Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA *

Prof. Gustavo Henrique Justino de Oliveira
Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Procurador do Estado do Paraná. Advogado e Consultor em Curitiba

SUMÁRIO: 1. A EMERGÊNCIA DO ESTADO CONTRATUAL. 2. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 3. LINHAS DE TRANSFORMAÇÃO DO CONTRATUALISMO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO. 4. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. A EMERGÊNCIA DO ESTADO CONTRATUAL

Nas últimas décadas do século XX difundiram-se em todo o mundo discursos sobre a crise, o esgotamento ou a falência do modelo **Estado do Bem-Estar Social,** estimulando os debates a respeito dos novos contornos e papéis do Estado na sociedade contemporânea.

Embora seja possível identificar variações do denominado modelo providencialista, a nota caracterizante do gênero Estado do Bem-Estar Social consiste, indubitavelmente, no forte intervencionismo estatal nas atividades econômicas, encarado como a forma mais adequada de proporcionar o desenvolvimento econômico e social da população.

---

* Artigo originalmente publicado na revista *Interesse Público*, n. 18, março/abril 2003.

Nesse cenário, em razão do impulso operado pela onda neoliberalizante, que potencializando os efeitos econômicos da globalização conferia suporte ao ideal da universalização do capitalismo, passou-se a ser defendida a superação do modelo providencialista e o retorno aos primórdios do modelo econômico liberalizante do séc. XIX.

Assim, a auto-regulação da economia pelas forças de mercado[1] constituiu-se em viga mestra de muitos dos processos de **Reforma de Estado** iniciados nas décadas de 80 e 90 do século XX, os quais intentavam circunscrever os poderes estatais ao mínimo necessário para a garantia da lei e da ordem pública.

Atualmente, parece certo que se encontra afastada a hegemonia do culto extremado ao mercado, entendido como mola propulsora e agente produtor do desenvolvimento. Colocou-se em xeque a celebrada invencibilidade do **primado do mercado**,[2] implicando a revalorização do papel do Estado como agente incentivador, promotor e condutor do desenvolvimento econômico e social.

É o retorno do pêndulo: antes estacionado na contemplação das **forças do mercado**, passa o pêndulo a sinalizar para as **forças do Estado**, como sendo aquelas predestinadas a tomar e executar as decisões imprescindíveis à evolução de um país.[3]

Expostas as limitações das políticas desestatizantes, busca-se encontrar novas formas de atuação estatal, tendo surgido correntes que inclusive pregam a adoção de políticas reestatizantes.

---

[1] É patente que desde a década de 1970, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial apoiavam abertamente tal concepção, "que servia à economia americana de fins de século XX tão bem quanto servira à britânica de meados do século XIX, mas não necessariamente ao mundo" (HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos:* o breve século XX: 1914-1991. 2. ed. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 556). Especialmente aos países latino-americanos, a auto-regulação da economia foi proposta em 1989 pela comunidade financeira mundial como diretriz reformadora, por intermédio do *Consenso de Washington*.

[2] Em artigo datado de 1995, Caio TÁCITO assinalava que "a propriedade privada retoma, de certa forma, sua autonomia, obscurecida pela exacerbação do intervencionismo estatal na economia, mas fica nítida a subordinação de sua atividade aos pressupostos da função social que dela se exige. Em termos contemporâneos o direito público passa a refletir (...) duas vertentes específicas: a política de privatização e de desburocratização da máquina estatal e o fortalecimento da associação entre a iniciativa privada e o serviço público" (TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. In: _____. *Temas de direito público*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 721-733. p. 730.).

[3] Consagrada é a construção de Norberto BOBBIO, que assimila a dualidade economia/política à dicotomia privado/público. Entretanto, esclarece que no mundo contemporâneo coexistem dois processos peculiares: a **publicização do privado** e a **privatização do público**. Atesta que "o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos" (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 27.). E sustenta ser o Estado o "lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social" (Ibid., p. 27.). [sem grifo no original]

Cumpre colocar em relevo ser primordial ao Estado permanentemente capacitar-se para evoluir em um processo de auto-renovação, por meio de ajustes e transformações, a serem concretizados de modo gradual.

Em virtude desse processo de constante adaptação que deve promover e ao qual deve se submeter, e a partir da noção de que o Estado contemporâneo há de assumir concomitantemente a posição de agente transformador e de paciente transformado, revela-se extremamente difícil identificar um modelo estatal específico e unificador de todas as organizações políticas desse início de século.

De todo o modo, há indícios suficientes no sentido de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas. Ao menos não de modo monopolístico e universal.

Isso se deve em virtude de duas razões.

Em **primeiro lugar**, porque assiste-se atualmente a uma repartição das responsabilidades entre Estado, iniciativa privada (responsabilidade social empresarial)[4] e sociedade civil (terceiro setor)[5] para a consecução de atividades que têm por fim gerar benefícios à coletividade. E, em **segundo lugar**, porque a universalidade na prestação direta de serviços públicos ou de benefícios de assistência social pelo Estado pode estar restrita a determinados serviços ou benefícios (não abrangendo a sua totalidade, portanto), ou ainda cingir-se a atender determinados segmentos da população (focalização de serviços e benefícios, portanto).

O processo de transformação estatal no mundo contemporâneo desenvolve-se em torno da noção de um feixe mínimo de atividades essenciais de Estado. Respeitado esse núcleo essencial de atribuições,[6] o Estado deixa de

[4] Intensifica-se mundialmente o movimento da **responsabilidade social empresarial**, compreendida como uma estratégia de sustentabilidade dos negócios privados, em que as organizações privadas lucrativas passam a contemplar em suas atividades diversos efeitos não-econômicos (social, ambiental, cultural, entre outros), agregando assim valores sociais às atividades comerciais por elas desenvolvidas. É o que a legislação brasileira prevê como **função social da empresa** ou **função social do empresário** (*v.g.* par. único do art. 116 e art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas), vetor para a prática de atividades econômicas, que assim gerariam benefícios públicos com o emprego de recursos privados. Sobre o tema e suas implicações na conceituação do interesse público, cf. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia.* Madrid: Inap, 1996. p. 265-268. Acerca do tema responsabilidade social empresarial, cf. GRAYSON, David; HODGES, Adrian. *Compromisso social e gestão empresarial*. São Paulo: Publifolha, 2002; MÂNICA, Fernando; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Empresas e investimento social. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 06 ago. 2002, p.13.

[5] Entende-se por **Terceiro Setor** o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados). Para um panorama mundial sobre o Terceiro Setor, cf. SALAMON, Lester M. et. al (Org.). *Government and the third sector*: emerging relationships in Welfare States. San Francisco: Jossey-Bass, 1992.

[6] Norberto BOBBIO elenca (i) o poder coercitivo (monopólio da força física), (ii) poder de impor tributos e (iii) poder jurisdicional (poder de julgar e decidir a razão e a sem razão; o justo e o

exercer algumas atividades (desestatização) e passa a exercer outras, mais consentâneas com o seu papel nesse quadro em constante mutação.

Há uma profusão de análises e construções teóricas acerca do tema.

Emerge com destaque a figura do **Estado regulador**, pois a regulação é tida por muitos como **a** função tipicamente estatal no mundo de hoje.

