda, voltando a Lei nº 11445, de 05.01.2007, a suspensão do abastecimento de água por falta de pagamento terá que obedecer a critérios e prazos, eis que não podem colocar em risco a preservação da saúde das pessoas, quando se referir a estabelecimento de saúde; instituições educacionais; instituições de internação coletivas de pessoas; usuário residencial de baixa renda, beneficiário de tarifa social.

A Lei não isentou da tarifa os usuários acima referidos, e não há nenhuma benesse a ser oferecida a quem não cumprisse a obrigação de pagar, mas admitiu tratamento especial para a suspensão do serviço.

O Princípio da Eficiência deve ser fator preponderante por parte do Estado na prestação de seus serviços. Juntamente com o Princípio da Continuidade e em nome da eficiência o Poder Público deve se atualizar com as novas tecnologias de forma que a prestação seja mais vantajosa e com o mínimo de custos.

É importante investigar regularmente a prestação do serviço prestado, devendo haver a ampliação da prestação deste e a adequação a demanda social.

Os particulares colaboradores, dentro do regime de concessionárias e permissionárias, ao lado dos direitos a quem fazem jus, tem o encargo de manter em condições satisfatórias o serviço que executarem, sempre atentos ao princípio da eficiência, conforme artigo 175 § único, inciso IV cf/88.

É de suma importância a atuação da Administração com eficiência, eis que obrigatoriamente deverão ser usados os processos tecnológicos e de otimização e para isto a Emenda Constitucional nº 19/1998 inclui no seu artigo 37 da Carta Magna o “princípio da eficiência” entre os postulados principiológicos que devem orientar os objetivos administrativos.

O Princípio da Modicidade nos demonstra que os serviços devem ser pagos a valores módicos. Devendo ser avaliado a classe social e o poder aquisitivo do usuário para que este não seja excluído do universo de favorecidos do serviço a que ele tenha direito a usufruir.

É verdadeiro o pensamento segundo o qual esse princípio “traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo gratuitos” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 354).

3.3 Competência para execução de serviços públicos

Quanto à execução de serviços públicos encontraremos a titularidade e a prestação. A titularidade pertence ao ente político e a prestação, esta pode ser executada pelo titular ou por delegação a terceiros, o que chamamos de prestação indireta. A titularidade ganhou relevância no art. 173, caput, da Constituição de 1988 (MOREIRA NETO, 2005).

Ainda segundo Moreira Neto (2005), na condição de prestação, encontramos a forma jurídica de delegação (artigo 18 da Constituição Federal), que estão limitadas quando se trata de formas paraestatais, com amparo no artigo 37, XIX e XX, da Constituição e das duas formas contratuais de Concessão e Permissão, com regras dos artigos 175 e 22, XXVII, da Carta Maior.

Bandeira de Mello diz que o Estado tem a responsabilidade de desenvolver as tarefas, não importando quem as cumpre, sendo que esta pode ser delegado a outras pessoas.

Quando as tarefas são delegadas à outras pessoas será criada personalidades de Direito Público ou a outras personalidades de Direito Privado e sendo assim, descentralizará referidas atividades.

Para decidir os assuntos que lhes são de direito o Estado divide entre si os encargos que cabe a ele administrar, dando a cada órgão uma parcela de obrigações.

As competências públicas são: a) de exercício obrigatório para os órgãos e tem como obrigação atender ao dever a finalidade legal; b) irrenunciáveis, ou seja, seu titular não pode abrir mão delas enquanto for titular; c) são intransferíveis, não podendo ser objeto de transação, não podendo ser repassado, somente nos casos de lei; d) imodificáveis, sendo que sua postura é como determina a lei; e) imprescritíveis, ou seja, não acontecendo hipóteses de sua utilização, não importa o tempo, nem por isto deixarão de persistir existindo (BANDEIRA DE MELLO, 2002).

3.4 Formas de prestação dos serviços públicos

Encontramos formas de prestações de serviços públicos, que podem ser de forma direta ou delegada a terceiros que identifica a prestação indireta.

A prestação direta é desempenhada pelo poder público do município, estado, união e distrito federal. Os serviços previstos na Constituição Federal, artigo 21, os estaduais, artigo 25, §2º, e os municipais, artigo 30, já ressalvados no artigo 175 da Constituição Federal, não precisam de leis que os criem, somente deverão ser regulados (MOREIRA NETO, 2005).

Demais serviços públicos que impliquem em exploração econômica deverão ser criados por lei específica e que também deverão ser regulados pelo estado, sempre baseados na validade da lei específica (MOREIRA NETO, 2005).

A prestação indireta é aquela que o exercício do serviço público é exercido por entes administrativos de natureza autárquica ou privado, sempre dependendo da lei que promoverá a outorga, a delegação ou autorizar a delegação (MOREIRA NETO, 2005).

Conhecemos cinco formas de prestação de serviços indireta, que são elas, autárquica, paraestatal, contratual, unilateral e a complexa. Desta maneira, a seguir serão apresentadas, de acordo com Moreira Neto (2005), as referidas formas de prestação indireta.

A prestação autárquica é aquela destinada por outorga legal a ente administrativo autárquico. Referida forma há muito deixou de ser usada, devido às exigências atuais de exploração eficiente das atividades econômicas (MOREIRA NETO, 2005).

A prestação paraestatal é aquela que através de delegação legal tem competência para execução de serviço público atribuído a ente administrativo de direito privado da esfera municipal, estadual e federal e distrito federal. Esta modalidade foi a mais utilizada em todos os níveis na maior parte do século XX e foi considerada um ícone dos modelos de estado do bem-estar social e estado socialista, dando crescimento aos tipos de sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias e as fundações públicas, todas elas com personalidades jurídicas de direito privado (MOREIRA NETO, 2005).

A prestação contratual tem como competência a execução de serviço público através de delegação contratual firmada entre entes particulares e o Poder Público, em suas diversas modalidades. Relaciona-se aqui a concessão do serviço público e a permissão do serviço público, Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995, a concessão do serviço de obras públicas, arrendamento de estabelecimentos portuários, Lei nº 8630 de 25 de fevereiro de 1993, bem como o constante no artigo 197 da Carta magna de 1988 (MOREIRA NETO, 2005).

A Prestação complexa dos serviços públicos é a reunião de pessoas que tem por finalidade a realização da mesma prestação, tendo pelo menos uma delas a devida competência para tal. É o resultado de um ato administrativo complexo, é um convênio, um consórcio administrativo ou um acordo de programa. O ato complexo fica no caminho do negócio jurídico unilateral e o contrato, considerado também um acordo, portanto um negócio jurídico (MOREIRA NETO, 2005).

Considerando a prestação subjetivamente complexa de serviço público, vimos que podemos conceituar as modalidades em convenio, consórcio e Acordo de Programa.

O Convenio é um ato celebrado por duas ou mais entidades que se unem para executar um serviço público atribuído a uma das partes. Quanto ao Consórcio, consideramos um ato administrativo complexo, celebrado entre dois ou mais entes para cumprir um serviço público de competência comum. Temos, ainda, o Acordo de Programa, que é um ato administrativo complexo, celebrado entre vários entes públicos e privados, sendo ao menos um deles público, ficando sob a coordenação deste para executar um serviço público de interesse comum (MOREIRA NETO 2005).

