

A CONTRATUALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

THE CONTRACTUALIZING AS A TOOL FOR EFFECTIVE DEVELOPMENT

Maria Marconiete Fernandes Pereira^{*}
Valéria Fernandes Pereira^{**}

RESUMO

O processo de reforma do Estado implicou em alguns importantes caminhos de mudança, notadamente com relação aproximação recíproca entre Estado e iniciativa privada. Dentre esses processos dialógicos, em consonância com a Ordem Econômica Constitucional, promoveu-se o atendimento às demandas da sociedade em termos de infraestruturas públicas e de delegação para exploração de serviços públicos como forma de efetivar o desenvolvimento, no contexto do Estado Democrático de Direito. O trabalho em apreço busca relacionar a contratualização dos serviços públicos pelas concessões no Brasil, no afã de concretizar os direitos contidos no conceito de desenvolvimento. Utiliza uma metodologia lógico-dedutiva, com instrumentação bibliográfica, em que conclui pela contratualização do serviço público como via de atuação do Estado para se materializar o desenvolvimento sobre as atividades e aspirações da coletividade.

Palavras-chave: Contratualização; Concessões; Direitos; Desenvolvimento.

ABSTRACT

The process of reform of the State implied in some important ways of change, notably with reciprocal relation approach between State and private initiative. Within these dialogic processes, in accord with the Constitutional Economic Order, the attendance to demands of society in terms of public infrastructures and delegation for exploration of public services was promoted as form to accomplish the development, in the context of the Democratic rule of law. The essay in question seeks to examine the contractualizing of the public services for the concessions in Brazil, in the effort to materialize the rights contained in the development concept. It uses a logical-deductive methodology, with bibliographical instrumentation, which concludes for the contractualizing of the public service as way of performance of the State to materialize the development on the activities and aspirations of the collective.

Keywords: Contractualizing; Concessions; Rights; Development.

1 INTRODUÇÃO

A contratualização, como gênero, assegura-se através da concessão de serviços públicos o papel de promotor ao desenvolvimento com o propósito em atender as necessidades da sociedade por meio das relações entre a Administração Pública e a iniciativa privada. Essa necessidade encontra-se em infraestruturas públicas que são instrumentalizadas

^{*} Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Contabilidade e Auditoria Pública pela UFPB. Bacharela em Ciências Contábeis pela UFPE e em Direito pela UNIPÊ. Auditora de Contas Públicas da Controladoria Geral do Estado da Paraíba.

^{**} Graduada em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Bolsista CAPES demanda social. Integrante do Grupo de Pesquisa Sustentabilidade, Impacto e Gestão Ambiental, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada.

através de modelos jurídicos, com suas variantes e modalidades, de contratos administrativos de concessões comuns e de concessões, patrocinada e administrativa, de parcerias público privadas.

Cabe ao contrato administrativo à representativa governamental de agregar as diretrizes de desenvolvimento econômico e social, consubstanciadas nas transformações do papel de atuação do Estado promovidas pela reforma do Estado no final do século XX, que verificaram-se fases distintas e representativas de períodos cíclicos de alterações, representados basicamente pelos seguintes fatores: (i) liberalismo econômico agonizante (até finais dos anos vinte culminando com a crise da bolsa de Nova York, em 1929); (ii) surgimento e consolidação do Estado de Bem-Estar, na versão gestor-direto (dos anos trinta aos anos sessenta); (iii) crise do Estado intervencionista e configuração de um terceiro modelo de Estado, de feições híbridas, contemporizado, objeto das políticas de privatização e desregulamentação, que ficou mais conhecido como “Estado regulador”. No último caso, chegou-se ao modelo de Estado como um organismo dotado de metas e objetivos próprios, que compõe e desfaz alianças com os demais operadores do universo social (agentes sociais e sujeitos econômicos), na medida de sua capacidade institucional e do posicionamento ideológico assumido por seus governantes, no âmbito dos poderes constituídos e de suas forças normativas.

A função linear da atividade administrativa esgota-se frente a uma conjuntura alavancada pela globalização, que possibilitou um novo horizonte à dinâmica da Administração Pública, permitindo uma realidade econômica e social que carece de construções e/ou desconstruções, que leva a um Direito Administrativo contemporâneo, aberto às necessidades da sociedade.