Vital MOREIRA confere essa nova atribuição estatal de **regulador da economia privada** a uma série de fatores: (i) redução do papel econômico do Estado, (ii) a privatização de empresas públicas, (iii) a diminuição dos poderes regulatórios, (iv) a liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime exclusivo público ou privado, (v) a limitação ou eliminação de serviços públicos e (vi) o fomento da concorrência nacional e internacional. Para o autor, o processo de desintervenção econômica do Estado produz um intenso reforço da atividade regulatória estatal. E isso ocorreria por cinco razões básicas: (i) importa regular o mercado para garantir a concorrência; (ii) importa regular o mercado em razão de seus limites e falhas eventuais, para que o mesmo possa então funcionar; (iii) importa regular para afastar ou atenuar as externalidades negativas do funcionamento da economia (p. ex. custos sociais associados a danos ambientais); (iv) importa regular para promover a proteção dos consumidores, e (v) importa regular para garantir as denominadas obrigações de serviço público.[7]

Marçal JUSTEN FILHO indica que o objetivo da regulação é "conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público".[8] Prossegue, afirmando que "especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios".[9] Portanto, a regulação estatal teria contornos abertamente promocionais, pois "todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado, são assumidas pelos particulares, mas assujeitadas a controle intenso e contínuo,

injusto) como **funções mínimas do Estado**, ou seja, "funções sem as quais o Estado não será mais Estado".(BOBBIO, Norberto. O dever de sermos pessimistas. In: _____. *As ideologias e o poder em crise.* 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 177-181. p. 178). Sustenta que "todas as outras funções que o Estado moderno se tem atribuído, desde a função de providenciar o ensino até a função assistencial, caracterizam o Estado não enquanto tal, mas certos tipos de Estado" (Id.).

[7] Cf. MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico. In: *Os caminhos da privatização da administração pública.* Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-247. p. 225-228. Consoante Vital MOREIRA, "a regulação estadual da economia é uma hetero-regulação, porquanto é exercida por uma instância estadual sobre os agentes económicos. (...) Mas a regulação pode ser auto-regulação quando os regulados são também os reguladores, através de esquemas organizatórios adequados, necessariamente através de decisões ou acordos estabelecidos por e entre as suas organizações associativas ou representativas" (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública.* Coimbra: Almeida, 1997. p. 52.).

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

[9] Ibid., p. 30.

com a finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum".[10]

Ainda em relação ao Estado Regulador, cabe ressaltar que a atividade regulatória contemporânea não está restrita tão-somente ao campo da economia. Ao lado dela, encontra-se a denominada **regulação social**.

Michel CROZIER demonstra preocupação com o tema, em sua clássica obra *Estado modesto, Estado moderno*. Considera o autor totalmente ultrapassada a separação entre o econômico (terreno do racional puro) e o social (terreno da justiça distributiva). Defende uma regulação do social (educação, saúde, assistência social) em bases diversas da regulação operada no campo econômico. Enquanto esta teria por foco a quantidade (segundo ele, um modelo colocado em xeque em atividades mais complexas), aquela teria por foco a qualidade e a relação humana:

A irrupção da concorrência japonesa fez explodir este modelo de racionalidade por demais perfeito, no mesmo momento em que a passagem para a sociedade pós-industrial, dominada pelos serviços e pela alta tecnologia, já começava a colocá-lo em questão. Nesta sociedade, de fato, o fator humano retoma a vantagem, os homens são cada vez menos intercambiáveis. Para permanecerem competitivas, as empresas devem mobilizar os recursos humanos dentro da organização e reintroduzir o cuidado com as complexas relações humanas no seu exterior, tanto com os clientes quanto com os fornecedores e empreiteiros. O social não se limita mais ao distributivo, mas torna-se um elemento essencial do conjunto dos fatores de produção. Trata-se no entanto de um outro social, não mais coletivo e categorizado, mas cada vez mais individualizado. O quantitativo, mais ainda que em qualquer outro campo, cede aí lugar ao qualitativo. Simultaneamente, aliás, o social à moda antiga já tendia a esgotar o econômico. Sua proliferação ameaçava o equilíbrio do racional. Os desvios provocados por ele faziam temer que, rapidamente, todo o produto nacional bruto viesse a ser absorvido pela irresistível mecânica do sempre mais despesas de saúde, de assistência e de educação.[11]

Com efeito, além de regulador econômico e social, o desempenho estatal em prol do desenvolvimento humano e comunitário é visto como uma das funções mais típicas na atualidade.

Conforme foi ressaltado, isso não mais ocorre, necessariamente, por intermédio da figura do Estado provedor de bens e serviços. É que há uma generalizada expectativa no sentido de que a vocação do Estado contemporâneo seja a de configurar-se em agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social.

Sob tal perspectiva, destacam-se três construções teóricas.

---

[10] Ibid., p. 28.

[11] CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno:* estratégia para uma outra mudança. Brasília: FUNCEP, 1989. p. 99-101.

Gaspar ARIÑO ORTIZ enfatiza - ao lado do Estado regulador - a concepção do **Estado financiador**, concentrado na atividade de **fomento**, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de **colaboração** do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo.[12]

De grande repercussão mundial, é a formulação do **Estado do Investimento Social,** de autoria de Anthony GIDDENS, um dos idealizadores da versão contemporânea da denominada **terceira via.**[13]

Partindo da crise do Estado do Bem–estar Social, GIDDENS propõe uma nova forma de organização da economia, denominada **economia mista.**[14] Por meio dela, buscar-se-ia uma sinergia entre os setores público e privado, com a utilização do dinamismo dos mercados sem perder de vista o interesse público.

Afirma GIDDENS que esse modelo econômico "envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação, num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não-econômico na vida da sociedade".[15] Em substituição ao modelo do *Welfare State*, o autor propõe uma

---

[12] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Princípios de derecho público económico*: modelos de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 1999. p. 290.

[13] Norberto BOBBIO explica que o termo procura indicar a "ideologia segundo a qual uma meta, que é o socialismo, pode e deve ser alcançada através de um método, que é a democracia" (BOBBIO, Norberto. A via democrática. In: _____. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed., 1999. p. 160-164. p. 160.). GIDDENS define a **terceira via** como uma estrutura de pensamento e de prática política que visa adaptar a social-democracia a um mundo que se transformou fundamentalmente ao longo das duas últimas décadas. É uma terceira via no sentido de que "é uma tentativa de transcender tanto a social-democracia do velho estilo quanto o neoliberalismo" (GIDDENS, Anthony. *A terceira via*: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 36.). Os valores da terceira via seriam a igualdade, a proteção aos vulneráveis, liberdade como autonomia, inexistência de direitos sem responsabilidades, autoridade com democracia, pluralismo cosmopolita e conservadorismo filosófico. Como programa da terceira via, sugere: centro radical, novo Estado democrático, sociedade civil ativa, família democrática, nova economia mista, igualdade como inclusão, *welfare* positivo, Estado do investimento social, nação cosmopolita e democracia cosmopolita. Para o autor, os integrantes dessa corrente devem estimular a colaboração internacional em cinco linhas básicas: (i) governo da economia mundial, (ii) gerenciamento ecológico global, (iii) regulamentação do poder corporativo, (iv) controle do *welfare*, e (v) promoção da democracia transnacional (GIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 126.).

[14] Vital MOREIRA sustenta que "a verdade é que hoje as economias capitalistas são mistas quanto ao modelo de coordenação, na medida em que combinam em doses variáveis a coordenação estadual, a coordenação pelo mercado e a auto-regulação, por intermédio dos próprios agente económicos. Dizer que uma economia é de mercado é dizer apenas que nela predomina o princípio da coordenação pelo mercado. Nenhuma economia, por mais liberal que seja, dispensa hoje níveis de regulação mais ou menos intensa ..." (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, 1997. p. 32.).

[15] GIDDENS, Anthony. *A terceira via,* 2000. p. 110.

sociedade de *welfare*, baseada em uma estrutura de *welfare* positivo, em que "os próprios indivíduos e outras instituições além do governo contribuem".[16]

Importante apresentar a **concepção desenvolvimentista de Estado**, formulada por Amartya SEN. Para o autor, desenvolvimento é "um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam".[17] E expansão da liberdade é o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento. Assim, existiriam as **liberdades substanciais** (liberdade como fim do desenvolvimento),[18] representadas pelas capacidades elementares, tais como (i) ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição e a morte prematura, além daquelas correspondentes a saber ler, ter participação política e liberdade de expressão. Por outro lado, as **liberdades instrumentais** (liberdade como meio do desenvolvimento), representam o modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e garantias contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento.[19] SEN enumera (i) as liberdades políticas, (ii) as facilidades econômicas, (iii) as oportunidades sociais, (iv) as garantias de transparência e (v) a segurança protetora como espécies de liberdades instrumentais.