A modalidade de prestação complexa admite, ainda, uma terceira entidade. Para estes casos foi criado o contrato de risco, o contrato de gestão com organizações sociais, Lei nº9637, de 15 de maio de 1998 e o termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público, Lei nº 9790 de 23 de março de 1999 (MOREIRA NETO, 2005).

Quanto à prestação unilateral, sabe-se que é aquela atribuída por delegação unilateral do Poder Público a pessoas do direito privado, são pessoas do direito privado habilitadas através de atos reptícios por determinação do Estado. Temos a modalidade de autorização do serviço público o artigo 21, XI e XII, da Carta Magna, na prestação credenciada temos a Lei nº 9503 de 23 de setembro de 1997, artigo 22 X e de prestação reconhecida, conforme legislação de cada entidade política. A autorização do serviço público é a mais nobre modalidade unilateral para delegação de execução de serviços públicos como nos mostra o inciso XI e XII, do artigo 21 da Constituição (MOREIRA NETO, 2005).

A prestação credenciada é conhecida modalidade de delegação unilateral de serviços públicos a particulares por ato unilateral enquanto bem servir para o desempenho de atribuições profissionais específicas, como por exemplo, empresas de inspeção veicular.

A prestação reconhecida é a realizada por particulares, vez que o estado, reveste de validade e eficácia os atos praticados por entes particulares nas condições de colaboradores voluntários. Nesta categoria encontram-se as associações de moradores de bairro, entidades esportivas e recreativas entre outras.

4 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL E PRINCIPILÓGICA EM FACE DOS REQUISITOS LEGAIS

4.1 As concessões de serviços públicos: evolução, formas, natureza e características

4.1.1 Histórico

As concessões e as permissões do serviço público tiveram maior atenção na Constituição de 1988, por que foi dada importância às modalidades de concessão e permissão que estavam em desuso, surgindo à linha do princípio de subsidiariedade (MOREIRA NETO, 2005).

De acordo com as lições de Moreira Neto (2005), a tendência é não sobrecarregar o setor público, evitando tarefas de exploração econômica, que possam dar mais resultado ao setor privado, uma sugestão que foi aceita no ordenamento constitucional brasileiro, trazendo os princípios do primado da livre iniciativa, artigos 1º, IV e 170, caput, da restrição à atividade de exploração econômica pelo Estado, artigo 173, caput, e da limitação interventiva geral às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, artigo 174, caput.

As concessões tiveram seu crescimento no começo do século XX, quando não havia verbas à disposição do Governo e a modalidade era muitíssima usada para atender os importantes e onerosos serviços públicos, como luz, gás, telefone, ferrovias, havia investimento de capitais estrangeiros. O crescimento econômico do Estado na década de vinte e a grande preocupação com a nossa segurança, as concessões foram diminuindo e cedendo espaço aos serviços públicos que passaram a ser exercidos por empresas paraestatais (MOREIRA NETO, 2005).

As concessões não desapareceram totalmente, ficando mais no ramo dos transportes públicos, mas as possibilidades de investimento através da capitalização por via tributária determinaram o retorno renovado e forte das concessões (MOREIRA NETO, 2005).

Ainda segundo Moreira Neto (2005), o novo surgimento aconteceu em vários países do mundo como caminho para exploração do serviço público que foram entregues sem comprometer a estrutura das nações, ao contrário, houve êxito, as empresas cresceram rapidamente em âmbito mundial.

Puderam concluir que a iniciativa privada tem maior capacidade de firmar com grande qualidade, eficiência e economia as suas atividades, sem precisar da mão do Poder Público, ficando este liberado para entregar-se às suas atividades primárias, na solução de problemas como saúde, educação e segurança (MOREIRA NETO, 2005).

Renasce, então, o instituto de concessão, deixando evidenciado que o Estado fracassa como agente produtor.

O desenvolvimento científico e tecnológico, com o progresso e a grande concorrência com empresas nacionais e estrangeiras, com elevado capital, concorrendo no mercado, tornou mais atrativo transferir as atividades do velho Estado do Bem-estar Social para as empresas particulares, exemplificando as concessões de autoestradas, as instalações portuárias e aeroportuárias, de transportes urbanos, de complexos turísticos e de lazer, de estádios, telecomunicações e energia (MOREIRA NETO, 2005).

Para demonstrar o potencial basta analisarmos a concessão de construção e de exploração de autoestrada, tão importante em qualquer lugar do mundo. Nesse sistema o concessionário arquiteta, projeta e constrói a rodovia com todas as exigências contidas na Lei, como segurança, conforto, qualidade e etc., e dentro do prazo celebrado, os valores cobrados na praça vão cobrir as despesas e garantir a manutenção (MOREIRA NETO, 2005).

De acordo com Moreira Neto (2005), encerrado o prazo contratual toda a estrutura montada é devolvida ao Estado com todos os bens ligados ao serviço, sendo que este poderá explorá-lo diretamente, ou indiretamente pelo modo paraestatal ou por nova concessão.

Entende-se que a intenção é aliviar o Estado da realização de inúmeros serviços públicos, que oneram os cofres da nação, não somente pela burocracia, mas pela ineficiência da máquina estatal, trazer de volta a concessão é um ponto positivo, eis que estimula a competitividade, incentivando a criação de empresas privadas, bem como abrindo as portas para o mercado de trabalho, criando novos empregos (MOREIRA NETO, 2005).

As parcerias públicas e privadas quando fruto de uma legislação motivadora levam o empreendimento ao sucesso. A legislação pioneira neste sentido foi a Lei nº 1481, de 21 de junho de 1989, seu nascedouro foi o Estado do Rio de Janeiro, que serviu de mestra para a normativa nacional, Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995.

A mestre Di Pietro (2017) descreve que o artigo 175 da Carta Maior atribuiu ao Poder Público a tarefa de prestar serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou sob a forma de concessão ou permissão e o artigo anteriormente referido, em seu parágrafo único, deixa a tarefa de fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, a cargo da legislação ordinária, podendo o Estado prorrogar, fiscalizar e rescindir a concessão ou permissão. Convém lembrar que a Lei deixou a opção ao Estado aderir a prestação de serviço diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão.

4.1.2 Natureza

Sobre sua natureza, pode-se dizer que a concessão nada mais é do que um contrato que por meio do qual a prestação de serviço de utilidade pública é legada a particulares, sob um regime misto, público e privado (MOREIRA NETO, 2005).

Sabe-se que a concessão é destinatária ao público que irá usufruir dos serviços prestados. Notamos três partes distintas na concessão, a que chamamos de o Poder Concedente, que transfere os serviços; o concessionário que implementará o serviço e o usuário que será o beneficiado, usufruindo da prestação deste serviço (MOREIRA NETO, 2005).

Poder concedente e concessionário são solidários na prestação pública, eis que para tal celebram contrato de prestação de serviço que beneficiarão a população que é a parte indeterminada, mas que faz parte da tríplice relação, sendo a favor do usuário que se ergue um direito subjetivo, ficando a cargo de concedente e concessionário a realização deste serviço.

A professora Di Pietro (2017) nos afirma que a Administração Pública não tem liberdade para escolher a forma de gestão e quanto a execução através de entidades administrativas indireta, há exigência legal, como estabelece o artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal de 1988.

Alguns critérios devem ser observados quando implicar a delegação a entidade privada, como por exemplo o serviço público de cunho industrial ou comercial, que terá cobrança de tarifa de quem utiliza, o instituto condizente e a concessão ou permissão do serviço público, amparado pela Lei 8987/95, ou a concessão patrocinada.