No novo contexto, foram muitas as alterações que atingiram o Estado constitucional e a sua cultura jurídico-administrativa. As novas dogmáticas publicísticas, marcadas pelos direitos de terceira geração (ou dimensão), perturbaram o sentido normativo tradicional do Estado, resultando, no conjunto, em uma verdadeira substituição do paradigma burocrático da Administração pelo paradigma administrativo-empresarial, desenvolvido no rastro do surgimento do Estado regulador, que reclama, por suas próprias características, regulamentação mais democrática, transparente e previsível.

Ademais, de um lado, a separação factual entre Estado e Sociedade e, por outro lado, uma mudança com relação à gestão com empresas privadas, permitindo uma relação de aproximação recíproca entre Estado e sociedade, entre Estado e iniciativa privada (ESTORNINHO, 2009, p. 92). Este é o aspecto da realização democrática e da persecução

dos legítimos interesses da coletividade, que deve ter a sociedade como a destinatária final de todas as políticas.

As transformações iniciadas nas décadas de oitenta e noventa do século passado, as quais impulsionaram a redefinição do papel do Estado, passando pelos efeitos do fenômeno da globalização conferiram o suporte de uma nova agenda de gestão pública. Essa agenda tinha como âmago o realinhamento constitucional interrelacionado com as forças de mercado, no pêndulo de atuação do Estado e participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, que se efetivam por intermédio de contratos administrativos.

O impacto dessas mudanças refletiu nos processos dialógicos entre a Administração Pública e o setor privado, tendo como finalidade atender as demandas da sociedade em infraestruturas públicas e na delegação para exploração de serviços públicos pelas parcerias. Os pressupostos fundamentais para instauração de tais parcerias se justificaram em barreiras orçamentárias, escassez de recursos financeiros e eficiência do setor privado, desenvolvimento das necessidades dos setores em infraestruturas. Ademais, o movimento impulsionar adveio pelas privatizações em que a empresa privada assumiria atividades públicas correspondentes à satisfação de interesses coletivos. Isto se devia em decorrência da defasagem de investimentos públicos em infraestruturas, uma vez que considera-se como sustentáculo de desenvolvimento econômico e social de um país.

Por isso, o tema de estudo merece uma análise dessas mudanças estruturais com destaque para as concessões através da contratualização em decorrência da assunção das atividades de serviços públicos que promovem o desempenho desenvolvimentista. Para tanto, utiliza-se o método lógico-dedutivo em harmonia com as teorias desenvolvimentistas, que venham dialogar com os interesses antagônicos entre a Administração Pública, parceiro público, e o particular, parceiro privado, no âmbito das concessões comuns e de parcerias público privadas, em consonância com a Ordem Econômica Constitucional. Nesse sentido, a finalidade de relacionar a prestação de serviços públicos, principalmente em infraestruturas, pela contemporaneidade do instrumento contratual tem o propósito para efetivação do direito do desenvolvimento em harmonia com direito administrativo brasileiro.

Para tal razão, a exposição do tema será dividida em quatro partes distintas, além da introdução e conclusão. Na primeira parte, introduz a finalidade da contratualização através das concessões de serviços públicos incumbidas a atender as necessidades da sociedade; na segunda parte, contextualiza as circunstâncias que impactaram na construção das mudanças institucionais, destacando o papel da globalização econômica e da reforma do Estado brasileira; na terceira parte, constata-se uma Administração Pública contratual que promove a

acomodação dos interesses coletivos em sede de um instrumento jurídico que desempenha o papel de ferramenta de colaboração entre o público e o privado, tendo como finalidade o desenvolvimento; na quarta parte, as concessões num verdadeiro fenômeno de substituição da atuação direta do Estado na prestação de serviços públicos, com a finalidade de buscar o desenvolvimento numa vertente constitucional de princípios gerais da atividade econômica. Na última parte, confere-se o argumento final o papel do Estado contemporâneo de promotor do desenvolvimento através do instrumento da contratualização.

2 GLOBLIZAÇÃO ECONÔMICA, REFORMA DO ESTADO: UMA CONSTRUÇÃO DE ESTRUTURA DE MUDANÇAS INSTITUCIONAIS

Os anos oitenta foram marcados pela crise fiscal, no caso brasileiro, com dívidas (externa e interna) exorbitantes e patente desequilíbrio dos orçamentos por parte dos governos que indicava falência das finanças públicas. A promoção do desenvolvimento, ainda que entendido como mero crescimento econômico, foi atingida pela incapacidade de financiamento de serviços públicos e de infraestrutura, em decorrência da necessidade de pagamento dos serviços da dívida. Nesse contexto de crise, diante das mudanças dos governos da Inglaterra e dos Estados Unidos, com o surgimento do neoliberalismo com prognósticos de um estado excessivamente grande e dispendioso, ganharam destaque os projetos que propunham a reengenharia da gestão pública.