Um dos aspectos mais consideráveis do **Estado desenvolvimentista** é que, embora SEN aponte que Estado e sociedade têm ambos o papel de fortalecimento das habilidades, capacidades e competências humanas, **resta claro tratar-se de função estatal a harmonização da perspectiva do crescimento econômico com o desenvolvimento humano e comunitário**.

Por óbvio, seria possível elencar várias outras construções teóricas que procuram explicar o atual papel do Estado no cenário mundial.

Contudo, agregando ao que foi exposto nesse item, concorda-se com afirmação de Norberto BOBBIO, registrada em obra publicada em 1985, para quem "**o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império**".[20]

Dessarte, espera-se que o Estado contemporâneo aguce sua capacidade de agente conciliador dos conflitos imanentes à sociedade policêntrica da atualidade, não somente estabelecendo canais de participação e interlocução com seus representantes (**participação administrativa**), mas igualmente criando vínculos, acordos, alianças e parcerias com as entidades empresariais e sociais (**concertação administrativa**).

Dessume-se que a negociação não configura uma novidade do Estado contemporâneo. Há tempos o Estado reconhece e utiliza métodos consensuais,

---

[16] Ibid., p. 127.

[17] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 52.

[18] Ibid., p. 53.

[19] Ibid., p. 55.

[20] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed., 1987. p. 26.

consagrando os **contratos** como formas adequadas à instrumentalização de compromissos no território das **relações patrimoniais**. Isso acontece sobretudo quando o objetivo visado é adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos.

É o campo denominado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ de **colaboração** ou **intercâmbio patrimonial,** em que a Administração pública "paga dinheiro ou transfere possibilidades de atuações a ela reservadas em troca de bens ou de serviços que busca e que recebe".[21]

Entretanto, as transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo fazem com que o emprego do contrato ultrapasse a mera obtenção de resultados econômicos ou patrimoniais.

Por isso, concorda-se com Gaspar ARIÑO ORTIZ, para quem o modelo estatal contemporâneo traduzir-se-ia em um **Estado contratual:**

Do ponto de vista organizativo e institucional isso significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações, governamentais, privadas e o que vem sendo denominado "terceiro setor" (público-privado), assumiriam a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Isso não é uma invenção, é simplesmente a volta do antigo sistema da "concessão", do "concerto" ou da "empresa mista" como forma de realizar a gestão privada das atividades públicas. É também a volta do princípio da subsidiariedade, o qual recebe atualmente novas formulações. **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**.[22] [sem grifo no original]

Ao que parece, **o fim do Estado contemporâneo é o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade**. Eis uma leitura atualizada da consagrada expressão **bem comum**, entendida pela doutrina clássica como a finalidade a ser perseguida pelo Estado.

Assim, afloram novos modelos consensuais e novas formas contratuais, especificamente formatados para serem utilizados pelo Estado para promover o desenvolvimento. Essa nova dinâmica contratual no setor público possui bases distintas da tradicional modelagem do **contrato administrativo**, evidenciando linhas de transformação do contratualismo administrativo clássico.

---

[21] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, v. 1, p. 660.

[22] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. tiempo. In: _____ (Org.). *Privatización y liberalización de servicios.* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 19-35. p. 26.

Antes de examinar essa perspectiva evolucionista contratual, insta explicitar a existência em nosso sistema constitucional de um proeminente direito fundamental: o **direito ao desenvolvimento**.

2. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não há dúvidas de que a crise do modelo providencialista pôs em xeque a figura do **Estado prestador**, trazendo à baila a discussão em torno de uma co-responsabilidade entre Estado, empresas e sociedade na busca da concretização de uma extensa lista de direitos - sobretudo aqueles com sede constitucional - e portanto caracterizados formal e materialmente como **direitos fundamentais**.[23]

Em que pesem as inúmeras 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**. E se no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a **pessoa humana**, cumpre à organização estatal - mormente por meio de seu aparato administrativo - exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: **a dignidade da pessoa humana** (inc. III do art. 2° da Constituição Brasileira).[24]

Ainda que o protagonismo social visando a realização desses direitos tenha sido reforçado diante da crise do modelo estatal providencialista (Terceiro Setor),

---

[23] Para Jorge MIRANDA, direitos fundamentais são "direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquantos tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4, p. 7.); "são direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade ..." (Ibid., p. 9.). Robert ALEXY sustenta que direitos fundamentais em sentido formal seriam posições tão importantes que a decisão sobre sua outorga (ou não outorga) não pode estar inserida no campo da lei ("simples maioria parlamentar"). Por seu turno, a concepção material de direitos fundamentais é determinada pelo conceito de dignidade da pessoa. E acrescenta, no que tange aos direitos à prestações do Estado, que "toda a concepção material dos direitos a prestações inclui uma resposta à questão de saber se, desde o ponto de vista do direito constitucional, as posições de direitos a prestações que se têm em mira são tão importantes que não podem ser confiadas à simples maioria" (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 432-435.).

[24] Marçal JUSTEN FILHO afirma que "a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. (...) O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada. (...) Não há valor que possa equiparar-se ou sobrepor-se à pessoa humana, que é reconhecida como integridade, abrangendo aspectos físicos como também seus aspectos imateriais" (JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999. p. 125.).

defende-se que o Estado somente cumprirá sua tarefa constitucional de efetivação dos direitos sociais se impulsionar o **crescimento econômico**.

No entanto, para atingir tal fim o Estado não deve se ocupar tão-somente com o crescimento econômico, mas principalmente com a promoção do desenvolvimento, em todas as dimensões federativas.

Nesse sentido, André Ramos TAVARES:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre iniciativa e a livre concorrência, serão essenciais para que se implemente aquele grau de desenvolvimento desejado.[25]

Assim, possível é colocar em evidência um itinerário obrigatório a ser percorrido pelo ente estatal, mormente em respeito aos valores fundamentais do Estado Brasileiro dispostos no art. 1° da Lei Maior.

Isso significa que mesmo diante da escassez de recursos públicos - fato que eventualmente pode ser tido como obstáculo para a efetivação de direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos - o Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumpre promover uma série de outras ações (v.g. fomento, regulação, parcerias), as quais igualmente visam promover os valores fundamentais.

Basicamente, tais medidas ou providências estatais tendem a perseguir o desenvolvimento, o qual tem em seu cerne a valorização da pessoa humana. Estado, Governo e Administração pública constituem-se, portanto, em intermediadores e promotores constitucionalmente vocacionados do desenvolvimento nacional.

Dessarte, reconhece-se no direito brasileiro um **direito ao desenvolvimento**, qualificado como **direito fundamental decorrente**, nos termos do § 2° do art. 5° da Constituição da República.

Em sua parte introdutória, a *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento* da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu que “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na

[25] TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: Método, 2003. p. 68.

distribuição justa dos benefícios daí resultantes".[26] Configurando o **direito ao desenvolvimento** como um **direito humano inalienável** de titularidade das pessoas e dos povos, o documento reconhece que **a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento** (art. 2.1).

Insta destacar o papel de **responsável primário** dos Estados na efetivação desse direito, previsto nos seguintes artigos da Declaração:

> Art. 2.3 Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa dos benefícios daí resultantes.
>
> Art. 3.1 Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.
>
> Art. 6.3 Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais.
>
> Art. 8.1 Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade a todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habilitação, emprego e distribuição equitativa da renda. (...) Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.
>
> Art. 8.2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.
>
> Art. 10 Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.