Quando se tratar de serviço público de natureza comercial ou industrial, sem ônus ao usuário, teremos a concessão administrativa; para os serviços sociais encontraremos os contratos de gestão com as organizações sociais e a concessão administrativa; também é permitida a gestão associada entre entes federativos, através de convênios de cooperação e consórcios públicos, amparados no artigo 241 da Constituição e disciplinados pela Lei nº11.107/2005 (DI PIETRO, 2017).

4.1.3 Características

A respeito de suas características, sabe-se que a concessão como contrato administrativo, tem por aspecto a imperatividade, que está intrínseco no que foi celebrado; a validade que nos dá a garantia de legalidade, de legitimidade e a garantia legal dos pressupostos fáticos e jurídicos; a eficácia que nos aponta a segurança da juridicidade; a exequibilidade que permite a execução em seguida; a executoriedade que faz parte dos atos da administração; a bilateralidade que alude aos efeitos esperados; a comutatividade que é mostrada na equivalência das prestações de serviços bilateral; a onerosidade que retrata os valores envolvidos no contrato e a instabilidade que trata do teor contido no contrato de interesse público e o período da relação contratual (MOREIRA NETO, 2005).

Di Pietro (2017), assinala em seu Livro Direito Administrativo que as características da concessão de serviço público são as mesmas utilizadas para todos os contratos administrativos e que já eram de conhecimento de todos pela jurisprudência e doutrina.

A concessão é regida por cláusulas, acordadas unilateralmente pela Administração, e cláusulas financeiras referentes a igualdade econômico financeiras do contrato.

Mesmo tendo estrutura de contrato administrativo, a concessão aponta algumas peculiaridades como só existir concessão de serviço público quando se trata de serviço de titularidade do Estado, ou seja a legislação determina certas atividades como sendo serviços públicos, aceitando que sejam realizadas diretamente ou mediante concessão ou permissão; o poder concedente repassa ao concessionário a execução do serviço, mas fica como titular do mesmo, sendo esta titularidade a responsável por alterar as cláusulas ou até mesmo rescindir o contrato por motivo de interesse público; a concessão tem que ser feita sempre através de

licitação, conforme artigo 175 da Constituição Federal e artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 (DI PIETRO, 2017).

4.2 Princípios constitucionais setoriais atinentes à concessão de serviços públicos

O artigo 175 da Carta Maior traz princípios específicos da organização que trata da concessão de serviços públicos no Brasil, que são os seguintes: Princípio da Licitação; da contratação; da participação dos usuários, da tarifa política e do serviço adequado.

O Princípio da Licitação é um princípio constitucional setorial da concessão, está no caput do artigo 175 da Constituição Federal de 1988: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através da licitação, a prestação de serviços públicos”.

Reportamo-nos ao artigo 37, XXI da Constituição Federal, temos que este artigo ampara através da contratação administrativa e que tem natureza geral, que o Estado ajuste um serviço para realização de obras, serviços, compras e alienações com a iniciativa privada.

O capítulo V - da Licitação, da Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, faz expressa remissão aos “critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitação e contratos”, artigo 18, caput, permite contratação direta em casos expressos onde não haja exigência para tanto.

Não podemos entender que o artigo 175, caput, impeça a contratação direta, isto por que devemos lembrar do princípio de continuidade do serviço público. É sabido que em caso de urgência o Estado pode contratar de forma direta para evitar uma paralização prejudicial ao interesse público, da mesma forma consideramos legal a contratação direta, quando respeitamos os princípios dos serviços públicos, como os da eficiência ou da segurança, dependendo da natureza ou do próprio serviço, tudo respeitando a razoabilidade, adequação e valores envolvidos.

As formas que dispensam a licitação devem ser justificadas, conforme a Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, sendo razoáveis, na forma de que se comprove que a exceção ao princípio licitatório ficará proporcionalmente compensada com o máximo de atendimento aos usuários na área de qualidade e quantidade.

A Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu artigo 15 assegura que o julgamento da licitação especial admite três critérios, sendo eles o menor valor tarifário do serviço público a ser prestado; a maior oferta nos casos de pagamento pela outorga da concessão feitos ao poder Concedente e a combinação de ambos.

Destacamos que a forma de maior oferta “*in specie*” ao Poder concedente, pela outorga da concessão, conforme artigos 15, II, III, VI e VII da legislação mencionada, deverá ser interpretada como uma contraprestação única, não podendo ser criada uma fonte permanente de ganhos para a Fazenda Pública, no caso em questão levaria a piorar as tarifas a serem suportadas pelos usuários e a aquisição de uma receita fazendária para o Poder Concedente, de forma ilegal, configurando um desvio de poder (MOREIRA NETO, 2005).

O princípio constitucional setorial da licitação encontra amparo na Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995, encontramos seis princípios infraconstitucionais sendo eles o da legalidade, da igualdade, da publicidade, da moralidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

O Princípio da Contratação é o segundo princípio constitucional setorial da concessão, vem expresso no inciso I, do parágrafo único, do artigo 175, da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”.

Analisando, verificamos que o contrato é previsto como instrumento de transferência de execução do serviço público, servindo como meio para concessão e também para permissão. Assim, não mais existe no nosso direito brasileiro o usual instituto da permissão unilateral de serviço público, muito conhecido por outorgar a execução de serviços públicos mais simples e menor valor de investimento, tomando como exemplo o serviço de táxi (MOREIRA NETO, 2005).

O princípio Constitucional setorial da contratação se manifesta na Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995, em outros princípios setoriais infraconstitucionais, são eles o do risco privado, o da terceirização e o da reversibilidade.

O Princípio da participação dos usuários decorre do que está entalhado no artigo 1º, parágrafo único da Carta Magna (1988), as várias formas de participação da concessionária e do Poder Concedente, em consequência dos serviços que são objetos de contrato entre as partes.

As decisões que interessam a população são importantíssimas para a nossa democracia, elas têm um grande alcance para os interesses da comunidade, as decisões são mais interessantes que o próprio voto. A Lei nº8987 de 13 de fevereiro de 1995, procurou alinhar o público usuário aos prestadores de serviços públicos, fazendo com que a população cada vez mais possa cuidar dos equipamentos públicos e a requerer maior qualidade naquilo que nos é fornecido pelos prestadores. Tal se apoia nos princípios da publicidade; da fiscalização; da cooperação e da liberdade de escolha (MOREIRA NETO, 2005).

O Princípio da tarifa política resulta de princípios fundamentais, da ordem econômica e da isonomia, sendo o pagamento dos serviços públicos indicado pelos usuários. Através do artigo 175, III da Constituição Federal de 1988, a concessionária estará orientada a garantir a máxima generosidade possível de cobertura, com custo módico, harmonizando todas as vantagens econômicas e da população envolvida, devendo modernizar e aumentar os serviços (MOREIRA NETO, 2005).

O Princípio do serviço adequado é o de maior praticidade, ele é alusivo a qualquer modelo de prestação de serviço. A Constituição aponta de forma simples o que o legislador tem que definir como parâmetros, de forma a considerar adequado os índices de desempenho.

Tal princípio tem como alvo os usuários, sejam individuais ou coletivos encontrando qualidades ou quantidades atinentes, para satisfazê-los o mais amplamente possível, pois esta é a finalidade a que se propõe.