As políticas de estabilização e de equilíbrio fiscal ganharam a pauta do dia. A reforma do Estado foi apresentada como sendo “parte intrínseca de um processo mais amplo de fortalecimento das condições de governabilidade democrática” (DINIZ, 1990, p. 14). No Brasil, o governo FHC implementou medidas de reformas econômicas dirigidas ao mercado, como a privatização e a liberalização comercial, com a diminuição das tarifas em relação às importações e ao ajustamento fiscal. A justificativa para as privatizações era o levantamento de recursos financeiros para os cofres do Estado, em paralelo à diminuição das despesas públicas com enxugamento da máquina estatal. Teoricamente, o país estaria capacitado, financeiramente, para investir em atividades que levassem à promoção do desenvolvimento e à diminuição da dívida pública.

A reforma do aparelho do Estado passava inexoravelmente por alterações constitucionais. Foram apontadas três áreas a necessitar de ajustes: a crise fiscal, crise do

modo de intervenção do Estado na economia e crise do próprio aparelho estatal. A proposta era alcançar o desenvolvimento econômico pela nova gestão, voltada para serviços públicos eficientes e respeito aos direitos e demandas da sociedade.

Em contrapartida, o perfil constitucional do Estado brasileiro no domínio administrativo foi alterado por esse conjunto de reformas econômicas, que modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços como à exploração de atividades econômicas (BARROSO, 2007, p. 26). Porém, as mudanças constitucionais se concretizaram, principalmente em virtude das profundas mutações da sociedade contemporânea a demandar modificações no Estado impulsionadas pela globalização, levando-o a abandonar a postura imperial de monopolista do interesse público para tornar-se um instrumento da sociedade (MOREIRA NETO, 2007, p. 16).

A Constituição Federal de 1988 demonstra, portanto, uma força normativa sem precedentes, com a adoção, principalmente, do princípio do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados, uma vez que uma mudança de leitura das normas constitucionais conduz impacto aos demais ramos do direito, consequentemente levando a uma aproximação entre Estado e os particulares. Essa perspectiva teve como base de estruturação a influência da globalização econômica que revela um ambiente de demandas complexas diante de uma vinculação entre atores, Estado e sociedade, o qual o direito seja capaz de sustentar essa situação de pluralismo.

Por sua vez, a globalização provoca uma integração de processos políticos e econômicos sob uma lente de uma nova leitura, que deve ter a conjugação do fator social. Esta faceta é estampada na Carta Magna pela Ordem Econômica com reacomodações, que modificam a atuação do Estado frente às atividades econômicas de serviços públicos, consequentemente na Administração Pública em suas relações com a iniciativa privada.

O conjunto dessas transformações impulsiona a um desenvolvimento de iniciativas, investido de uma pauta de eficiência e resultados, levando a repensar o papel do Estado do século XXI. Por conseguinte, os efeitos do fenômeno das ideias neoliberalizante potencializaram um Estado minimalista, com ênfase nos modelos trazidos pelas forças de mercado, em que os poderes estatais se concentram nas garantias e no papel de agente promotor do desenvolvimento.

Essa renovação destaca, por um lado, a iniciativa privada que retoma, de certa forma, sua autonomia, outrora deixada para traz em decorrência do intervencionismo estatal na economia, apesar de que sua participação fica atrelada a uma nova função de garantir os

pressupostos da função social, destacado nessa contemporaneidade de um direito público fortalecido pela interação entre o particular e o serviço público (TÁCITO, 1995, p. 730). Por outro lado, há indícios suficientes de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas, mas promover um compartilhamento de responsabilidades entre os atores institucionais, iniciativa privada, sociedade civil e Estado, tendo como fim o interesse público traduzido em benefícios à coletividade (OLIVEIRA, 2012, p. 84-85).

A mudança institucional direciona os objetivos de “conjugam as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 30), através de metodologias de gestão típicas da iniciativa privada. Diante disso, o Estado exerce com destaque um controle finalístico dessas funções exercidas pelo particular, em delegação de prestação de serviços públicos, através de critérios objetivos de desempenho econômico, social e ambiental, isto é, em que conjungem funções com vistas ao desenvolvimento.

3 UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATUAL

No contexto da doutrina nacional, a posição de Juarez Freitas (1995, p. 9) é de que “há a necessidade dessa superação da dicotomia em comento, visto que as relações privatistas e as publicistas devem se pautar pelo mesmo fim, o interesse público.” Segundo Norberto Bobbio (1997, p. 24) assim esclarece que interesse público se funda na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e a necessária subordinação, até eventual supressão, do segundo pelo primeiro, bem como acerca da irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.

Nesse compasso, a Administração Pública na busca de fomento público investe em novos instrumentos, não apenas para direcionar a ação pública, mas para torná-la satisfatoriamente eficiente no atendimento das demandas da sociedade (MOREIRA NETO, 2007, p. 451). E, com o intuito de atuar como fomentador que é o Estado necessita aperfeiçoar seu perfil de regulador, para melhor proporcionar desenvolvimento. Nessa abordagem, a contratualização constitui-se como o ajuste jurídico fundamental para esse fim, uma vez que “o Direito Administrativo é, a um só tempo, um ramo do Direito Público e um instrumento de

operacionalização do poder político, balizando inclusive a atuação deste poder em outras áreas do juspublicismo” (MARQUES NETO, 2002, p. 60).

Nesse contexto, há um redirecionamento, mutações (MOREIRA NETO, 2001) ou evolução (MEDAUAR, 2003) do Direito Administrativo impulsionado pela conexão transformadora do Direito Constitucional, uma vez que este sofreu influências dos anseios e demandas da sociedade, da globalização econômica, pelas necessidades do capitalismo, dos organismos internacionais, pela internacionalização da economia, pelo mercado, pela sustentabilidade ambiental, entre outras variáveis.

Ademais, é pressuposto de uma acomodação de interesses visualizados na contextualização da delegação de prestação de serviços públicos através do “caráter especial do contrato”, conforme disposição do art. 175, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Diante disso, identifica-se uma escolha política de atuação da Administração Pública em consonância com o modelo de Estado adotado e perseguido, que se coaduna com o interesse comum. Verifica-se, então, uma utilização da lei infraconstitucional fundamentada em conceitos jurídicos indeterminados “em virtude da mutabilidade, incerteza ou elevada conflitividade da realidade fática normatizada” (MARQUES NETO, 2002, p. 95).

Por conseguinte, em sede do Direito Administrativo através da atuação da Administração delimita racionalmente a esfera dessa atuação, principalmente na interação público – privado, uma vez que facilita um processo de flexibilidade de finalidades fundamentais para o desenvolvimento, no bojo de um contrato. Isto se deve ao fato que “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado” (BACELLAR FILHO, 2004, p. 320), uma vez que o instrumento jurídico desempenha o papel de ferramenta de colaboração entre os atores, porém “desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetével a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições” (BACELLAR FILHO, 2004, p. 320).

Cabe ressaltar que a agenda de instrumentos impulsionadores da atuação da Administração Pública refere-se ao contrato em sua natureza de relações no planejamento da participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos. Com efeito, substitui o modelo burocrático pela gerencial com finalidades de resultados eficientes através de parâmetros objetivos de gestão. Desta forma, se consagra na Constituição Federal numa leitura harmônica de seus princípios, nela consagrados, a contratualização, como princípio básico do regime jurídico da prestação de serviços públicos por delegação, impulsionando

modelos de atuação baseados na interação entre a iniciativa pública e a iniciativa privada na concretização de desenvolvimento, principalmente de infraestruturas públicas.

Cabe ressaltar que essa atuação se compreende pelo agir de um modelo de Estado contratual, já que houve a substituição do Estado burocrático e gestor direto, por um novo tipo de Administração Pública envolvendo uma multiplicidade de relações entre público e privado na assunção da gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Neste caso, pode-se considerar o retorno do princípio da subsidiariedade através do instituto da concessão a qual será incumbida de realizar, pela iniciativa privada, a gestão das atividades públicas. “Assim, fala-se de uma das características mais importantes do Estado atual sua condição de “Estado contratual”, apontando a utilização pelo Estado de organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, para alcançar os seus fins públicos” (ORTIZ, 1999, p. 26).

4 AS CONCESSÕES: EM BUSCA DE PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO

Nessa conjuntura, Fernanda Bourges (2007, p. 73) pronuncia que a Lei de concessão ingressa para possibilitar a implementação – nos termos de uma política socioliberal – da tão sonhada e decantada parceria entre o poder público e a iniciativa privada, propiciando a realização de empreendimentos que, sem dúvida, quanto aos seus objetivos finalísticos, podem atender às exigências do bem comum. Observa-se que uma parceria entre o público e o privado poderá produzir um construtivo relacionamento entre esses setores, apesar de reconhecer-se que são distintas suas posições no mercado, porém, potencialmente complementares (LONDRES, 2000, p. 5).

A realização de tarefas públicas de interesses coletivos passa a ser delegada a iniciativa privada num verdadeiro fenômeno de substituição da atuação direta do Estado na prestação de serviços públicos. Essa interação do público e do privado permite perceber as razões da atividade contratual como ponto de intersecção para empreender serviços públicos que venham impulsionar o desenvolvimento. Com isso, o desdobramento normativo de escolha política recai sobre o instituto da concessão, que se firma pela edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, complementada pelas disposições da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.

Entretanto, as demandas da sociedade avultam ao mesmo tempo em que o Estado não dispõe de recursos suficientes para atendê-las, em virtude de limitação fiscal e da

incapacidade de gestão. Esses fatores ganham um efeito revalorizador através das parcerias numa conjugação de esforços entre Estado e iniciativa privada, uma vez que “o Estado, Governo e Administração são considerados como intermediadores e promotores constitucionalmente vocacionados do desenvolvimento nacional” (OLIVEIRA, 2005, p. 108).

Vale frisar que, ainda, no propósito de ampliar o relacionamento entre o setor público e o privado, a Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 torna-se o liame desse sistema em termos de prestação de serviços públicos, instituindo uma moderna contratualização pela Administração Pública brasileira, acompanhada pela tendência dos governos mundiais em ultrapassar as fronteiras, anteriormente tão firmadas, do público e do particular. Esse normativo tem como propósito alavancar o desenvolvimento, uma vez que abrange a participação do setor privado como fonte de recursos para financiamento em serviços públicos de infraestrutura. Cabe ressaltar que investimentos em infraestrutura são um dos pontos mais viáveis para viabilizar o desenvolvimento econômico e social.

A perspectiva de efetivação desse direito ao desenvolvimento foi consubstanciada pela Declaração sobre o direito ao desenvolvimento das Organizações das Nações Unidas (ONU) que institui “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população [...]” (UN, 1986). Assinalando que esse processo ao desenvolvimento passa prioritariamente pelo investimento em serviços públicos com resultados de eficiência postos à disposição da população. Essa concepção somente será possível pela cooperação entre o Estado e a participação privada em projetos de gestão de serviços públicos com base em objetivos de interesses comuns.

Nesse sentido, diversos documentos legais foram reorganizados e reinterpretados ao longo do tempo para aplicação mais adequada das necessidades humanas a partir da construção de seus interesses, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em seu Artigo 22 ao afirmar que “[T]oda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional [...] e os recursos de cada país” (UN, 1948), por meio da saúde hospitalar, distribuição de medicamentos e reestruturação histórica de centros urbanos.

Em seguida, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ao tratar no Artigo 11(1) que os Estados devem reconhecer “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família” (UN, 1992), visualizado pelas Políticas Públicas de infraestruturas de habitação e de saneamento básico.

Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) em seu Artigo 19(2) ao assegurar que “[T]oda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras” (UN, 1992), uma vez que diante da contratualização se figurará o usuário na prestação de serviços públicos, em consonância com os princípios constitucionais da Transparência e da Publicidade.

Com isso, os três documentos anteriormente referidos foram criados com o fim de promover o respeito aos direitos humanos, estipulado na Carta das Nações Unidas. A Declaração Universal conjuntamente com os dois Pactos Internacionais e outros Protocolos Opcionais formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Assim, as Nações Unidas trabalha e coordena os Estados-membros a melhorarem suas normas nacionais e as normas internacionais a respeito dos direitos humanos. A partir disso, as Constituições trataram dos direitos com base nos direitos reconhecidos pela ONU (UN, 1948).

Percebe-se, então, o fomento estatal pelo desenvolvimento nacional ao preconizar, em seu Art. 5º, §2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais”, almejando, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Ressalte-se que essas garantias não remetem a concretização do desenvolvimento nacional pela Administração Pública de maneira imediata e direta, mas, também, pela atuação em cooperação com a iniciativa privada, harmoniosamente, e pela própria sociedade.

A lógica desses interesses se concentrou no contrato de concessão, em que, de um lado, o poder público como representante primário do interesse público, e do outro lado, o poder privado como garantidor de seus investimentos. Estas adequações se fundamentam no consensualismo, em razão da adequação dos interesses conformadores, uma vez que há a obrigatoriedade à positivação, na formação dos contratos.

Nesse sentido, os contratos administrativos de concessões, comuns e parcerias público privadas, exercem novos papéis, diferentemente dos contratos administrativos tradicionais de compras e serviços que exercem a função de suprir as necessidades operacionais da Administração Pública, e assumem serviços estratégicos de desenvolvimento, tais como: assistência médica e hospitalar, prisional, educacional, irrigação, mobilidade urbana, transporte, telecomunicações, tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, etc. Vale lembrar que os gargalos em infraestrutura foram resultantes de longo período de investimentos baixos, por parte do governo, por isso, a necessidade premente de investimentos com vistas ao desenvolvimento nacional.

O fato a destacar é que a estabilização trazida pelo Plano Real proporcionou maiores oportunidades de investimentos, além da “expansão e o amadurecimento da economia com o crescimento do país requerem recursos e iniciativas tão variadas que o Estado sozinho, por meio de suas empresas, não é capaz de oferecer” (CALABI, 2014, p. 24)

Um das alternativas de escolha política de desenvolvimento foi a mobilização de recursos privados pelas concessões, principalmente das parcerias público privadas, uma vez que há a sinergia de projetos de interesse público e de interesse privado, numa combinação de “mínimo gasto público necessário para dar uma taxa de retorno dos capitais privados que operam a gestão desse projeto, além do mínimo gasto público necessário para mobilizar recursos privados em um projeto evidentemente governamental de interesse público” (CALABI, 2014, p. 24).

A concessão de parcerias público privadas criou um dinamismo para revitalizar a prestação de serviços públicos numa gama de atividades autossustentáveis como também naquelas de pouco interesse, no primeiro momento, dos investidores, mas podem contribuir com a *expertise* do privado em gestão com desempenhos eficientes. Para isso, o normativo das parcerias institui dois tipos de concessões: patrocinada e administrativa.

A concessão patrocinada é uma modalidade de concessão especial de serviço que envolve tanto a execução de obras como de serviços ou ambas, com a permissibilidade de executar com contraprestação de tarifa paga pelo usuário e do parceiro público, de forma integral ou parcial. Há um diferencial em relação à concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/95, em que a prestação pecuniária se faz pela cobrança de tarifas e outras receitas. A complementaridade tarifária, por parte do parceiro público, tem como meta finalística assegurar o valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções inerentes à persecução do interesse coletivo (JUATEN FILHO, 2003, p. 93), mesmo de objeto em serviços econômicos.

Gustavo Binenbojm (2005, p. 3-4) enfatiza que as justificativas econômicas para a institucionalização das PPPs, em sua modalidade de concessão patrocinada, são:

I- o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o rígido cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais. Tal circunstância reduz significativamente a capacidade de investimento do Poder Público em infraestrutura e serviços públicos, gerando os conhecidos “gargalos” estruturais e aumentando o chamado custo Brasil. Daí a enorme demanda por investimentos privados para o financiamento desses setores, o que,

todavia, pressupõe a criação de condições favoráveis por parte do Poder Público;

II- exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infraestrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo. Daí ser justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar o ambiente de atratividade necessário para seduzir os investidores particulares.

A concessão administrativa delimitou-se como contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, abrangendo ou não a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, sendo aplicada adicionalmente à Lei nº 8.987/95 e à Lei nº 9.074/95. Segundo Gustavo Binenbojm (2005, p. 6), a lógica econômica para a institucionalização das PPPs, em sua modalidade administrativa, vincula-se não somente ao esgotamento da capacidade de endividamento e investimento do Estado, mas também à busca por um aumento do grau de eficiência na gestão de obras e serviços públicos e no dispêndio de recursos públicos.

Portanto, “a Lei de Concessão tem sido capaz tanto de gerar importantes projetos de parceria entre o Estado e o setor empresarial, como oferecer segurança jurídica, para sua continuidade no longo prazo” (SUNDFELD, 2014, p. 55). Cabe destacar que a norma da concessão de parcerias público privadas estabelece algumas condições necessárias para sua implementação, quais sejam: i) o valor da contratação não pode ser inferior a R\$ 20 milhões; ii) o período de exploração deve ser de 5 até 35 anos; e iii) é vedado uma única finalidade de fornecimento de mão-de-obra, instalação de equipamentos ou execução da obra pública (BRASIL, 2004).

Na busca de conciliar os interesses entre o público e o privado, cabe assinalar algumas vantagens para alavancar o desenvolvimento por meio das parcerias público privadas:

- i) Integração e complementaridade propiciadas pela capacidade de acionar a totalidade dos recursos administrativos, técnicos e financeiros disponíveis, o que gera maior garantia à construção e operação do empreendimento dentro dos prazos previstos;
- ii) Celeridade e redução de custos suplementares, pois a construção e a operação do empreendimento se dão, normalmente, em um período mais

curto do que quando o setor público opta pela licitação e contratação direta dos vários componentes do projeto;

iii) Incorporação de princípios de eficiência praticados pelo setor privado;

iv) Atratividade maior aos investidores privados na medida em que o retorno do investimento está associado em alguns empreendimentos ao fluxo de caixa do projeto (*project finance*);

v) Entidades privadas, que podem apresentar direta e individualmente suas propostas de parceria ao governo, por meio de uma Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP). Quando forem utilizados no processo licitatório estudos devidamente aprovados, o empreendedor que os elaborou terá estes custos de preparo de projetos ressarcidos. (REDOSCHI, 2014, p. 76)

Pode-se empreender que o conceito de desenvolvimento parte da incorporação das ideias de aumento do bem-estar, satisfação das necessidades primárias e secundárias, e, melhoria das condições de vida. Contudo, o pensamento marcante não se situava dessa maneira no pós-guerra, canalizando o comportamento econômico em outras vertentes, sem teorizar sobre o desempenho das sociedades ao longo da cadeia de tratamento dos direitos.

Nesse sentido, as necessidades são invariáveis e universais, o que se transforma, na verdade, são os meios utilizados para a satisfação delas (BOBBIO, 1992, p. 18). Assim, pode-se perceber que uma necessidade básica é aquela cuja satisfação enseja a alteração ou reorganização de algumas das funções do sistema ou de aplicação de um determinado regime legal. Os diversos documentos legais foram reorganizados e reinterpretados ao longo do tempo para aplicação mais adequada das necessidades humanas a partir da construção de seus interesses.

As diversas correntes de Direito e Desenvolvimento apontam para os suportes jurídico-institucionais na promoção de desenvolvimento econômico nos Estados, na qual este tratamento remete o Direito como “estrutura fundante da sociedade no contexto de formação econômica, cultural e política das nações, em torno dos objetivos comuns de desenvolvimento” (GUIMARÃES, 2013, p. 30).

Nessa proposta “é possível perceber que o direito do desenvolvimento se situa mais confortavelmente no âmbito do direito econômico constitucional, nas relações entre o Estado e os agentes de mercado, ainda que conjugados em prol do interesse social” (FEITOSA et al, 2013, p. 111-112), uma vez que somente “por intermédio de ações afirmativas, expressivas de políticas públicas e/ou de determinações normativas constitucionais, legais e mesmo regulamentares” (FERREIRA, 2012, p. 55).

Nesse sentido, a essencialidade desses estudos para a fundamentação das escolhas pelo desenvolvimento subsidia uma estratégia do Direito Contratual e do Desenvolvimento, pela atuação do Estado com a participação da iniciativa privada. Assim, percebe-se que a concessão de serviços públicos desempenha papel relevante para o desenvolvimento, na medida em que atende as necessidades da sociedade quando da relação Administração Pública-iniciativa privada. A chave da questão se refere aos modelos jurídicos de contratos administrativos que promovem o respeito à dignidade do ser humano no contexto do Estado Democrático de Direito, instrumentalizadas nas diversas modalidades com vias a perpetuação dos direitos reconhecidos internacional e nacionalmente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito das novas funções do Estado, a concepção que atribuía ao Estado o monopólio de produção da normatividade jurídica passou a ser substituída por uma compreensão da natureza plural e multiorganizativa do fenômeno jurídico que atingiram algumas tarefas e funções públicas - que deixaram de ser obrigatoriamente executáveis ou mesmo diretamente exploráveis pela Administração Pública, fato que, entretanto, não significou uma retirada do Estado do domínio econômico.

O processo de reforma do Estado teria implicado em alguns importantes caminhos de mudança, tais como: (i) a via da socialização flexível, que pretendeu desburocratizar e racionalizar a gestão dos grandes equipamentos e funções coletivas; (ii) a descentralização, que procurou remodelar e reordenar certos serviços públicos; e (iii) os processos de autonomização, que reduziram a procura pelo Estado, pela transferência de tarefas de serviço público para coletividades não-públicas (ROSANVALLON, 1984, p. 89).

A reforma do aparelho administrativo passou por alterações de forma que permitiram ajustes fiscais, de intervenção na economia e na própria engrenagem do serviço público. Com isso, procura alcançar o desenvolvimento voltado à eficiência, isto é, desenvolvimento como direito, tendo em vista o respeito às demandas da sociedade.

Nesse sentido, a Administração Pública não poderá atuar no papel de hermeneuta autoritária, uma vez que as multiplicidades de interesses públicos são dotados de legitimidade social (MARQUES NETO, 2002, p. 157) e econômica. Como assevera Jürgen Habermas (1997, p. 211) que “[...] Hoje em dia, a Constituição se apresenta como uma totalidade

dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm de ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da Constituição”.

Desta feita, a Ordem Econômica Constitucional representa “as transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece (e no caso brasileiro por expressa previsão constitucional) o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional” (OLIVEIRA, 2009, p. 10), em razão disso, a prestação de serviços públicos pela concessão está diretamente relacionada à sua efetivação pelo contrato administrativo público.

Portanto, vislumbra-se que há um novo modo de atuação, não mais centrado na contratualização sob a perspectiva de instrumento exclusivo de definição de interesse público, mas como atividade aberta aos problemas e aspirações da coletividade, que podem ser transformadas em colaboração entre a iniciativa privada e o Estado, com propósitos comuns de buscar um caminho no desenvolvimento em serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ARIÑO, Gaspar Ortiz. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. tiempo. In: ARIÑO, Gaspar Ortiz (Org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, p. 19-35, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, p. 307-326, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 jun.2014.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 jun.2014.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, Governo e Sociedade, para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOURGES, Fernanda Schuhli. *Serviços Públicos Concedidos: acesso e remuneração*. 2007. 230p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: jul. 2014.

CALABI, Andrea. Entrevista. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Cadernos: FGV Projetos, Rio de Janeiro, jan., ano 9, p. 22- 29, nº 23, 2014.

DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jul.2014.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Seven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. *Direitos Humanos de Solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. *Texto para Discussão 1824: Contribuições teóricas para o Direito e Desenvolvimento*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LONDRES: The Stationery Office. *Public-Private Partnerships – The Government's Approach*. 2000. Disponível em: < http://www.ibl.uni-stuttgart.de/05forschung/ppp/pdf/HM_Treasury/PPP_The_Governments_Approach_pdf_2000.pdf >. Acesso em: 16. jun. 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, n. 16, nov./dez./jan, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19. Jun. 2014.

_____. Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.) *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83-119, 2005.

_____. Parceria Público-Privada ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, v.60, p. 83-112, 2012.

REDOSCHI, Dagoberto Antonio. Parceria Público-Privada: desafios e oportunidades. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Cadernos: FGV Projetos, Rio de Janeiro, jan., ano 9, p. 72- 79, nº 23, 2014.

ROSANVALLON, P. *A Crise do Estado Providência*, edição em português, Lisboa: Inquérito, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito e As Parcerias Empresariais e Contratuais entre Estado e Particulares. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Cadernos: FGV Projetos, Rio de Janeiro, jan., ano 9, p. 54- 60, nº 23, 2014.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada, o exemplo brasileiro. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, v.1, p. 721-733, 1997.

UNITED NATIONS (UN). Resolução n. 41/128 da AG/ONU (04 dez. 1986). Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. The Universal Declaration of Human Rights (10 Dec. 1948). Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. Charter of Economic Rights and Duties of States (12 Dec. 1974). Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/9920569.06223297.html>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. International Covenant on Civil and Political Rights and [First] Optional Protocol (16 Dec. 1966). Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/6895918.25008392.html>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1992). Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents>>. Acesso em: 21 jul. 2014.