Considerando o processo evolutivo dos direitos fundamentais, o **direito ao desenvolvimento** insere-se no segmento dos denominados **direitos fundamentais de terceira dimensão**.

Os **direitos fundamentais de terceira dimensão**, conhecidos por expressarem valores atinentes à solidariedade e à fraternidade,[27] são construídos em torno da titularidade coletiva ou difusa de um certo elenco de direitos, fruto de reivindicações e destinados à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas. Enfim, destinam-se ao genêro humano, em

---

[26] Resolução n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, 04 dez. 1986.

[27] Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO registra que "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.). Informa que foi Karel VASAK em 1979 quem primeiro chamou a atenção para um terceira dimensão de direitos fundamentais, denominando-os de **direitos da solidariedade** (Id.).

sentido amplo. Originalmente formatados no âmbito internacional, seriam aqueles direitos decorrentes da percepção da divisão do mundo entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, nascendo na segunda metade do século XX, a partir de reflexões sobre temas como desenvolvimento, meio ambiente e paz, entre outros. Entretanto, solidificou-se o entendimento segundo o qual tratam-se de direitos dessa dimensão os relativos (i) ao desenvolvimento, (ii) à autodeterminação dos povos, (iii) à paz, (iv) ao meio ambiente e à qualidade de vida, (v) à conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade – histórico e cultural, e (vi) à comunicação.[28]

No que tange ao **direito ao desenvolvimento**, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO assevera que a titularidade pode ser tanto individual, quanto coletiva. Tratando-se de um direito individual, o autor sustenta que sua realização ocorreria por meio da efetivação dos direitos sociais, "particularmente no direito à educação e nos direitos culturais".[29] Tratando-se de um direito coletivo ou difuso, aponta que a demanda por sua efetivação suscita dúvidas com relação à responsabilidade do Estado, de outros povos ou da comunidade internacional.

Nesse aspecto, citando posicionamento de Etiene-R. MBAYA, Paulo BONAVIDES afirma que "o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos (...); relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada".[30]

Insta reiterar a construção do **Estado desenvolvimentista** de Amartya SEN, para quem "o objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. As capacidades individuais dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas".[31] Sustentando que "o Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas",[32] SEN destaca que "as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas - dada a oportunidade - na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento".[33]

Nesse sentido, no terreno da efetivação do direito ao desenvolvimento, resta evidenciada a **função estatal de promoção do desenvolvimento dos indivíduos.** É a **responsabilidade estatal primária,** repetidamente veiculada na

---

[28] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 1995. p. 57-68.

[29] Ibid., p. 65.

[30] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 523. Esclarece o autor que o formulador do direito ao desenvolvimento foi Etine-R. MBAYA, objeto de uma aula que inaugurou os Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em 1972 (Id.).

[31] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2000. p. 71. Acerca do tema das liberdades, cf. SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[32] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2000. p. 71.

[33] Id.

Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da ONU. As liberdades e oportunidades assinaladas por Amartya SEN, devem ser realizadas e garantidas pelo Estado, como meios para o exercício do direito ao desenvolvimento, e se consubstanciam em necessárias ações e intervenções levadas a cabo, prioritariamente, pela organização política em que os indivíduos encontram-se inseridos.

Embora não expressamente previsto na Constituição Brasileira de 1988, entende-se que o **direito ao desenvolvimento** é um **direito fundamental decorrente**, nos termos do § 2° do art. 5° da Constituição da República.

Ingo Wolfgang SARLET sustenta que os **direitos fundamentais fora do catálogo** podem ser **escritos** (presentes na Lei Maior ou em tratados internacionais) ou **não-escritos, decorrentes do regime e dos princípios**. O autor aponta que para serem assim qualificados, os direitos fundamentais fora de catálogo devem preencher os critérios de conteúdo e importância (substância e relevância), para que possam ser equiparados aos direitos integrantes do elenco do Título II da Constituição Brasileira.[34]

No preâmbulo da Constituição Brasileira restou consolidado que ao Estado Democrático por ela instituído cabe assegurar, entre outros valores supremos da sociedade, o **desenvolvimento**. Por seu turno, o inc. II do art. 3° da Lei Maior expressa ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil **garantir o desenvolvimento nacional**, cabendo à lei estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (§ 1° do art. 174). No entanto, insta ressaltar que o significado do termo, notadamente no sentido em que é empregado no Texto Constitucional - um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro - não está adstrito a aspectos econômicos.

Para Celso FURTADO é irrealizável - e por isso representaria um mito - o **desenvolvimento econômico** entendido como a idéia de que os países com economias menos desenvolvidas podem algum dia desfrutar das formas de vida dos atuais países detentores de economias bem desenvolvidas. E aponta que diante dessa falsa idéia de desenvolvimento "tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abrem ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos, como são os investimentos, as exportações e o crescimento".[35]

Entretanto, cumpre destacar a análise de Calixto SALOMÃO FILHO sobre a **concepção jurídica do desenvolvimento econômico**, adaptada à realidade dos países subdesenvolvidos, em que deve ocorrer "a difusão forçada do

---

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99.

[35] FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 89.

conhecimento econômico em razão da inexistência de mecanismos desenvolvidos para tanto".[36] Nessa linha, enfatiza o autor:

Característica comum a quase todos os países subdesenvolvidos é a extrema concentração de poder econômico. Esta concentração de poder limita a expressão das preferências e a habilidade da sociedade para mudar e crescer. Limita a mudança pois esta não é possível sem o conhecimento dos problemas e dos objetivos que a sociedade como um todo deseja perseguir. Limita o crescimento porque, como visto, a existência de centros propulsores de desenvolvimento baseados na demanda (consumidores) não é compatível com a concentração do conhecimento econômico.[37]

Entre os princípios que orientam a concepção jurídica do desenvolvimento econômico, impõe-se destacar o **princípio redistributivo**, cujo sentido é o de atribuir ao Estado a incumbência de redistribuição das riquezas (principalmente via universalização de serviços), como forma de conferir eficiência à ação estatal. Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, é a figura de um Estado que "deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos".[38]

Assim, parece óbvio que a promoção do desenvolvimento há de visar a realização da **dignidade da pessoa humana**, e por isso estende-se a aspectos mais amplos, como os de natureza política, social, cultural e ambiental, entre outros.

Eis as razões pelas quais entende-se que a Carta Constitucional de 1988 contemplou o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental, o qual deve ser plenamente satisfeito pelo Estado Brasileiro.

A seguir, serão analisadas algumas implicações das noções **Estado contratual** e **direito ao desenvolvimento** para a evolução da **teoria clássica dos contratos administrativos**.

3. LINHAS DE TRANSFORMAÇÃO DO CONTRATUALISMO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO

Embora tenha havido forte resistência à aceitação do contrato como um modo normal de atuação da Administração pública,[39] consolidou-se a

---

[36] SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *Revista de Direito Público da Economia,* Belo Horizonte, a.1, n. 1, p. 15-44, jan./mar. 2003. p. 25-26.

[37] Ibid., p. 26.

[38] Ibid., p. 33.

[39] Praticamente superados, os argumentos defendidos pela doutrina negativista do contrato como modo de atuar administrativo seriam (i) desigualdade das partes, (ii) falta de autonomia da vontade da Administração, (iii) incompatibilidade com as exigências do princípio da legalidade e (iv) rigidez do contrato e a mutabilidade do interesse público. Sobre o tema conferir

compatibilização da lógica da autoridade com a lógica do consenso,[40] redundando na figura do **contrato administrativo** como uma categoria jurídica do direito administrativo.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO define **contrato administrativo** como "um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado".[41]

Indubitavelmente, é a **vinculação direta e imediata ao interesse público** o elemento que qualifica um contrato como sendo um contrato administrativo.