Este princípio é extremamente importante e se projeta em oito princípios operativos derivados, encontrados na Lei nº8987, de 13 de fevereiro de 1995, são eles: o princípio da generalidade; o da continuidade; o da regularidade; o da atualidade; o da eficiência; o da segurança; o da cortesia e o da competitividade. O Gigantismo do Estado, onde este tem o papel de guiar a economia, tornou-se uma falha que tem que ser corrigida, não restando outro caminho a não ser a privatização (MOREIRA NETO, 2005).

A Carta Magna de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 frisaram a realização e manutenção do bem estar e da justiça Social e a finalidade de assegurar o desenvolvimento nacional.

Na Constituição Federal de 1988, a função do Estado foi revista, ficando a modalidade econômica alicerçada a livre iniciativa e a valorização do trabalho

humano, destinando ao Estado as funções de incentivo, fiscalização, planejamento para os setores públicos e privados. Desta forma cabe ao Estado inspecionar os abusos, assegurar o bem estar social e garantir o desenvolvimento do país, deixando aos poucos de ser o gestor acelerador da economia, dividindo a responsabilidade com a iniciativa privada.

O primeiro dispositivo a tratar da privatização como medida a ser aplicada regularmente no Brasil foi adotado durante o Governo João Batista Oliveira Figueiredo, que governou o país de 1979 a 1985, sendo o último presidente do regime militar. Vejamos, abaixo, o Decreto nº 86.215, de 15 de julho de 1981, que fixou as normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do governo federal. Após criaram o Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985, que foi revogado em 29 de março de 1988 e o Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988, na sequência, ambos no Governo José Sarney. Observa-se que no primeiro decreto do Governo João Figueiredo, mantinha-se a ideologia da segurança nacional, típico dos governos militares, definindo a venda das empresas a serem privatizadas aos cidadãos brasileiros residentes no País ou a empresas ou grupos de empresas sob controle nacional. Apenas no último decreto é que notamos o abandono daquela doutrina, bem como nele se aceita, pela primeira vez, a privatização de serviços públicos, mediante concessão ou permissão, e a utilização de títulos da dívida externa como forma de pagamento (MOREIRA NETO, 2005).

Avaliando a atuação do papel do Estado na organização do Brasil, vemos que este é considerado uma instituição jus política, ou seja, tudo emana do poder público e tende a assegurar os direitos da população dentro de determinado território. É o poder estatal que atende aos interesses públicos, da coletividade e da sociedade, sendo desta forma conhecido como Poder Público.

A expressão "Poder" transforma uma vontade própria em ato, também em realização. Temos no estado os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário que nos moldes atuais respeitam os critérios políticos constitucionais do Estado. Os poderes orgânicos, se estruturam sob forma de órgãos que atuam em funções determinadas, enquanto que os poderes funcionais recebem atribuições para exercer atos bem específicos, existindo entre eles, equilíbrio, independência, harmonia e igualdade (MOREIRA NETO, 2005).

Quanto às funções do Estado temos a normativa, jurisdicional, administrativa e política. A função administrativa é responsável pela fiscalização e regulação dos serviços públicos, através de suas agências reguladoras, Tribunal de Contas e Ministério Público.

4.3 Requisitos e cláusulas contratuais obrigatórias

O contrato de concessão tem como base cláusulas sobre obrigações do concessionário, a relação dos direitos do concessionário, dando atenção especial aos valores, datas, extinção, devolução do serviço itens da concessão e a atuação do Poder Concedente (MOREIRA NETO, 2005).

As cláusulas obrigacionais do contrato celebrado, que tratam do lado financeiro do contrato, como lucro, juros, multas, reversão de bens, indenizações, não podem ser alterados, sendo respeitados o princípio da autonomia da vontade das partes.

As cláusulas que se referem a organização, funcionamento e extinção do serviço público concedido e que descrevem as prestações do concessionário e trata de materiais, equipamentos, manutenção, técnicas e condições de segurança, períodos do contrato celebrado e relação com os usuários, são alteráveis por ato imperativo da Administração, mesmo que as alterações aplicadas tragam perdas ao concessionário, situação que será imposta a indenização. Estas cláusulas são denominadas por alguns autores como sendo cláusulas de parte regulamentar (MOREIRA NETO, 2005).

Podemos afirmar que para manter isento o conceito de contrato administrativo, entendemos que pode haver as cláusulas privadas, inalteráveis, permanente e unilateral e as cláusulas de serviço, alteráveis pelo Poder Concedente.

Quanto aos contratos da administração, Di Pietro (2017) argumenta que o termo Contrato Administrativo é usado em largo sentido, pois abriga todos os contratos realizados pela Administração Pública, independente se celebrado pelo regime de direito público ou de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração nesta qualidade celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para execução de fins públicos, conforme regime jurídico de direito público.

Nos contratos de direito privado a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e nos contratos

administrativos, a Administração age como poder público, com toda sua soberania sobre o particular, identificando-se a relação jurídica pelo traço de verticalidade (DI PIETRO, 2017).

5 O AMBIENTE E MODELO DE ESTADO NO BRASIL E AS PRIVATIZAÇÕES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

5.1 As características de modelo e ambiente de Estado necessários para implementar as privatizações

As privatizações tiveram seu início na década de 80 em países como a nova Zelândia e Austrália, países estes que já vinham em uma crise social e precisariam enfrenta-la com braços firmes, seja com aumento de impostos e corte de gastos, e ou a diminuição/descentralização da necessidade da prestação de serviços públicos, ideia que se expandiu ao mundo nas décadas seguintes, principalmente nos países em desenvolvimento já que na época vários países passavam por crises financeiras em seus estados.

Este ideal se expandiu para países subdesenvolvidos como uma forma de tirar do sufoco as nações pobres. Ocasão em que surgiu a ideia do neoliberalismo que se expandiu para os Estados Unidos da América onde então o novo modelo chegava para tentar sanar ou diminuir as crises financeiras do governo daquela época, sendo que os burocratas travavam de tudo, usavam os chamados cambalachos políticos que facilitavam cargos em empresas públicas. O modelo citado tenta executar a descentralização dos serviços públicos para tornar mais eficiente, deu-se então vários institutos para as privatizações, seja através da própria privatização onde ocorre os leilões abertos para que todos os interessados possam participar, também pode se dar através de concessão onde o estado repassa a sua obrigação a terceiros através de um contrato estipulando o tempo da concessão (uso) os valores a serem cobrados e estipula ao concessionário quais os investimentos a serem realizados o tempo que a concessionaria irá usufruir e investir. Temos ainda, as participações públicas privadas, as chamadas PP'S onde governo e o privado se juntam para melhor prestar serviço com preços módicos e tornando eficaz (PEREIRA; GRAU, 1999).

No Brasil, a Privatização, teve seu início na década de 90, sob a égide do então presidente Fernando Henrique Cardoso, que por orientação do Fundo Monetário Internacional e de países desenvolvidos tais como Estados Unidos, orientavam que o Brasil precisava passar por uma reforma de governo estrutural, urgentemente para poder cumprir suas obrigações como estado e manter seus

serviços básicos para a população e ainda obter recursos de bancos estrangeiros, bem como o investimento internacional no país (PEREIRA; GRAU, 1999).