Hector Jorge ESCOLA afirma que "os contratos administrativos (...) têm uma finalidade específica e própria (...) qual seja, a satisfação e o atingimento do interesse público, das necessidades coletivas, sendo precisamente essa finalidade a que lhes confere e define a natureza jurídica, efeitos e consequências específicas".[42] Continuando, o autor explicita que em virtude disso, os contratos administrativos "estão sujeitos a formalidades especiais, previstas pelo direito administrativo, podendo conter cláusulas que são exorbitantes do direito privado, mas admissíveis no direito público".[43]

Um contrato administrativo é um **negócio jurídico bilateral**, pois para a sua formação demanda-se o obrigatório concurso de ao menos duas declarações de vontade, sendo que uma delas há de provir necessariamente de uma Administração pública. Nesse ponto reside a exigência do prévio **consenso** das partes, fator que acarretará a formação do vínculo gerador dos efeitos jurídicos típicos de uma relação administrativa de índole contratual.

Entretanto, insta acentuar que uma das conseqüências da imprescindível bilateralidade do contrato administrativo não é a equiparação ou igualdade de

---

análise de NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*: reflexões acerca da sua admissibilidade. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 17-47.

[40] É o que Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO denomina **lógica do contrato administrativo**, em que "de um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. (...) De outro, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 572-573.). Para o autor, "há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados" (Ibid., p. 573.). Em síntese, trata-se da "conjugação da consensualidade (própria de todo o contrato) com a autoridade (própria do contrato administrativo)" (GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 32.).

[41] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 15. ed., 2003. p. 570.

[42] ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo.* Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 160.

[43] Id.

posições entre as partes, e sim o **nivelamento das vontades declaradas** ou, na expressão de José Manuel Sérvulo CORREIA, a "igual valia das vontades".[44]

Em razão da magnitude dos interesses perseguidos e geridos pela Administração pública (interesse público), não seria incorreto afirmar que dependendo da conformação jurídico-normativa dos contratos administrativos, se os efeitos da bilateralidade encontram-se fortes na **formação dos contratos administrativos**, os mesmos vão sendo relativamente diluídos ou enfraquecidos no transcurso da relação instaurada pelo ajuste.

Na **execução dos contratos administrativos** isso se torna evidente, pois o ordenamento confere à Administração-contratante prerrogativas de atuação unilateral sobre o particular-contratado, independentemente de sua prévia aquiescência. Nas formas de **extinção dos contratos administrativos** esses poderes unilaterais igualmente são previstos no ordenamento, pois há hipóteses de extinção do vínculo contratual por vontade exclusiva da contratante, sem que para isso o contratado concorra com sua culposa inexecução.

E mesmo na **formação dos contratos administrativos** visualiza-se um abrandamento dos efeitos oriundos dessa bilateralidade, pois uma das características de tais ajustes encontra-se no fato de representarem autênticos **contratos de adesão**, com a imposição, pela Administração pública, da quase totalidade das cláusulas que comporão o quadro regulatório da relação. Por isso André de LAUBADÈRE sustenta que "o contrato administrativo é um contrato desigualitário, mas um contrato desigualitário não é um ato unilateral".[45]

No entanto, conforme registram Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, não é possível ignorar que hodiernamente a "Administração negocia e que a negociação converteu-se em um instrumento imprescindível para a tarefa de administrar".[46]

No contexto da intensificação do emprego de formas negociais no Estado contemporâneo, Sabino CASSESE defende a existência de **novos paradigmas do Estado**, os quais "colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, da natureza do poder público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas

---

[44] CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra: Almedina, 1987. p. 347.

[45] LAUBADÈRE, André et al. *Traité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1983. v. 1, p. 71. Em razão da posição da Administração e do co-contratante no equilíbrio contratual, Diogo Freitas do AMARAL classifica os contratos administrativos em **contratos de subordinação** e **contratos de cooperação**. Nos primeiros, "a Administração manda, ordena, dirige, fiscaliza e pune (...) enquanto o particular obedece", ao passo que nos últimos "o contrato administrativo faz nascer relações de igualdade entre as partes, que cooperam no mesmo plano - são os contratos de cooperação paritária (que tanto podem ser contratos entre entidades públicas, como contratos entre entidades privadas, ou ainda contratos de apoio da Administração ao sector privado)" (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2, p. 558-559.).

[46] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. v. 1, p. 663.

implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas".[47] Um desses novos paradigmas seria **o fortalecimento da negociação na esfera da Administração pública, expressada por via de acordos**, em que "passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação".

Para Sabino CASSESE, o **paradigma bipolar Estado-cidadão** daria lugar ao **paradigama multipolar**, em que "interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional. Não há distinção ou oposição público-privado, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado".[48] E inerente ao paradigma multipolar é a presença de múltiplos agentes e interessados na discussão de assuntos públicos, fato que eventualmente redunda em acordos, exigindo para tanto "permutas recíprocas, fundadas sobre a negociação".[49]

A expansão do consensualismo na Administração pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada **Administração consensual**, e a mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela **lógica da autoridade** permanentemente flexionada pela **lógica do consenso**.

Por outro lado, é inegável que se assiste hodiernamente a uma aproximação entre o regime de direito público e o regime de direito privado, que aliás constituiu-se em uma das prospecções para a Administração pública contemporânea, apontada por Massimo Severo GIANNINI em 1980. À época o autor registrou que "o direito administrativo, como normativa pública de caráter autoritário, tende a reduzir-se, e as zonas que abandona são ocupadas novamente pelo direito privado".[50]

Nesse sentido, defende-se atualmente ser possível à Administração optar por formas de organização e de atuação oriundas do regime privado, sempre que o ordenamento não veicular uma vedação (explícita ou implícita) que afaste tal opção.

Todavia, não é o caso de posicionar-se favoravelmente à integral submissão das relações negociais administrativas aos ditames do regime jurídico privado. Visando a contenção da fuga da Administração pública para o direito privado, Maria João ESTORNINHO sustenta ser possível a circunscrição da atividade administrativa a um regime privatístico, desde que exija-se da

---

[47] CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: _____. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 101-160. p. 159.

[48] Ibid., p. 159.

[49] Ibid., p. 106.

[50] GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. p. 83.

Administração "a par das normas jurídico-privadas, ter em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público".[51]

Sob o enfoque eminentemente contratual, essas transformações não passam desapercebidas por Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

Todavia, se, na vigência do antigo Código Civil brasileiro, os contratos de direito privado estavam alicerçados em princípios opostos aos contratos administrativos, as recentes alterações do novo Código Civil caminham num sentido de aproximação dos institutos. O *pacta sunt servanda*, que constituía mola mestra dos contratos regidos pelo direito privado, foi substituído pelo princípio da função social dos contratos, como se depreende do art. 421 do novo Código Civil: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Defronta-se com o vetusto princípio *pacta sunt servanda*, exaltado, expressamente, pelos Códigos Civil francês (art. 1.134) e italiano (art. 1.372) para, atenuando a autonomia da vontade, promover a realização de um justiça comutativa. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. O negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1° CF), deve prescrever a ordem econômica e jurídica.[52]

A aproximação do regime de direito público e do regime de direito privado, apontada como uma linha de transformação do direito administrativo contemporâneo,[53] surte efeitos na tratativa principiológica, dogmática e legislativa

---

[51] ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 160-161. Cf. ainda RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones públicas y derecho privado.* Madrid: Marcial Pons, 1998.

[52] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: _____ et al (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo*: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 307-326. p. 317. Sobre o tema, cf. SOTO KLOSS, Eduardo. La contratacion administrativa: um retorno a las fuentes classicas del contrato. *Revista de administración publica*, Madrid, n. 2, p. 569-585, 1978.

[53] Convém ressaltar que a própria noção de patrimonialidade vem sendo colocada em xeque (ou ao menos relativizada) como conteúdo das relações contratuais no direito privado. Na atualidade, a estreita ligação entre direito constitucional e direito civil vem provocando mudanças significativas nos paradigmas clássicos do direito privado. Alude-se à repersonalização, funcionalização e despatrimonialização dos institutos clássicos do direito civil, com fortes reflexos no direito contratual. Nessa linha, Luiz Edson FACHIN afirma que "são visíveis as novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil: a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática ..." (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 314.). A patrimonialidade inerente às relações contratuais acaba sofrendo inflexões, por exemplo, dos valores e princípios constitucionais relativos à função social da propriedade, levando Luiz Edson FACHIN a afirmar que "a garantia do direito de propriedade é, também, a garantia do patrimônio mínimo do cidadão" (Ibid., p. 301.). Ainda consoante o autor, "o sujeito de direito, nesse contexto, se concretiza quando na prática, ele se torna sujeito do patrimônio, pelo que o estatuto

correspondente aos contratos firmados pela Administração pública, suscitando a reavaliação dos institutos e procedimentos existentes.

As mudanças acima expostas levam à reformulação da tradicional abordagem dos procedimentos pré-negociais e negociais observados pela Administração, com maior abertura para o diálogo acerca das cláusulas que irão reger a relação jurídica a ser instaurada pela via do ajuste.

Em franco desenvolvimento encontra-se o **novo contratualismo administrativo**, o qual se desenvolve em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, parecendo sinalizar para uma maior paridade entre Administração e particular, assim como para uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes (comutatividade). Daí aludir-se à expressão **Administração pública paritária**, para caracterizar uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, originando relações jurídicas que tendem a considerar Administração e particulares em uma situação mais próxima à horizontalidade, em que o ordenamento confere a ambos um tratamento mais isonômico.

Mesmo nos contratos qualificados como tradicionais, essas transformações podem ser visualizadas.

Exemplificando, a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido em sede de contratos administrativos vem sofrendo abrandamentos em seu significado e extensão, levando autores como Romeu Felipe BACELLAR FILHO a afirmar que "mesmo a continuidade do serviço público não poderia justificar a ruína do particular; valendo a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* sempre que se caracterize, no caso concreto, situação de (razoável) impedimento da execução contratual pelo particular, detectado com base num juízo de razoabilidade radicado no valor justiça".[54]

Sob a ótica desse **novo contratualismo administrativo**, Sabino CASSESE prega a necessidade da **reciprocidade de concessões** entre a Administração pública e particulares, situações geradores de **acordos administrativos**. Segundo o autor, o **enfoque da negociação** significa que Administração pública, empresas, organizações não-governamentais e cidadãos natural e mutuamente **cedem** sobre pontos relativos ao objeto em discussão, favorecendo a obtenção de um **equilíbrio de interesses originalmente contrapostos**, os quais permaneceriam contrapostos se não fosse pela ocorrência de trocas e concessões entre as partes.[55]

Eis uma das principais conseqüências da intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo. O **caminho da negociação** - e não o **percurso da imposição** - para a composição de eventuais dissensos entre as partes,

---

de acesso ao patrimônio mínimo é um elemento fundamental. Nessa perspectiva, estudar o Direito Civil significa estudar esses princípios a partir da Constituição" (Id.).

[54] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato administrativo,* 2004. p. 320.

[55] CASSESE, Sabino. *La arena pública*, 2003. passim.

pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas.

Com isso, a **verticalização** entre a Administração pública e o particular nas relações contratualizadas é - em algumas hipóteses - fortemente atenuada ou mesmo afastada. É que em um cenário em que vigora a necessidade da realização de **parcerias**,[56] não há como sustentar uma relação de total subordinação entre a Administração e as entidades parceiras.

Alude-se à expressão **Administração concertada,** "em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados ...".[57]

Por outro lado, enfatizou-se que Estado, Governo e Administração pública originalmente são encarados como intermediadores e promotores constitucionalmente vocacionados do **desenvolvimento nacional**. Contudo, optando pela **parceria com a iniciativa privada** para atingir esse fim,[58] resta claro que o parceiro privado estará em uma posição distinta das situações ocupadas pelo particular enquanto mero fornecedor de bens e serviços, ou mesmo delegatário para a execução de serviços públicos nos termos e na forma em que a Administração determinar.

Assim, ajustes que pretendam formalizar **parcerias** entre os setores público e privado (lucrativo e não lucrativo), visando promover o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país, devem ser permeados por novos parâmetros e instrumentalizados por meio de novas formas jurídicas.

No que tange à delegação dos serviços públicos - notadamente daqueles referentes à infra-estrutura - a temática das **parcerias** vem provocando mudanças

---

[56] Importa destacar que o caráter polissêmico do termo **parceria** é manifesto. Sem embargo, concorda-se com Jean-Pierre GAUDIN, autor que alude à idéia de parceria para genericamente representar as "convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que denomina-se associações da 'sociedade civil'". GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 14. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 33-34.

[57] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. v. 1, p. 661.

[58] Marçal JUSTEN FILHO aponta uma configuração econômica e uma configuração jurídica para o vocábulo **parceria.** Em sua configuração econômica, parceria retrata "contrato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos se associam para exploração de certo empreendimento, mantendo (em princípio) cada qual autonomia jurídica e desempenhando atividades em nome próprio. Há conjugação econômica das atividades, com previsão de partilha dos lucros, se houver" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003. p. 138.). Por outro lado, em sua configuração jurídica manifesta-se por meio de um contrato associativo, em que "uma pluralidade de sujeitos obriga-se a contribuir com seus recursos e (ou) esforços para a realização de um fim comum" (Id.). Para o autor, a característica fundamental da parceria é a partilha de resultados (Ibid., p. 139.).

na disciplina normativa a que são submetidas as relações negociais em que a Administração pública é parte.

Constatada uma evolução no desenvolvimento das relações administrativas em geral (admite-se o contrato, ao lado do ato administrativo, como um "processo próprio do agir da Administração pública"),[59] parece claro que essa nova forma do agir administrativo resulta na ampliação das bases consensuais naquele campo em que consenso e bilateralidade são elementos indispensáveis: a atividade administrativa negocial.

Certamente que esses fenômenos devem ser interpretados sob a égide do regime jurídico-normativo a que se encontra vinculada a Administração pública de um dado país. No entanto, o que vem recebendo constantes influxos dessa nova realidade é justamente a disciplina normativa a que são submetidas as relações negociais em que a Administração é parte, implicando, além de intensos câmbios na legislação preexistente, a criação de aparatos legislativos mais adequados ao desenvolvimento dessas relações preferencialmente paritárias.

No Brasil, os **contratos de parceria público-privada**[60] são um reflexo dos câmbios assinalados, e serão analisados a seguir.

4. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Sem desconsiderar que em algumas unidades federativas foram aprovadas leis sobre a matéria,[61] atualmente é a Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de **parceria público-privada** (PPP) no âmbito no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.[62]

Está-se diante de uma nova figura a ser empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração pública e os particulares em bases normativas diversas daquelas representadas pelas disposições inseridas nas Leis federais n. 8.666/93 e n. 8.987/95.

---

[59] CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos,* 1987. p. 396.

[60] Nesse trabalho, será utilizada a sigla PPP, amplamente difundida para caracterizar os contratos de parceria público-privada.

[61] Cf. Lei do Estado de Minas Gerais, n° 14.862, de 16.12.03; Lei do Estado de Santa Catarina, n° 12.930, de 04.02.04; Lei do Estado de São Paulo n° 11.688, de 19.05.04; Lei do Estado de Goiás n° 14.910, de 11.08.04; Lei do Estado do Ceará n° 13.557, de 30.12.04 e Lei do Estado do Rio Grande do Sul, n° 12.234, de 13.01.05.