Todos os estados modernos contam com pelo menos quatro setores, que são eles o núcleo estratégico, onde se definem as leis, as políticas e como vão ser aplicáveis. As atividades exclusivas desenvolvidas por núcleo estratégico não podem ser repassada a terceiros, função única do estado que são aquelas que envolvem o poder do estado de legislar, tributar, arrecadar e que garante diretamente a aplicação de políticas públicas sociais e a busca por sua execução. Os serviços não exclusivos que são aqueles que o estado provê, mas que não são obrigação única do estado e que podem ser oferecidos por particulares tais como cultura, saúde e pesquisa científica e ainda o setor de produção de bens e serviços que poderiam ser executados por particulares (PEREIRA; GRAU, 1999).

Em forma de resposta a essas questões trazidas adota-se o modelo de administração pública gerencial que deve ser formada por pessoas de boa índole, competentes e de conhecimento da matéria, bem pagos e treinados e que entendam que a prestação de serviço público é essencial e tem como dever atender bem o cidadão.

Os privatistas procuram soluções paliativas para os problemas sociais, procurando reduzir o mínimo de envolvimento do estado, cujo corolário é reduzir o estado ao mínimo. Já os reformadores buscam alternativas dentro ou fora do estado porque não abrem mão de atribuir ao estado a responsabilidade política pelo futuro da sociedade. E aí o tamanho do estado deixa de ser uma questão de princípio para ser uma das consequências das estratégias adotadas (PEREIRA; GRAU, 1999, p. 60).

No segundo momento entram as agências reguladoras que são derivadas do direito americano *commom law* (é um termo usado nas ciências jurídicas para se referir a uma aplicação de regras que não estão escritas, mas amparadas pelo costume ou jurisprudência), que tem o papel de fiscalizar, controlar e regular as empresas com concessões de prestações de serviços públicos que foram delegados a empresas privadas (PEREIRA; PINK, 1999).

5.1.1 A retomada do serviço público concedido

A reintegração, portanto, a devolução do serviço público ao concedente poderá ser de forma transitória, quando o cessionário não assegurar a prestação do serviço,

por motivo de força maior, catástrofes, etc.. e por motivos elencados nos artigos 136, § 1º, II, e 139, VI, da Constituição Federal.

Será permanente a retomada quando do termino da concessão, que se dará entre outros motivos quando acontecer um ou mais motivos a seguir descritos: a) reversão; b) anulação; c) encampação; d) caducidade; e) rescisão; f) distrato; g) renúncia e por força maior; h) desfazimento por força maior e obviamente, quando ocorrer cada uma das situações mencionadas, sempre observando atentamente a Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995 (MOREIRA NETO, 2005).

A reversão se dá quando, tendo o prazo da concessão findado, o patrimônio ligado ao serviço retorna ao poder público, devendo sempre ser cumprido o conteúdo do contrato em todos os seus termos.

A anulação acontece quando o constante no contrato administrativo não se enquadra nas regras legais, podendo a anulação ser por via judicial ou administrativa, tudo retornará a situação anterior ao tratado. Deve ser considerado as hipóteses previstas na legislação, como incapacidade da parte privada ou emanção viciada da sua vontade.

Já a encampação ou resgate se configura consiste em um desfazimento oriundo de denuncia da Administração e dá-se através de ato administrativo discricionário, ou seja, o administrador, visando o interesse público, busca na forma da Lei, de modo imperativo, o cancelamento do contrato e a retomada do serviço. A validade da encampação poderá ser questionada, caso os motivos apontados sejam falhos. A concessionária terá direito a reposição antecipada dos direitos patrimoniais e também ao prévio pagamento de indenização na forma do artigo 36 e 37 da Lei nº 8987/95.

A cessação do contrato no decurso de sua vigência será decretada por ato administrativo da Administração sendo que tal denomina-se Caducidade e se dará quando do cometimento de uma falta grave oriunda de ato praticado pelo concessionário. Neste caso a administração deverá assumir o serviço, não podendo haver prejuízo para população. A decisão de decretar a caducidade deve ser amparada no artigo 38 §1º da Lei nº8987/95, devendo haver vantagem e conveniência para o interesse coletivo, sabendo-se também que tal aplicação traz consigo sanções, mas que não podem resultar em confisco de bens relacionados ao serviço (MOREIRA NETO, 2005).

A rescisão é usada para designar extinção do contrato por parte da concessionária, quando por falta de cumprimento pelo poder concedente, sendo que referida modalidade dar-se-á através do Poder Judiciário, conforme artigo 39 da Lei nº 8987/95, onde as pendências deverão ser questionadas, e conhecido seu resultado somente após o trânsito em julgado da sentença (MOREIRA NETO, 2005).

Temos conhecimento que para desfazer um contrato administrativo poderemos usar o distrato e a renúncia. No caso do distrato, a ambos acordam em extinguir de forma consensual a relação havida entre as partes, desde que o concessionário não tenha agido com dolo ou má fé. No distrato não são cabíveis sanções, e, caso haja indenizações tudo será negociado de forma harmoniosa, mediante negociação ou arbitramento (MOREIRA NETO, 2005).

A renúncia, diferente do distrato, não resulta em eficácia jurídica, nos é apresentada de forma unilateral pelo concessionário, podendo haver efeitos e consequências indesejáveis, mas caso apresente alguma vantagem para o serviço, pode ser admitida e a partir de então procedendo-se da mesma forma do distrato (MOREIRA NETO, 2005).

O desfazimento por força maior se configura quando fatos imprevisíveis ocorrem e, também poderá ser causa de rompimento de contrato de concessão. Vejamos esta situação aplicada nos casos de epidemias, greves, revoluções, cataclismos, até mesmo aquelas situações que possa sofrer a pessoa do concessionário, quando o mesmo está impedido de exercer o serviço, como no caso de interdição, falecimento, etc (MOREIRA NETO, 2005).

Quanto à pessoa jurídica, no caso de falência ou concordata, onde as mesmas perdem a condição legítima para prosseguir em frente, são causas da perda subjetiva da concessão, mas há casos em que a massa falida ou o concordatário poderá seguir com o serviço, desde que não traga prejuízos para a coletividade (MOREIRA NETO, 2005).

5.1.2 Agências reguladoras de serviços públicos

As tarefas e serviços públicos que são transferidos e ficam sob a responsabilidade de terceiros, mas sob o controle do Estado através das agências reguladoras e autônomas que desempenham suas tarefas de poder concedente.

O poder concedente atua desde a licitação, contratação, fiscalização e até mesmo anulação de contratos ou permissões. São agências autônomas com função reguladora, fiscalizadora e sancionadoras e são regidas por regras predominantemente técnicas e de interesse público. (exemplos: Anatel, Aneel, Antt..)

No Brasil, referidas agências, em forma de autarquias especiais, amparam-se em princípios setoriais como os abaixo descritos, sempre com a finalidade de garantir sua independência funcional e a certeza do cumprimento da lei.

1º) independência econômica dos dirigentes com a aprovação do Legislativo, sendo nomeado pelo Poder Executivo, com mandatos estáveis, pelo um prazo determinado;

2º) independência técnico decisional, com supremacia da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa;

3º) independência normativa, importante para o controle dos serviços públicos e das atividades econômicas subordinadas à regulação;

4º) independência gerencial, orçamentária e financeira, com preferência ampliada por meios de contrato de gestão entre a parte e supervisão da Administração Direta.

O primeiro órgão de regulamentação de serviços públicos no Brasil, foi a Agência nacional de Energia Elétrica, ANEEL, criada pela Lei nº 9427, de 26 de dezembro de 1996, sendo criadas logo em seguida a Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL, a Agência Nacional do Petróleo- ANP e muitas outras existentes até hoje em nosso país (MOREIRA NETO, 2005).

5.1.3 Permissão de serviços públicos

A doutrina tradicional definia a permissão de serviço público como ato administrativo, de características discricionárias e precárias, pelo qual a administração delegava à particulares a prestação de serviços de utilidade pública, distintamente, portanto, da concessão de serviço público, acima estudada de natureza contratual.

A constituição de 1988 tratou do instituto de permissão de serviço público no seu artigo 175, submetendo-o, do mesmo modo que a concessão de serviços públicos, à indispensável licitação e a um regime contratual (MOREIRA NETO, 2005).

A Constituição Federal em seu artigo 175, parágrafo único alterou as permissões de serviços públicos que vinham acontecendo nos governos, pois era comum o Estado delegar através de um ato administrativo unilateral, sendo este precário e revogável unilateralmente.

Mas foi a Lei nº 8987/1995, que regulamentou a permissão dos serviços público dando a ele um cunho contratual. O artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 8987/1995 (“permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco”) juntamente com o artigo 40 do mesma norma legal (“a permissão do serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”) (MAFFINI, 2010).

Para maior enriquecimento desta pesquisa e acompanhando os meios de comunicação encontrei no Jornal Zero Hora de Porto Alegre o comentário da colunista Marta Sfredo, que fala sobre venda de estatal. Vejamos:

Em mais uma decisão que contraria os interesses do Planalto, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a venda da Transportadora associada do Gás (TAG). A liminar concedida pelo ministro Edson Fachin afeta uma empresa com negócios no Estado. Os compradores da TAG são a Engie, dona da usina Pampa Sul, e o fundo Canadense Caisse de Depot et Placement dju Québec. A transação era de US\$8,6 bilhões (R\$ 34,6 bilhões ontem). A medida foi pedida por sindicatos de petroleiros de São Paulo, Bahia, Paraná e Santa Catarina (SFREDO, 2019).

A liminar de Fachin inclui a venda de 60% de quatro refinarias da Petrobras, entre as quais a Refap, de Canoas. Esta oferta foi cancelada pela estatal. Em vez de vender parte de quatro unidades, decidiu oferecer 100% de oito de forma separada. Segundo a direção da petrolífera, a decisão de mudar o modelo segue orientações do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e órgãos de controle, como Cade, AGU e CGU (SFREDO, 2019).

É a segunda vez em menos de um ano que o STF interrompe privatizações iniciadas pela estatal. No ano passado, outro ministro, Ricardo Lewandowski, havia suspenso todos os processos que representavam transferência de controle, inclusive a venda parcial das refinarias, “sem autorização legislativa” (SFREDO,

2019).

Em nota, a Petrobras informou apenas ainda não ter sido intimada da decisão e conformou que vai “tomar as medidas cabíveis em prol dos seus interesses e de seus investidores”, ou seja, recorrer. Como a liminar do STF restabelece decisão do Tribunal Federal da 5ª Região específica sobre a TAG, o entendimento é de que o processo de venda das refinarias seja mantido (SFREDO, 2019).

Em recurso que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia acatado, a estatal argumentou que o Congresso permitiu saída do controle de refino na Lei do Petróleo (9.478/97). O artigo 64 permite que subsidiárias se associem a outras empresas, de forma majoritária ou minoritária (SFREDO, 2019).

Também do mesmo informativo, Zero Hora é oportuno acrescentar o comentário do Advogado Michel Gralha, com a inclusão deste texto em nosso estudo. Vejamos: O título é “Cumpra-se a Constituição”. A Constituição brasileira, em seu artigo 173, determina: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” Ora, sendo a nossa constituição a norma maior e observadas as características para existência de uma empresa controlada pelo ente público, como chegamos aos atuais números de estatais? Qual foi o erro de avaliação que nossos burocratas cometeram para flexibilizar um dispositivo constitucional tão importante? Será que toda empresa pública está vinculada à segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo? (GRALHA, 2019).

Por óbvio que, propositalmente, com a brecha de conceitos subjetivos, os burocratas tangenciaram o razoável e passaram a defender o indefensável. Para sermos objetivos e verdadeiros, não precisamos pensar ou pesquisar muito para justificar tantas estatais deslocadas da realidade, basta resumirmos desta forma: ampliação da longa mão do Estado e a Concessão de benefícios diretos e indiretos a um grupo seleto de pessoas, às custas dos trabalhadores, que são obrigados a sustentar elefantes brancos inoperantes e que geram prejuízos à sociedade! A resposta simplista e antipática, resume a nossa realidade e consegue necessidade de revisão do modelo. Não é mais possível que o Estado queira cuidar de tudo, sendo que mal consegue dar atenção às suas obrigações mínimas (GRALHA, 2019).

Para isto não há outra forma, será necessário um esforço de todos para que possamos reduzir o tamanho da máquina, sobrando mais recursos e tempo para que o ente público possa focar no que deveria, tornando-se um agente de mudança coletiva e prestando, minimamente, os serviços básicos que tanto os cidadãos esperam e necessitam. E os resultados não serão rápidos! Obviamente que não há mágica e as privatizações nunca foram e nunca serão a varinha de condão, mas certamente poderão ajudar na mudança de cultura, necessária para o crescimento da nossa nação, com mercado livre e mais competitivo (GRALHA, 2019).

5.2 A influência da Política (gem) brasileira nas privatizações

Entre os anos 1930 e os anos 1980, o Brasil experimentou um longo período de industrialização de sua economia. Essa industrialização foi induzida em grande parte pelo papel ativo do Estado na formação dessa economia industrial. Foi assim que o governo Vargas criou empresas públicas muito importantes, como a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN, criada em 1940), a Companhia Vale do Rio Doce (1942) e mais tarde a Petrobras (1953). Por décadas, praticamente todos os setores-chave da economia eram controlados pelo Estado. O setor bancário brasileiro também tem expressiva participação do Estado, com a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil. Esse modelo foi inclusive reforçado durante a ditadura militar, que criou centenas de novas estatais que atuavam não apenas em setores estratégicos, mas também em setores menores, como hotelaria e até supermercados (POLITIZE, 2016).

Essa tendência de deixar sob o controle do Estado uma grande e importante parte da atividade econômica do país passou a ser invertida a partir dos anos 1990, quando o liberalismo econômico ganhou uma nova roupagem, batizada de neoliberalismo. Essa doutrina econômica prega, sobretudo, a não intervenção do Estado na economia, exceto em setores absolutamente essenciais para o bem público. Assim, a lógica seria o Estado abandonar ou abdicar de sua participação em qualquer área que não seja segurança, educação, saúde e assistência social. Colaborou para que essas ideias ganhassem força o completo fracasso econômico vivido pelo país na década de 1980, com hiperinflação, dívida externa crescente e estagnação econômica (POLITIZE, 2016).

Foi o governo Collor o primeiro a promover o programa de privatizações do

Estado brasileiro. Batizado de Programa Nacional de Desestatização, o plano de Collor previa a privatização de 68 empresas públicas brasileiras. Entretanto, apenas 18 delas realmente chegaram a passar para o setor privado ao longo de seu governo. O destaque foi para a privatização de boa parte das empresas siderúrgicas, aquelas que fabricam aços e ferros fundidos. A Usiminas foi uma das empresas privatizadas, o que gerou polêmica, já que se tratava de umas empresas públicas mais lucrativas do país na época. O maior beneficiário da privatização de siderúrgicas foi o grupo Gerdau (POLITIZE, 2016).