[62] O diploma legislativo assinalado visa instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, O projeto de lei foi encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 19.11.03, tendo tramitado na Câmara dos Deputados sob o n° 2.546/2003 e enviado ao Senado Federal em 24.03.04, onde tramitou sob o n° 10/2004.

As PPPs podem ser entendidas como "parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado, com o objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infraestrutura habitualmente prestados através de mecanismos tradicionais como os contratos públicos".[63]

Inserem-se em um cenário de escassez de recursos orçamentários para a execução de projetos de altos custos, em que existe um grave déficit de projetos estruturantes em áreas como transportes, saneamento básico e saúde.[64]

A experiência estrangeira para a realização e gestão de grandes infra-estruturas e de serviços coletivos vem fazendo uso da PPP, pois há um entendimento corrente no sentido de que tais contratos atualmente traduzem-se na forma mais adequada de assegurar serviços públicos de melhor qualidade, com menores custos para a sociedade.

Subjacentes a essa nova modalidade contratual estão noções como (i) alta complexidade do objeto, execução e acompanhamento do ajuste, (ii) elevado nível de riscos a serem enfrentados pelos parceiros, em função do montante dos recursos financeiros envolvidos, das incertezas sobre os custos de construção e de operação e das dúvidas atinentes aos rendimentos a serem alcançados, (iii) estabelecimento de garantias especiais conferidas pelo parceiro público ao parceiro privado, destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração, e (iv) dificuldade em atingir-se - em sede contratual - a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais sejam, os do parceiro público, do parceiro privado e da coletividade em geral.

Nessa última característica jaz um aspecto que há de ser devidamente salientado, pois manifesta uma autêntica (r)evolução em matéria de contratualização no setor público.

Diversamente dos contratos disciplinados pelas Leis federais n. 8.666/93 e 8.987/95, as comumente denominadas **cláusulas exorbitantes** não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas PPP. Com efeito, a tônica é justamente a ampliação das bases da negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento da (imanente) bilateralidade desse negócio jurídico.

---

[63] NAMBLARD, Corinne. Para um enfoque pragmático da parceria público-privado. In: CHATELUS, Gautier; PERROT, Jean-Yves (Dir.) *Financiamento das infraestruturas e dos serviços* coletivos: o recurso à parceria público-privado: os exemplos da experiência francesa no mundo. Paris: DAEI, 1994. p. 13-28. p. 15. Sobre associações mistas, envolvendo diferentes partícipes públicos e privados, cf. FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto S. Parcerias em projetos de infra-estrutura. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 233, p. 419-429, jul./set. 2003.

[64] Dados extraídos de SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*: aspectos jurídicos. Palestra proferida no Congresso Ibero-Americano de Direito Administrativo, Curitiba, 2003. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. 2004. Disponível em: <http://www.baceventos.com.br/restrito/PPPmjf(2).doc> Acesso em: 05 de dezembro de 2004 e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgard (Org.). *Cenários do direito administrativo*: estudos em homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 273-317.

Infere-se isso da enumeração proposta pelo art. 5° da Lei federal n. 11.079/04, o qual dispõe que "as cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas".

Como todo e qualquer contrato (privado ou público), o parceiro público e o parceiro privado da PPP desejam obter benefícios da relação. Todavia, tais objetivos naturalmente possuem pontos de convergência (*v.g.* sucesso do empreendimento) e pontos de eventual divergência (*v.g.* assunção dos riscos e divisão dos lucros). As negociações ocorrem para possibilitar um equilíbrio de todos esses interesses, "com vistas a alcançar os compromissos mais justos e eficazes possíveis dentre as perspectivas de ganhos, custos a serem arcados e dos riscos a serem corridos".[65]

Esse equilíbrio será expressado na pactuação das cláusulas do contrato de PPP, cujo conjunto desencadeará efeitos típicos dos **contratos sinalagmáticos.** E no caso de entender-se que os contratos administrativos regidos pelas Lei federais n. 8.666/93 e 8.987/95 também geram efeitos decorrentes do sinalagma (em verdade é isso o que ocorre), a carga de efeitos caracteristicamente sinalagmáticos na PPP é muito maior (ou ao menos não é condicionada, debilitada ou neutralizada), se comparada aos efeitos produzidos pelos contratos administrativos tradicionais.

Assim, na PPP parceiro público e parceiro privado simultaneamente ocuparão a posição de credor e de devedor, cujos direitos e obrigações

[65] NAMBLARD, Corinne. *Para um enfoque pragmático da parceria público-privado*, 1994. p. 27.

submetem-se (tendencialmente) a um regime de dependência recíproca, em que a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa. Portanto, na PPP é possível defender que haverá uma forte correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado, diferentemente do que acontece nos contratos administrativos tradicionais em que a relação jurídica instaurada é de caráter verticalizado, em função da disciplina normativa que os rege.

Em face do exposto, as PPPs também encaixam-se no **novo contratualismo administrativo**, em que (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integração o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração.

Todas essas diferentes perspectivas da atuação negocial levada a cabo em sede administrativa abalam o dogma da verticalização das relações contratuais entre Administração e particular, sinalizando um maior equilíbrio nas posições assumidas por ambas as partes.

É demasiadamente prematuro firmar posições sobre os câmbios que essas novas perspectivas podem desencadear na teoria geral dos contratos administrativos. No entanto, parece que uma forte linha de transformação reside no (relativo) superamento da premissa do desnivelamento do particular-contratado em face da Administração-contratante, como elemento de caracterização de todo e qualquer contrato administrativo.

Nesse sentido, o **vetor da paridade das relações contratuais,** em ajustes que visem atingir tais desideratos, parece ser a tônica da nova contratualização administrativa.

Essa paridade é manifestada notadamente na fase pré-negocial (negociações preliminares) e na fase de formação dos contratos que correspondam a esse novo perfil, como é o caso da PPP. Também nas fases de execução e extinção desses contratos a tendência - em razão da própria noção de parceria - caminha para novas bases consensuais e paritárias, com a possibilidade de redução do feixe de poderes unilaterais pela Administração, até hoje largamente utilizados no transcurso das relações contratuais.

Entretanto, mister é enfatizar que tais considerações não transmudam a PPP em um contrato de direito privado.

Longe disso, por ser uma espécie de contrato administrativo, dele farão parte cláusulas que assegurem à Administração exercer sua potestade na proporção necessária ao resguardo dos interesses públicos envolvidos.

Mas é justamente a medida, a intensidade e a extensão do exercício dos poderes unilaterais da Administração no curso da relação contratual que podem e devem passar por uma filtragem, a partir dos ressaltados aspectos e fundamentos da nova contratualização administrativa.

Nos termos do art. 2° da Lei federal n. 11.079/04, "parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa". A **concessão patrocinada** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (§ 1° do art. 2°). De outro lado, **concessão administrativa** é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (§ 2° do art. 2°).[66]

Segundo o art. 4° da Lei federal n. 11.079/04, "na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria".

A PPP é um **contrato administrativo de concessão**, cujo objeto é um serviço público passível de exploração lucrativa pelo parceiro privado. É o que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO denomina **serviço público comercial ou industrial**, ou seja, "aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica".[67]

Com efeito, da exploração do serviço público objeto da PPP advém uma remuneração para o parceiro privado (cobrança de tarifa do usuário), acrescida da possibilidade do pagamento de uma contraprestação pecuniária por parte do

---

[66] Segundo Marçal JUSTEN FILHO, "a concessão administrativa abrange os casos em que não existe serviço público. O contrato tem por objeto a construção pelo particular de uma infra-estrutura necessária ao desempenho de uma atividade estatal. Mas o contrato não se confunde com a contratação sujeita à Lei n° 8.666 porque o particular somente começará a ser remunerado depois de concluída e entregue a obra ao Estado, com um dever de arcar com os riscos atinentes à qualidade do produto - o que se traduz numa remuneração periódica, prevista para ser realizada durante longos períodos de tempo" (JUSTEN FILHO, Marçal. *A PPP brasileira e as lições do passado*, 2004. p. 2-3.).