Com o impeachment de Collor, veio o governo Itamar, que deu sequência menos acelerada ao programa de privatizações, com destaque para a Companhia Siderúrgica Nacional e a Embraer, empresa de aviação.

Mas foi durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) que o programa de privatizações ganhou mais força. FHC criou o Conselho Nacional de Desestatização e acelerou bastante o processo de privatização de empresas públicas no país. As privatizações de maior destaque foram: Vale do Rio Doce (empresa de mineração que hoje chama-se apenas Vale), o sistema Telebras (incluindo a Embratel e 27 empresas de telefonia, e a Eletropaulo, estatal de energia elétrica do estado de São Paulo (POLITIZE, 2016).

E não parou por aí: vários outros setores foram desestatizados. A Embratel foi vendida nessa época; vários bancos estaduais também passaram para mãos privadas; boa parte do setor de energia também foi leiloado para grupos privados (a distribuidora carioca Light, por exemplo) (POLITIZE, 2016).

Além das privatizações, FHC criou as agências reguladoras, que passaram a cuidar das regulações das atividades de diversos setores estratégicos do país. A Anatel, por exemplo, é quem regula os serviços de telecomunicações no Brasil.

Foi também durante o governo FHC que houve mais manifestações públicas contra o processo de privatização em curso. As críticas surgiam tanto pelas privatizações em si, que segundo alguns não deveriam jamais ter ocorrido, quanto pelas condições em que foram conduzidas pelo governo, consideradas extremamente prejudiciais. Até hoje se ouve que a Vale do Rio Doce foi vendida “a preço de banana”. O valor de US\$ 3,3 bilhões desembolsado por um consórcio privado seria muito inferior ao seu valor de mercado na época. Outra crítica levantada contra as privatizações no governo FHC foi a permissão do uso das

chamadas “moedas podres” no processo de compra das estatais, além da atuação do BNDES, banco público que financiou boa parte das compras (POLITIZE, 2016).

Com a chegada de Lula ao poder, em 2003, muito se suspeitou que o programa de privatizações seria paralisado, ou ao menos freado. Mas isso não se confirmou: houve continuidade, apenas com uma ênfase diferente do seu antecessor, FHC. Enquanto FHC vendeu estatais, Lula se focou em fazer concessões a iniciativa privada. A diferença fundamental entre os dois processos é que as privatizações têm um caráter definitivo: empresas privatizadas são leiloadas, vendidas e nunca mais voltarão ao controle do Estado. As concessões, por sua vez, se caracterizam pela transferência temporária da execução de certas atividades do Estado para a iniciativa privada, sem passar a titularidade desses ativos para os grupos privados (POLITIZE, 2016).

O governo Lula priorizou um programa de concessões de rodovias e hidrelétricas, além de privatizar os bancos estaduais do Ceará e do Maranhão. O modelo também deu preferência às empresas que fizessem as menores propostas de tarifas nas licitações, de forma que os usuários das rodovias ou consumidores dos serviços das hidrelétricas sentissem menos no bolso as concessões realizadas. Esse modelo, porém, é criticado (POLITIZE, 2016).

O governo Dilma deu continuidade ao modelo implementado por Lula, estendendo as concessões para outros setores importantes, como os aeroportos. Mas a situação que mais chamou atenção no primeiro governo Dilma foi o leilão do Campo de Libra, realizado em 2013. Libra é o primeiro campo de exploração do petróleo do pré-sal brasileiro. Nesse leilão, quatro empresas petrolíferas estrangeiras formaram um consórcio com a Petrobras, dividindo entre si o direito de explorar esses recursos. A presidente Dilma, na época, afirmou que o regime de partilha adotado para o campo de Libra não representa uma privatização, já que cerca de 85% da renda produzida pelo campo ficará nas mãos da União e da Petrobras (POLITIZE, 2016).

Antes de ser afastada, Dilma ainda anunciou um novo programa de concessões cujo valor chegaria a R\$ 198 bilhões e que inclui rodovias, portos, aeroportos e ferrovias.

No governo Temer muito se foi dito sobre privatizações. Temer chegou a anunciar o maior pacote de privatizações e concessões em duas décadas, com 57 nomes de empresas, incluindo a Eletrobrás e a Casa da Moeda.

No entanto, a maioria de seus projetos não conseguiu ser concluído devido a falta de tempo e processos burocráticos. Agora, boa parte dos projetos pode ser assumido por Bolsonaro, que já mapeia estatais para serem privatizadas (POLITIZE, 2016).

Privatizar realmente rende bons resultados para o país? Ou o Estado deveria manter controle sobre áreas estratégicas da economia (serviços de água, luz, petróleo e mineração, entre outros)? Veja a seguir os principais argumentos dos dois lados: os que defendem mais privatizações e os que defendem o fim desse processo e até mesmo a reestatização de várias empresas (POLITIZE, 2016).

5.3 As privatizações deram certo?

Segundo os defensores da privatização, geralmente pessoas de pensamento liberal na economia, essa prática é necessária para que o Estado brasileiro consiga sanar suas contas e otimize sua atuação, focando-se em áreas em que realmente sua presença é importante (POLITIZE, 2016).

A necessidade de privatizar boa parte do patrimônio público advém do reconhecimento de que o Estado não é capaz de gerir tudo – muito pelo contrário, é bastante ineficiente em gerir a maior parte de seus recursos, seja pela falta de incentivos que valorizam o mérito, seja pelas muitas ingerências políticas nas atividades dessas empresas (POLITIZE, 2016).

A iniciativa privada, por sua vez, seria muito mais eficiente na gestão das empresas e dos recursos. Isso se comprova, segundo os defensores das privatizações, pelos bons resultados obtidos em privatizações feitas nas últimas décadas (POLITIZE, 2016).

O serviço de telefonia teve um salto de qualidade após a privatização da Telebrás e a entrada de investidores privados no mercado; a energia elétrica foi universalizada nos últimos anos, após várias privatizações; várias empresas privatizadas que antes eram deficitárias passaram a registrar lucros (casos da Vale e da CSN); e muitas ex-empresas públicas geram em impostos mais receita à União do que quando estavam sob controle do Estado brasileiro (POLITIZE, 2016).

Por fim, os favoráveis às privatizações afirmam que as estatais são fonte de corrupção e têm seu desempenho prejudicado por negociatas.

De outra banda, uma outra corrente afirma que privatização do Estado brasileiro é vista com maus olhos porque seriam impostas pelos Estados Unidos e instituições financeiras internacionais como o FMI e o Banco Mundial, todos orientados ideologicamente a favor do neoliberalismo e da economia de mercado.

O pressuposto fundamental que sustenta a ideia de privatizações é que o mercado é mais eficiente do que o Estado na gestão de seus recursos. Isso é negado por grupos contrários às privatizações, como os desenvolvimentistas (POLITIZE, 2016).

Além de considerar um mito a ideia de que a iniciativa privada é mais eficiente do que o Estado e que por isso deveria herdar a maior parte do patrimônio público brasileiro, os críticos das privatizações apontam que as privatizações feitas na década de 90 foram mal conduzidas, significando na prática uma “doação” de empresas públicas a grupos privados – normalmente grupos “amigos” dos governantes que conduzem as privatizações (POLITIZE, 2016).

As privatizações de FHC renderam algo em torno de R\$78 bilhões, enquanto entre 1994 e 1998 a dívida pública brasileira cresceu de US\$60 bi para US\$245 bi. Muitas das vendas também foram subsidiadas com dinheiro público, em forma de financiamentos do BNDES, prática também muito criticada. Existem, por fim, acusações graves de corrupção envolvendo os processos de privatização (POLITIZE, 2016).

A defesa feita contra as privatizações é que o Estado não pode abdicar da participação em setores da economia que são de interesse público fundamental, sob o risco de privar a população carente de receber recursos básicos, como água, energia elétrica, entre outros.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho tivemos conhecimento da evolução histórica das privatizações no mundo, e verificamos que com o Brasil não foi diferente, apuramos que em meio ao século XX, houve a maior necessidade da presença do Estado na vida dos brasileiros. Muito embora o governo de uma certa forma interferisse na economia, contudo, já havia no país a liberdade econômica e a Constituição Brasileira de 1934 garantia a livre iniciativa e trabalho para todos.

Vimos que amparados pelo artigo 172 e 219 da Constituição Brasileira, que o Estado estimulou setores privados a cumprir obrigações, ao invés dele próprio, tudo com base no princípio da subsidiariedade.

Ficou demonstrado que o Estado associado ao capital particular, assistido pela legislação brasileira, formou a sociedade de economia mista, dentre elas podemos mencionar a Fábrica Nacional de Motores, fundada para fabricação e manutenção de aviões, em 1942, no Governo Getúlio Vargas. A referida empresa, anos mais tarde foi transformada em sociedade anônima e teve seu controle acionário transferido para a empresa Alfa Romeo, na Itália.

Verificamos que na década de 60 e 70, foram criadas mais de 300 empresas estatais, mas no final dos anos 80 e começo dos anos 90, com a criação do Plano Nacional de Desestatização, houve uma expansão das políticas liberalizantes, onde estão incluídas as privatizações, pois não havia mais razões e o custo para manter estas empresas era altíssimo, o Estado tratou logo de vende-las.

Havia, também outra necessidade do governo brasileiro, que é aderir a Globalização econômica e o neoliberalismo, e aconselhado pelo Fundo Monetário Nacional, ingressou no mundo moderno para adequar-se à nova realidade, ficando com o Estado o papel de fiscalizar, garantir o bem estar social e o desenvolvimento da nação.

O Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei nº 8031/90, foi a arrancada rumo a Privatização e a desestatização, alguns anos depois esta Lei foi revogada pela Lei nº 9.491/97, que manteve o mesmo objetivo e o programa existe até a presente data.

Em 2005, foram privatizadas mais de 100 empresas brasileiras, e o número de funcionários tiveram uma queda de 70% e o lucro destas empresas aumentou 900% e é por estes resultados que os grupos de esquerda são contrários à privatização.

É cristalino que a grande parte das empresas privatizadas tiveram grande crescimento econômico, isto devido ao desligamento da burocracia estatal. Temos ainda a questionar a qualidade dos serviços terceirizados, como rodovias, telefonia e outras, que muitas vezes não fazem a sua parte, deixando a população desassistida de seus serviços.

Admitimos que no período dos governos militares, era peculiar ao regime a ideologia de segurança nacional, e as empresas eram privatizadas e vendidas para grupos brasileiros residentes no país, o que certamente ofereceu mais segurança na hora da licitação do patrimônio. Acredito que a ideia dos governantes estivessem correta, pois muitas empresas garantem a segurança e a ordem do Estado, não podendo ficar à mercê de terceiros, quando pode estar em jogo a segurança da nossa pátria.

Vemos que os princípios informativos específicos do serviço público, teoricamente, são de extrema importância para população, pois garantem a igualdade, continuidade do serviço, independentemente de quem o executa, sendo que podemos nos valer dos demais princípios da eficiência, atualidade, segurança, cortesia e modicidade, existindo entendimento que o Estado é responsável pelo cumprimento das tarefas, sendo que estas podem ser legadas à terceiros.

Poderemos, ainda, aceitar que a privatização possa ser o começo de uma mudança no sistema público no Brasil, já que em outros países foi implantada com sucesso.

Porém, o que certamente preocupa a população é a privatização de setores como saneamento, pois o fornecimento de água e a canalização de esgotos, bem como as instalações adequadas para a boa e fiel prestação dos serviços, poderia não corresponder, eis que não haveria investimentos nas áreas mais pobres e distantes, bem como o Estado com seu poder de polícia, através de agências reguladoras não nos dá a garantia de executar o papel de fiscalizador, o que acarretaria problemas na área de saúde pública.

Da mesma forma, nos preocupa a venda de estatais da área de produção e extração de petróleo, que atualmente estão sendo cogitadas suas privatizações, pois a transferência de referida empresa, tem consequência direta na economia do país, pois o gás, os combustíveis e tantos outros derivados do petróleo servem de referência para os índices econômicos e também não temos certeza que as agências reguladoras e os órgãos fiscalizadores podem não ter acesso aos dados

contabilizados da empresa adquirente.

Portanto, hoje, ainda estudante do curso de direito da Unisc, tive esta grande oportunidade de realizar o Trabalho de Conclusão de Curso, cujo o tema foi “a desestatização no Brasil, uma análise acerca das privatizações”, que foi de grande valia para aprimorar meus conhecimentos, ocasião em que pude verificar que o Brasil é uma nação que ao longo de sua existência e acentuadamente no século XX, com seus gigantescos Estados que passam por difícil situação administrativa e financeira, independentemente do caminho que buscaram para o seu crescimento, nos parece que, esteve sempre comprometido com as conveniências da economia do mundo lá fora. E desta forma as privatizações foram implantadas para assegurar estes interesses globais, visto que a proposta surgiu aos poucos, mesmo em períodos distintos, também tendo como “recomendação, orientação”, através do Fundo Monetário Internacional, tanto para Brasil quanto para outros países menos favorecidos. Existem opiniões diversas, mas há quem acredite que o primeiro mundo vem ao Brasil acumular ganhos, levar nossas riquezas para o exterior, operando sem transparência e muitas vezes adquirir um investimento já estruturado, sem investir em benefícios sociais e deixando apenas a arrecadação de impostos para o Brasil.

Entretanto, a privatização deverá ser mantida, sobretudo, como uma forma de remodelar o Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.
- CONCEITO.DE. Conceito de privatização. **Conceito.de**, 2015. Disponível em: <<https://conceito.de/privatizacao>>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- GRALHA, Michel. Cumpra-se a Constituição. **Zero Hora**, Porto Alegre, maio 2019. p. 15. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992.
- MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MUNDO EDUCAÇÃO. Privatização no Brasil. **Mundo Educação**, 2019. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br>>. Acesso em: 16 mai. 2019.
- PACHECO BARROS, Wellington. **Manual do direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PEREIRA, L. C. B.; PINK, P. **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- PEREIRA, L. C. B.; GRAU, N. C. **O público não-estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- POLITIZE. Privatizações no Brasil por governo. **Politize**, 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/privatizacoes>>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- SFREDO, Marta. STF trava venda de estatal. **Zero Hora digital**, Porto Alegre, maio 2019. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br>>. Acesso em: 29 mai. 2019.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.