[67] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

parceiro público ao parceiro privado. Basicamente encaixam-se nessa categoria os serviços de infra-estrutura (*v.g* telefonia, energia elétrica, gás, entre outros).

Ao lado disso, as duas modalidades de PPP configuram autênticos contratos administrativos porque são empregadas pela Administração pública quando os objetivos visados são adquirir serviços junto à iniciativa privada (PPP como concessão administrativa) ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos (PPP como concessão patrocinada).

Diferentemente de algumas leis estaduais, a Lei federal n° 11.079/04 não elencou os serviços e obras que podem ser objeto de um contrato sob o regime da PPP. Entretanto, o diploma legislativo aludido estipulou no § 4° do art. 2° que "é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I- cujo valor do contrato seja inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública".

Por seu turno, o art. 14 da Lei n. 11.079/04 determina que "será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: I - definir os serviços prioritários para a execução no regime de parceria público-privada; (...)".

Ressalte-se que a decisão pela celebração de uma PPP há de estar previamente afinada com a programação do Governo Federal, estabelecida no **Plano Plurianual** (PPA).

A Constituição de 1988 estipula no § 1° do art. 165 que "a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada". De outro lado, entre as matérias objeto da lei de diretrizes orçamentárias, o § 2° do art. 165 arrola "as metas e prioridades da administração pública federal ...".

Assim, a **programação originária** das diretrizes, objetivos, metas e prioridades da administração pública federal determinada pela Carta Magna é realizada pela legislação infraconstitucional correspondente.

A Lei Federal n. 10.933, de 11 de agosto de 2004, a qual instituiu o Plano Plurianual 2004/2007,[68] dispõe no § 1° do art. 1° que "integram o Plano Plurianual: I - Anexo I - Orientação Estratégica de Governo; II - Anexo II - Programas de Governo; III - Anexo III - Órgão Responsável por Programa de Governo; e IV - Anexo IV - Programas Sociais. O art. 2° desse diploma legislativo estipula que "os Programas, no âmbito da Administração Pública Federal, para efeito do art. 165, 1º, da Constituição, são os integrantes desta Lei". No Anexo I são descritos os megaobjetivos a serem perseguidos, quais sejam (i) inclusão

[68] Sobre os Planos Plurianuais de 1991-1995, 1996-1999 e 2000-2003, cf. GARCIA, Ronaldo Coutinho. *A reorganização do processo de planejamento do Governo federal:* o PPA 2000-2003. Texto para discussão n. 726. Brasília: IPEA, 2000.

social e redução das desigualdades sociais, (ii) crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades sociais e (iii) promoção e expansão da cidadania e fortalecimento da democracia.

Ora, a possibilidade de que a programação originária prevista no PPA concretize-se pela via da celebração de uma PPP é patente, razão pela qual é correto afirmar que no sistema administrativo brasileiro **a PPP é um instrumento para a efetivação do direito ao desenvolvimento**.

Isso decorre claramente de uma das diretrizes fixadas no inc. VII do art. 4º da Lei federal nº 11.079/04, ou seja, que os projetos de PPPs observem e contemplem vantagens socioeconômicas. É o campo dos benefícios econômicos e sociais da PPP, examinados por Corinne NAMBLARD:

Caso a preocupação dos protagonistas figure como sendo unicamente "financeira", um projeto "em PPP" corre o risco de ser penalizado por isso ao longo de sua duração. Com efeito, os benefícios econômicos e sociais devem ser o ponto central do recurso à PPP; em primeiro lugar, porque o projeto, que será em grande parte financiado com base nos rendimentos extraídos de sua operação, deve antes de mais nada ser concebido com vistas a propiciar o melhor serviço pelo melhor preço, de forma a satisfazer a maior clientela. O princípio subjacente à noção de PPP repousa sobre o fato de que a autoridade pública permanece responsável pelo serviço prestado ao cidadão, mas não é necessário que ela seja responsável pelo investimento em si. Assim, através da montagem em PPP, a autoridade pública pode se desvencilhar do fardo do investimento para concentrar-se no controle da qualidade do serviço, enquanto que a operadora privada que exerce esta atividade buscará a otimização de seu investimento para fornecer esta qualidade de serviço exigida. Além disso, o usuário torna-se um cliente, e a operadora deverá então otimizar a qualidade do serviço que ela lhe oferece.[69]

Essa preocupação de atrelar a PPP a projetos que visem ao desenvolvimento (efetivação do direito ao desenvolvimento) está explícita na Lei Paulista da PPP, em que consta que o Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP, é destinado a fomentar, coordenar, regular e fiscalizar a atividade de agentes do setor privado que, na condição de colaboradores, atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo (art. 1°).[70]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A PPP expressa uma temática recém-inaugurada no direito administrativo brasileiro, a respeito da qual certamente serão produzidos estudos aprofundados.

---

[69] NAMBLARD, Corinne. *Para um enfoque pragmático da parceria público-privado*, 1994. p. 17-18.

[70] A Lei Cearense da PPP segue a mesma diretriz da Lei Paulista.

Nesse trabalho, intentou-se proceder a uma correta contextualização e a uma possível prospecção dessa nova figura contratual do sistema administrativo brasileiro.

De um lado, a PPP deve ser entendida como um instrumento consensual de efetivação do direito ao desenvolvimento previsto na Constituição de 1988, pois o seu objeto visa suprir necessidades dos indivíduos e da coletividade. A emergência do Estado contratual, ou seja, aquele Estado que por meio de vínculos estáveis, firmados com a iniciativa privada e com a própria sociedade, almeja a realização do bem comum de modo concertado, suscita uma significativa alteração no modo de encarar as finalidades do emprego do contrato no setor público. Nesse sentido, exige-se dos projetos de PPP que estejam totalmente afinados com a programação originária do Estado Brasileiro, inscrita em nossa Carta Magna (programaticidade) e em nosso Plano Plurianual (PPA). Uma correta contextualização, portanto.

De outro lado, a PPP configura um modelo contratual que marca a evolução do contratualismo administrativo clássico. A PPP somente pode ser compreendida e aplicada em um cenário em que seja privilegiada a realização de intensas negociações entre o Estado e a iniciativa privada. Isso favorece não somente a participação do maior número de empresas interessadas nos projetos de PPP, mas também permite que o regramento a ser definido para disciplinar o contrato efetivamente seja o resultado de recíprocas concessões e intercâmbios, facilitando assim o atendimento aos interesses do parceiro público e do parceiro privado. Uma possível prospecção, portanto.

No entanto, importa esclarecer que a PPP não é uma poção milagrosa para a viabilização do crescimento econômico e a promoção do desenvolvimento, nem um antídoto infalível à estagnação social que assola o país.

Com efeito, os propósitos perseguidos pela nova legislação estão intimamente relacionados com a obrigação de o Estado conferir respostas mais rápidas e adequadas aos anseios da população, instituindo um ambiente favorável ao desenvolvimento dos indivíduos e da coletividade. E para que isso ocorra, pode o Estado incentivar e contar com a colaboração ativa da iniciativa privada (investimentos e execução de atividades públicas). Todavia, deve igualmente fomentar a participação e a vigilância constantes da sociedade (transparência e controle social). E sob pena de não lograrem sucesso nessa nova empreitada, insta ressaltar que os contratos que ao final venham a instrumentalizar as PPPs devem ser fruto de uma decisão política consciente, antecedida de um diálogo qualificado e democrático com a sociedade brasileira.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível