



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ISADORA DE SOUZA FONSECA BARBOSA

**INFLUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO
ADMINISTRATIVA DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO:
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A COMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Londrina
2017

ISADORA DE SOUZA FONSECA BARBOSA

**INFLUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO
ADMINISTRATIVA DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO:
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A COMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci.

Londrina
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F676i Barbosa, Isadora de Souza Fonseca.

Influências da globalização na organização administrativa do estado de direito brasileiro : parcerias público-privadas e a compatibilidade com o princípio da eficiência da administração pública / Isadora de Souza Fonseca Barbosa. - Londrina, 2016.

114 f.: il.

Orientador: Elve Miguel Cenci.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Globalização - Aspectos econômicos - Teses. 2. Direito econômico - Teses. 3. Direito e economia - Teses. 4. Administração pública - Teses. I Cenci, Elve Miguel. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.2

ISADORA DE SOUZA FONSECA BARBOSA

**INFLUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO
ADMINISTRATIVA DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO:
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Departamento de
Direito da Universidade Estadual de Londrina,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Miguel Etinger de Araújo Junior
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense - UFF

Londrina, 13 de novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, como sempre, a Deus, que sempre me capacita para concretização de meus sonhos.

Agradeço também ao meu orientador Prof. Dr. Elve Miguel Cenci pelo apoio, bem como a minha família, pai, mãe e esposo, pela compreensão aos momentos de ausência dedicados à elaboração desta pesquisa.

Agradecimentos também ao Observatório Social de Maringá, local que representa fonte de inspiração e experiência prática para muitas ideias.

BARBOSA, Isadora de Souza Fonseca. **Influências da globalização na organização administrativa do estado de direito brasileiro**: parcerias público-privadas e a compatibilidade com o princípio da eficiência da administração pública. 2017. 116 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, 2017.

RESUMO

A globalização da economia na contemporaneidade influencia as estruturas dos Estados de Direito Democráticos Nacionais. Os Estados de Direito individualmente considerados passam a ser obrigados a conviver com grupos decisórios defensores dos interesses econômicos internacionais predominantes, vivenciando uma crise de representatividade. A pressão da economia internacional pode influenciar a atuação interna dos Estados de Direito na medida em que tende a determinar suas políticas públicas e sociais. Um dos pontos centrais representativo das mudanças, são as influências do fenômeno da globalização especificamente na organização administrativa dos Estados. A Administração Pública do Estado brasileiro, marcada por um viés burocrático, passa a organizar-se com viés gerencial, em busca de resgate da eficiência, mediante adoção de várias medidas, na tentativa de, por exemplo, melhorar a eficiência na gestão dos serviços públicos. Um dos instrumentos jurídicos adotados pelo Estado brasileiro para atingimento desses objetivos é a Lei n. 11.079/2004, que instituiu as Parcerias Público-Privadas. O tema relaciona-se com o Direito Negocial, na medida em que, a Administração Pública, de viés gerencial, tende a privilegiar contratações com a esfera privada-empresarial. Por meio do método de pesquisa dedutivo, bem como com a coleta, leitura, catalogação e fichamento de material bibliográfico, pretende a presente pesquisa demonstrar se as PPPs têm a potencialidade de lograr êxito em contribuir para o resgate da eficiência na gestão dos serviços públicos, tendo em vista que, o significado de “eficiência” das ciências da Administração e Economia, não é compatível com a “eficiência” que a Administração Pública deve buscar por força do artigo 37, caput da Constituição Federal, que deve necessariamente envolver efetividade de direitos, qualidade e satisfatividade social na prestação dos serviços públicos.

Palavras-chave: Globalização. Crise do Estado. Administração Pública. Parcerias Público-Privadas. Eficiência.

BARBOSA, Isadora de Souza Fonseca. **Influences of Globalization in the Administrative Organization of the Brazilian State of Law: Public-Private Partnerships and the Compatibility with the efficiency principle of the Public Administration.** 2017. 116 p. Completion of course work (Master's Degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, 2017.

ABSTRACT

The globalization of the contemporary economy influences the structures of National Democratic Law States. The individual states of law are forced to live with decision-making groups that defend the predominant international economic interests, experiencing a crisis of representation. The pressure of the international economy can influence the internal action of the States of Law in that it tends to determine the public and social policies. One of the central points representative of the changes are the influences of the phenomenon of globalization specifically on the administrative organization of the States. The Public Administration of the Brazilian State, marked by a bureaucratic bias, begins to organize itself with a managerial bias, in search of efficiency, through the adoption of several measures, in an attempt to improve efficiency in the management of public services, for instance. And one of the legal instruments adopted by the Brazilian State to achieve these goals is Law no. 11.079 / 2004, which established the Public-Private Partnerships. The issue is related to the Negotiating Law, inasmuch as the Public Administration, with a managerial bias, tends to favor contracting with the private-business sphere. Therefore, through the method of deductive research, as well as with the collection, reading, cataloging and registration of bibliographical material, this research intends to demonstrate if PPPs have the potential to be successful in contributing to the recovery of efficiency in the management of public services, since the "Economic efficiency", is not compatible with the "efficiency" that the Public Administration must seek by virtue of article 37, caput of the Federal Constitution, which must necessarily involve the effectiveness of rights, quality and social satisfaction in the provision of public services.

Keywords: Globalization. Crisis of the State. Public administration. Public-Private Partnerships. Efficiency.independently of economic results.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BIRD	Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CF	Constituição Federal
FMI	Fundo Monetário Internacional
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OIT	Organização Internacional do Comércio
ONG	Organizações não Governamentais
OSCIP	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PPP	Parcerias Público-Privadas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL E CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO NACIONAIS	17
2.1	AS ESTRUTURAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NACIONAL: POVO, TERRITÓRIO E SOBERANIA	21
2.2	O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL	25
2.3	CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO NACIONAIS	30
3	INFLUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NA ORGANIZAÇÃO INTERNA DOS ESTADOS DE DIREITO: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À GERENCIAL	46
3.1	DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA ÀS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DE DIREITO NACIONAL: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA	47
3.2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: CARACTERÍSTICAS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS	56
3.2.1	Contratação com a Esfera Privada na Administração Pública	68
3.2.2	Regulação e Fiscalização pelo Estado de Direito dos Serviços Públicos Delegados à Esfera Privada	74
4	PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS	78
4.1	QUESTÕES CRÍTICAS DAS CONCESSÕES PATROCINADA E ADMINISTRATIVA PREVISTAS NA LEI N. 11.079/2004	82
4.2	CONCEITO “DE EFICIÊNCIA” QUE DEVE ORIENTAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS TERMOS DO ARTIGO 37 CAPUT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A COMPATIBILIDADE COM A LEI N. 11.079/2004	96
5	CONCLUSÃO	105
	REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito com os contornos modernos, da forma como conhecemos hoje, se delineou com as Revoluções Francesa e Americana, também sofrendo influências da Revolução Inglesa, nos Séculos XVIII e XIX. O Estado que sucedeu a queda da Monarquia absolutista típica da Idade Média foi marcado pela dicotomia entre esfera pública e particular, separando os âmbitos de atuação do Estado e da sociedade civil, exigindo não intervenção do Poder Público nos assuntos particulares dos cidadãos, sendo assegurada a liberdade e a igualdade formal.

O Estado, em sua acepção mais referendada pela doutrina, possui uma estrutura composta por povo, território e soberania. Povo significa a sociedade civil organizada politicamente e sufragante, sendo o corpo eleitoral. Território seria a porção de terra delimitada sobre a qual o Estado exerce sua soberania, compreendendo o mar territorial e o espaço aéreo correspondente. Soberania, por sua vez, é a prerrogativa dos Estados de “dizer” o direito e fazê-lo cumprir dentro de seu próprio território para aqueles que nele estão.

O Estado de Direito contemporâneo do Século XXI, vem passando por reformulações de seu papel como instituição que detém como função primordial dotar o direito de imperatividade, dizendo-o e fazendo com que seja obedecido, mediante o monopólio e a centralidade da produção normativa e jurídica. Os Estados de Direito, individualmente considerados, convivem hoje com o fenômeno da globalização econômica.

A globalização econômica contemporânea se desencadeou na década de 1970, por conta da crise do padrão monetário mundial, que promoveu flutuação do câmbio e acabou por desorganizar o sistema regulatório do mercado econômico, até então vigente, e também por conta dos dois choques do petróleo, de 1973/1974 e 1978/1979, com aumento de até 05 vezes o valor real do barril, aumentando a inflação e endividamento externo dos países.

Globalização significa o atual estágio de interação e relacionamento que vivem hoje as pessoas e os países do mundo, o que é impulsionado pela evolução da tecnologia, informática e telecomunicações, que aceleram a troca de informações, influenciando na percepção de tempo e também agilizam os transportes, “diminuindo” distâncias e, em suma, conectando o mundo. Este

processo tem grande influência na economia, na medida em que promovem expansão e intensificação do comércio e das trocas econômicas.

Esta conexão econômica entre os países do mundo é o que levou, por exemplo, ao alastramento da crise de 2008 por todo o mundo, transformando a crise, cujo epicentro foram os Estados Unidos, gerada pelo esgotamento da capacidade da economia americana em persistir em um processo de aumento da alavancagem interna, em uma crise financeira de dimensões globais, pois, todos os países são dependentes economicamente da maior economia mundial que solapava.

A globalização econômica que promove o relacionamento entre países de nível internacional, irá influenciar internamente a atuação dos Estados de Direito em seus próprios territórios, aos seus jurisdicionados, no exercício de suas soberanias internamente. Isto, pois, os esforços e a pressão para participação nesta economia internacionalizada, poderá influenciar as prioridades de atuação do Estado, no tocante às políticas públicas e sociais, promovendo movimentações em suas políticas cambiais, monetárias e tributárias e realocações de recursos.

O Estado de Direito como instituição passa a se preocupar em participar desta economia internacionalizada, de acordo com sua própria capacidade, buscando não ficar marginalizado, importando e exportando, sendo fornecedor de tecnologia, matérias primas ou mesmo mão de obra, ou então buscando favorecer a entrada e circulação de capital em seus próprios territórios, o que exige desregulamentação.

Na atuação no mercado internacional, deverá o Estado obedecer às normas postas pelos agentes que atuam na economia globalizada, consistentes em acordos comerciais de natureza privada maculados por déficit democrático, que representam os interesses mercadológicos dos mais potentes economicamente, tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio (OMC), Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), o bloco econômico composto pelo Tratado Norte Americano de Livre Comércio (NAFTA), Comunidade Econômica Européia (CEE), Organização Internacional do Comércio (OIT), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), dentre outros, o que vem relativizando o conceito de soberania.

É nesse contexto que se discute a respeito da crise de representatividade dos Estados de Direito Nacionais, que perdem parte de seu monopólio e centralidade jurídica, como instituição que detém a primazia da imperatividade do

direito, também em virtude da dinamicidade da economia. Nesse ponto, toca-se na questão a respeito da eficiência do Estado de Direito e de suas instituições, as quais inspiram um repensar para fazer frente a esses processos complexos, estando em voga atualmente o tema da Reforma do Estado, que envolve ajustes na organização administrativa dos Estados.

A doutrina identifica que a Administração Pública passou pelas seguintes “fases”: Patrimonialista, burocrática e gerencial. Patrimonialista significa a forma de administrar na qual não se diferencia o que é público do que é particular, sendo típica das Monarquias absolutistas, nas quais os bens particulares do príncipe se confundem com o patrimônio público. Burocrática é a forma de administrar que se delineou após as Revoluções Francesa e Americana, do Séc. XVIII e significa uma administração marcada pela dicotomia público-privada, profissionalizada, hierarquizada, com rígido controle e ênfase nos processos, marcada por regulamentos fixos, rotina determinada e responsabilidades bem demarcadas, sem que haja qualquer autonomia. Gerencial significa administração com ênfase nos resultados e não apenas nos processos, na busca por qualidade, e por uma Administração Pública mais ágil e dinâmica, havendo introdução de paradigmas empresariais na gestão pública.

O Estado de Direito brasileiro, organizado administrativamente com um viés burocrático, sofrerá influências do cenário econômico global descrito, para caminhar rumo à uma Administração Pública gerencial, a fim de resgatar a eficiência das instituições e funções estatais, com efeitos na gestão, que burocratizada tem se mostrado lenta, cara e inefetiva.

Um dos aspectos mais importantes dessa Reforma Administrativa é com relação à tentativa de resgate da eficiência do Estado de Direito, especificamente em relação à prestação dos serviços públicos. Propõe-se analisar um dos instrumentos jurídicos lançados pelo Estado de Direito brasileiro para fazer frente a estas questões, quais sejam, as Parcerias Público-Privadas, estabelecidas em âmbito federal por meio da Lei n. 11.079/2004.

As Parcerias Público-Privada são espécies do contrato de concessão comum, nas modalidades administrativa e patrocinada, nas quais pretende-se haver, como o próprio nome já diz, uma “parceria” entre setor público e privado, na execução de contratos cujo valor não poderá ser inferior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e deverão ser firmados com prazo não inferior a 05 anos e não

superior a 35 anos.

Ocorre que, nessa tentativa de resgate da eficiência do Estado na prestação dos serviços públicos, promovida pela Lei n. 11.079/2004, o questionamento que se faz é se, o que se entende por “eficiência” nos termos das PPPs é compatível com a “eficiência” que deve ser efetivada pela Administração Pública, nos termos do artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988?

A Lei n. 11.079/2004 procura tornar atrativa economicamente para o setor privado-empresarial a realização de parcerias com o setor público, por exemplo, ao promover o compartilhamento dos riscos do negócio entre as partes. E o setor empresarial segue uma lógica de “eficiência” definido pelas ciências da Administração e Economia, que significa racionalidade econômica, mediante o melhor aproveitamento de recursos possíveis com o emprego mínimo de esforços.

Porém, o conceito de “eficiência” para o direito, que deve ser seguido pela Administração Pública, nos termos do art. 37, caput da CF, especialmente quando se fala em prestação de serviços públicos, está ligado à efetividade dos direitos, qualidade e satisfatividade social, no âmbito de uma boa administração, independentemente de eficiência econômica e lucro. E isto, pois, o Estado de Direito jamais poderá confundir-se ou assemelhar-se perfeitamente a uma empresa, pois, é o titular dos interesses públicos e da coletividade, ao qual cabe efetivá-los.

Portanto, para demonstração do exposto, no capítulo 1, traça-se o contexto histórico de consolidação do Estado de Direito moderno, com as características marcantes desse momento histórico, nos Séculos XVIII e XIX, por meio das Revoluções Francesa e Americana, com influências da Revolução Industrial inglesa. Também, nesse capítulo, apresenta-se os conceitos fundamentais dos elementos que estruturam o Estado de Direito: Povo, território e soberania. Além disso, nesse capítulo inicial procura-se demonstrar do que se trata o fenômeno da globalização econômica internacional e as influências no Estado de Direito, culminando na crise de representatividade dos Estados Democráticos de Direito Nacionais.

No capítulo 2, por sua vez, demonstra-se as influências da globalização econômica internacional nos Estados de Direito, especificamente em relação à organização administrativa, trazendo os conceitos de Administração Pública patrimonialista, burocrática e gerencial. Ainda, nesse capítulo demonstra-se a pertinência do tema com o Direito Negocial, mediante a tendência da Administração Pública gerencial de promover contratações com a esfera privada-empresarial.

No capítulo 3, analisa-se um instrumento jurídico lançado pelo Estado de Direito brasileiro por influências da Reforma do Estado, o qual passa de burocrático para um viés gerencial, na tentativa de resgate da eficiência, especialmente na gestão dos serviços públicos, quais sejam, as Parcerias Público-Privadas, postas em âmbito federal, por meio da Lei n. 11.079/04, e a compatibilidade do que a lei mencionada entende por “eficiência”, com a “eficiência” que deve ser buscada pela Administração Pública por força do artigo 37, caput da Constituição Federal.

2 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL E CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO NACIONAIS

A organização humana sob a forma de governo civil, para Locke, é de suma importância para os homens, tendo em vista que “é o remédio acertado para os inconvenientes do estado de natureza” (LOCKE, 1978, p. 38). Em relação ao Estado de natureza, por sua vez, Locke explica que representa um estado em que todos os homens se acham naturalmente, com liberdade de agir perante suas posses e os outros indivíduos como lhe aprouver, o que não significa licenciosidade para agir, pois, devem ser respeitadas as leis da natureza, no sentido de que, “sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles (os homens) deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses” (LOCKE, 1978, p. 36).

Para Hobbes (1979, p. 105), a lei da natureza que deve ser respeitada no Estado de natureza significa “fazer aos outros o que queremos que nos façam”, o que nem sempre é praticável entre os homens, os quais tendem a ser conduzidos por suas paixões, egoísmo, parcialidade, orgulho e individualidade, deixando de considerar os valores da equidade e justiça.

Para evitar os inconvenientes, de acordo com Locke (1978, p. 67) o homem sai do Estado de natureza, quando passa para o Estado organizado em sociedade civil ou política, que significa:

Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura – para a qual apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; mas os que não têm essa apelação em comum, quero dizer, sobre a Terra, ainda se encontram no estado de natureza, sendo cada um, onde não há outro, juiz para si e executor, o que constitui, conforme mostrei anteriormente, o estado perfeito de natureza.

O homem sai do Estado de natureza e organiza-se em sociedade civil, quando cada um e todos os homens abrem mão de parcela de sua liberdade, própria do Estado de natureza, instituindo restrições sobre si mesmos e outorgando seu consentimento para um poder suficientemente instituído, imbuído do propósito de os proteger e dar-lhes segurança contra todos os outros homens, garantindo uma vida satisfatória. “Esta própria sujeição é um ato civil e pressupõe uma deliberação pública” (ROUSSEAU, 2012, p. 37). Ao instituto dá-se o nome de contrato social.

Jean Jacques Rousseau (2012, p. 25) ensina que a mais antiga das sociedades é a família. Os homens, antes de atingirem a idade adulta, se submetem ao seio familiar e permanecem ligados ao pai, pois, dele precisam para sobreviver. Porém, ao atingirem a idade adulta, essa necessidade desaparece, tornando-se independentes e livres de obediência familiar. Se acaso a união familiar continua, seria voluntária e não mais necessária.

Nesse sentido, Rousseau compara a família à união política que constitui o Estado, que possuem em comum o fator de alienação da liberdade por necessidade:

A família é, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos, e sendo todos nascidos iguais e livres não alienam a liberdade senão para sua utilidade. A diferença toda é que, na família, o amor do pai pelos filhos compensa os cuidados que lhes dedica, e que no Estado o prazer de comandar supre o amor que o chefe não tem por seu povo. (p. 26).

Referindo-se ao Estado Monárquico, em conceito que reflete o de contrato social, Hobbes (1979, p. 103) define ser o Estado:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões deste homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

Ainda sobre o contrato social, os homens chegam a essa deliberação a partir do momento em que obstáculos impedem que se sustentem e se conservem no estado de natureza. Os homens unem forças e agregam-se numa espécie de pacto social, no intuito de preservar o gênero humano. O contrato social representa então uma forma de associação humana, constituído pela soma das forças de cada homem, tornando-se uma força comum, sendo que cada associado individualmente considerado estaria protegido das penosidades do Estado de natureza.

E a passagem do homem do Estado de natureza para o Estado civil, embora o prive de sua liberdade natural que representava um direito ilimitado ditado pela sua própria força, o dota de liberdade civil, limitada pela vontade geral.

Nesse sentido, o contrato social constituído pela associação de pessoas particulares, que são os cidadãos ou o povo, constitui-se em um corpo moral coletivo

e comum, uma pessoa pública diferente dos particulares e de acordo com Rousseau (2012, p. 41) “tomava outrora o nome de Cidade, e toma agora o de República ou de corpo político, que é chamado, por seus membros, de Estado, quando é passivo, Soberano, quando é ativo e Poder, quando comparado a seus semelhantes”.

Em relação ao Estado de Direito moderno, de cunho ocidental, com os contornos e características jurídicas gerais que conhecemos hoje, se consolidou com as Revoluções Francesa e Americana, do Século XVIII, as quais promoveram o rompimento das bases absolutistas, monárquicas e feudais do Estado, separando-o da sociedade civil e limitando-o em sua ação e intervenção perante os outrora súditos, que passam a ser cidadãos.

A Revolução Francesa, também conhecida por Burguesa, em 1789, ao promover a “Queda da Bastilha”, proclamou a ideia de liberdade dos cidadãos perante o Estado de Direito e no relacionamento jurídico entre os próprios indivíduos.

Consagraram-se nesta fase os direitos fundamentais de primeira dimensão, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade, fundados na ideia de que o Estado de Direito deveria se omitir e não intervir na vida privada dos cidadãos, separando-se da sociedade civil e não se intrometer no que é da seara dos particulares.

Locke (1978, p. 68) explica as justificativas de seu entendimento de que as monarquias absolutistas são incompatíveis com a organização humana sob a forma de sociedade civil ou política:

Do que ficou dito é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo do mundo, é, de fato, incompatível com a sociedade civil, não podendo por isso ser uma forma qualquer de governo civil, porque o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e remediar os inconvenientes do estado de natureza que resultam necessariamente de poder cada homem ser juiz em seu próprio caso, estabelecendo-se uma autoridade conhecida para a qual todos os membros dessa sociedade podem apelar por qualquer dano que lhe causem ou controvérsia que possa surgir, e à qual todos os membros dessa sociedade terão de obedecer.

Com as Revoluções mencionadas, que promoveram a queda da monarquia, a entonação foi forte no sentido de que o Estado deveria se separar da sociedade, em uma verdadeira dicotomia entre o que é público, o que é privado, ou particular, autonomizando-se cada uma destas esferas. O mercado e o comércio, historicamente, estão situados dentre os institutos componentes da esfera do que é particular e privado.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto chama atenção para este ponto marcante na formação do Estado Moderno, que foi a dicotomia, com separação e delimitação, entre as esferas pública e privada (2002, p. 30). “(...) Com o advento do Estado Moderno, a separação entre público e privado assume uma posição central no estabelecimento e no funcionamento do poder político”. (2002, p. 41).

A esfera pública ficou sendo, tradicionalmente, o polo no qual se tomam as decisões do governo, com concentração de poder, justificada pela noção de soberania, e voltada para dirigir a sociedade, definindo e satisfazendo os interesses coletivos. Daí decorre que o Estado de Direito é soberano, o qual, porém, não deixa de estar limitado em sua atuação pelo interesse público, ao qual não pode transpor.

A esfera privada, tradicionalmente, guarda os interesses daqueles que são destinatários das decisões tomadas na esfera pública governamental, os particulares, pautada esta esfera pelo individualismo e pela atuação livre dos agentes econômicos. A fusão dos interesses individuais privados formará o interesse presente na esfera pública. “Tradicionalmente, a ideia de cooperação público-privada esteve marcada por uma distinção clássica, segundo a qual o “público” identificava-se com o Estado e o “privado” com o mercado”. (BETIOL; GALVÃO; SILVA, 1997, p. 29).

Desta separação marcante entre as esferas pública e privada decorre diversas características do Estado Nacional e do próprio Direito Administrativo brasileiro, tais quais se conhecem hoje, pautado por uma Administração Pública burocrática e hierarquizada.

Locke (1978, p. 69) chamou atenção para a emergência destas revoluções, afirmando que “quem pensa que o poder absoluto purifica o sangue do homem e corrige a baixeza da natureza humana precisa ler a história desta ou daquela época para se convencer do contrário”. Da mesma forma, afirmou o filósofo também que “não poderia jamais gozar de segurança ou tranquilidade na sociedade civil enquanto o poder legislativo não passasse às mãos de corpos coletivos de homens, chamem-se “senados”, “parlamento”, ou o que se quiser” (p. 70).

Predominam, nesta época histórica, os institutos jurídicos privados da liberdade em geral e de contratar, do *Pacta Sunt Servanda*, da igualdade formal, da proteção da propriedade privada, da exigência de respeito por parte do Estado dos direitos individuais dos cidadãos, dentre outros de direito civil e privado.

Francisco Amaral identifica, no mesmo contexto histórico do século XVIII, de liberdade e igualdade formal, o nascimento da figura dos “negócios jurídicos” (2014, p. 414):

O negócio jurídico resulta, assim, de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinção de classe. Vontade e liberdade dentro do processo social e do processo econômico, em que se reconhece a propriedade privada dos bens de produção e a circulação dos bens como processo de cooperação entre os indivíduos.

O contexto histórico do Estado começa a mudar com o advento da Revolução Industrial, que começou na Inglaterra, nos Séculos XVIII e XIX, sobretudo em razão da exploração dos trabalhadores, chamando atenção do Estado de Direito para questões sociais e tirando-o de sua posição omissiva e não interveniente, inaugurando uma posição garantista e, teoricamente, prestacional.

Porém, este aspecto histórico não é o foco desta dissertação. Apenas com esta breve introdução quis-se demonstrar sucintamente as origens do Estado de Direito e sua evolução de características liberais, logo após as Revoluções Francesa e Americana do Século XVIII para um Estado pautado por preocupações sociais, após a Revolução Industrial inglesa.

E estas origens culminam em um Estado de Direito Nacional, cujo regime político ocidental predominante é o democrático, pautado na vontade da maioria e nascido sob o manto de uma nação, uma sociedade politicamente organizada que compartilha aspectos culturais e ideais políticos comuns, em contrapartida às outras civilizações culturalmente distintas que compõem outras formas e tipos de Estados.

2.1 AS ESTRUTURAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NACIONAL: POVO, TERRITÓRIO E SOBERANIA

A definição de “Estado Democrático de Direito Nacional” é complexa. É difícil uma definição absoluta e precisa do Estado, pois, o termo é plurívoco. O Estado de Direito pode ser visto como o responsável pela elaboração e implementação de políticas públicas aos cidadãos, para atendimento das necessidades da coletividade. Pode ser o detentor do monopólio da violência legítima e do poder de decidir,

pacificando conflitos e exercendo a função jurisdicional, dotado de imperatividade e com o poder de dizer o direito e de fazer cumprir as leis.

Uma das características básicas do Estado é se constituir em uma “unidade territorial dotada de poder soberano” (MARQUES NETO, 2002, p. 29). E, em sua concepção mais referendada, é composto por três elementos essenciais: povo, território e soberania ou poder.

Ora, o Estado Nacional representa a conjugação destes elementos, sendo uma unidade ou núcleo territorial delimitado, dentro dos quais está compreendido o poder político e soberano, aos quais estão submetidos seus jurisdicionados.

Povo é a sociedade civil organizada que participa politicamente dos destinos do Estado de Direito. É aquele que se identifica com o Estado e possui solidariedade cívica, além de vínculos culturais com seu país, com descendência, língua e história comuns, integrado em uma cultura, possuindo também nacionalidade ou cidadania, da qual derivam os direitos políticos e certos deveres e direitos perante o Estado de Direito.

“Povo é então o quadro humano sufragante, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral”. (BONAVIDES, 2005, p. 74). Povo é um elemento que foi concebido com os Estados modernos pós Revolução Francesa, no século XVIII, não sendo conhecido este elemento em seu aspecto político na Idade Média, mas apenas com o advento da sociedade liberal-burguesa, com o Estado liberal.

Representa os indivíduos sobre os quais a ordem jurídica nacional é válida, ou seja, os jurisdicionados do território delimitado, em uma relação de sujeição. “Dentro das fronteiras do Estado territorial constituem-se, por um lado, o povo do Estado como sujeito potencial de uma auto-legislação de cidadãos reunidos democraticamente, por outro, a sociedade como objeto potencial de sua ação”. (HABERMAS, 2001, p. 82).

Não se confunde com o conceito de “população”, que são as pessoas que habitam, ainda que transitoriamente, o território do Estado em um determinado momento, incluindo os estrangeiros, que não participam da construção política do Estado. População é um dado demográfico e qualitativo, enquanto povo representa aqueles que estão abrangidos pelo conceito de nação.

Território, por sua vez, é a porção de terra delimitada sobre a qual o Estado Democrático de Direito Nacional exerce seu poder soberano, compreendendo, além da terra, o mar territorial e o espaço aéreo correspondente.

Para Bonavides (2005, p. 97), o território possui concepção política, que significa a importância estratégica da posição geográfica para a atuação do Estado.

Além disto, possui também concepção jurídica, que significa o fato de que não há Estado sem que haja território, elemento constitutivo daquele, sendo que o autor traça a importância e imprescindibilidade deste elemento para o Estado, sem o qual “a população, privada dessa base física e permanente que é o território, poderia constituir uma horda de nômades, nunca, porém, uma comunidade estatal”. (BONAVIDES, 2005, p. 98).

Também Habermas comentou sobre a importância do território na constituição dos Estados de Direito Nacionais, na medida em que “a demarcação social da comunidade política deve ser combinada com a delimitação territorial de uma área controlada pelo Estado” (2001, p. 81).

Soberania, por sua vez, é a prerrogativa dos Estados de Direito Nacionais de “dizer” o direito dentro de seu próprio território àqueles que nele estão, e que por esta razão, são jurisdicionados do Estado. Em seu conceito tradicional, é considerada, por parcela dos estudiosos, como “una, indivisível, inalienável e imprescritível” (MARQUES NETO, 2002, p. 39).

Vinculada à consolidação desses Estados, a soberania, em seu significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontestável numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável, e, acima de tudo, exclusivo. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes. (FARIA, 2000, p. 17).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso I, define a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por sua vez, o artigo 14 da CF/88 define que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. Além disto, a soberania nacional é um dos princípios da ordem econômica, conforme artigo 170, inciso I da CF/88.

Para Hobbes (1979, p. 110):

(...) Pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam

propriedade (...). Pertence ao poder soberano a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis quanto naturais, ou com respeito aos fatos.

A soberania, elemento essencial dos Estados, foi conceituada pioneiramente por Jean Bodin, teórico francês, que a definiu como perpétua e absoluta. Perpétua significa poder que perpassa à pessoa do soberano, não se restringindo a este e não se limitando por sua existência corporal, sendo dotada de continuidade; Absoluta significa que não admitia limitações, mas apenas o reconhecimento de outras ordens jurídicas soberanas que também devem ser respeitadas. Esta teoria clássica já está superada e foi redefinida.

Sobre a consolidação do Estado de Direito, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto ensina sobre o relacionamento existente entre o conjunto de elementos que caracterizam e são inerentes ao Estado:

(...) a unificação e a concentração do poder inerentes à soberania só se viabilizariam se esta unificação fosse moldada dentro de um limite preconcebido: o poder soberano será absoluto dentro de limites territoriais razoavelmente determinados, estes limites definirão a abrangência do poder decisório monopolizado no e pelo Estado (2002, p. 36).

Não se tem a pretensão de exaurir, de forma exaustiva, a conceituação jurídico-política de Estado. Porém, como bem salienta Habermas (2001, p. 77):

A democracia de massa do Estado de bem-estar social de talhe ocidental encontra-se, sem dúvida, no fim de um desenvolvimento de duzentos anos, que se iniciou com o Estado nacional derivado da Revolução. Devemos recordar a constelação deste início se quisermos compreender por que o Estado social se encontra hoje em apuros.

O que é imprescindível ser mencionado introdutoriamente é que, o Estado Democrático de Direito Nacional, em sua conceituação clássica, compreende o ente que detém o monopólio e a centralidade da produção normativa e jurídica, destinada aos seus próprios jurisdicionados. Detém a imperatividade do direito e o poder de dizê-lo e fazer com que seja obedecido, sobre os que habitam seu território e que são seus jurisdicionados.

Nesse sentido, o recorte temático é em relação à importância da instituição Estado e sua eficiência para regular a vida em sociedade. Porém, não se ignora o

pluralismo jurídico¹ e o fato de que há situações sociais nas quais a regulamentação do Estado é ausente, e não pelos motivos aqui tratados, mas, por haver há setores da sociedade negligenciados e marginalizados que acabam regulando a si próprios, de forma costumeira, por exemplo, por meio de normas elaboradas localmente, que resultam de práticas jurídicas institucionalizadas pelos próprios praticantes ao longo do tempo². Esta não presença do Estado faz com que, em certas áreas sociais, apesar da importância institucional do Estado de Direito como fonte produtora de normas, esse não seja a fonte única, exclusiva e monopolizadora de regulamentação social.

2.2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL

Se os Estados de Direito, nacionais e democráticos, não são a forma mais acertada de organização da sociedade, certamente é a que deu menos errado e esta instituição está longe de ser eliminada, mesmo diante dos sinais de exaurimento da eficiência de seu modelo clássico, tratado nesta dissertação.

Como disse Churchill, citado por Bonavides: “A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram””. (BONAVIDES, 2005, p. 265).

Paralelamente a esse instituto, há um outro, mais propriamente definido como um fenômeno, de origens tão remotas quanto os próprios Estados de Direito modernos, denominado “globalização”. A globalização não se trata de um fenômeno novo, podendo ter se iniciado com as Grandes Navegações Ibéricas, a qual impulsionou culturas diferentes a se relacionarem ou até mesmo no período de expansão do Império Romano.

Globalização é um termo plurívoco e também de difícil conceituação. É um processo complexo, que possui um importante aspecto econômico, caracterizado pela expansão e intensificação do comércio de bens industrializados, mercadorias, dinheiro, pessoas e notícias entre os Estados.

¹ Wolkmer conceitua o “pluralismo jurídico” como sendo: “Multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. (Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001).

² Estudos a respeito do tema são realizados, por exemplo, por Alex Ferreira Magalhães, que trata a respeito do direito das favelas.

É uma decorrência do regime econômico capitalista, o qual apresenta tendências universalizantes e expansionistas, a princípio não conhecendo limites. Atualmente, o capitalismo em sua fase financeira, tende a desnecessitar da atuação dos Estados de Direito Nacionais na cadeia produtiva para se desenvolver, cobrando uma postura estatal omissiva e não atuante nos campos econômicos em competitividade com os agentes econômicos particulares.

Globalização representa um “conjunto de processos interligados” (FARIA, 2000, p. 59), refletindo o atual estágio de interconexão econômica que vivem os diversos Estados de Direito do mundo globalizado.

Historicamente, a globalização no contexto econômico atual se desencadeou na década de 1970, por dois fatores convergentes: crise do padrão monetário mundial, com flutuação do câmbio, o que acaba por desorganizar o sistema regulatório do mercado econômico, até então vigente e os dois choques do petróleo, de 1973/1974 e 1978/1979, com aumento até 05 (cinco) vezes o valor real do barril, aumentando a inflação e endividamento externo dos países (FARIA, 2000, p. 63).

Isto porque, os fatores convergentes desencadearam uma crise na qual o mercado foi obrigado a se reinventar, com adoção de novos paradigmas, para superar.

A estagnação econômica necessitava de rápidas e eficientes respostas e estas foram dadas pela tecnologia da informação, que ganhou força e potência, pela expansão da informática e incremento das telecomunicações que propiciaram a formação de uma “rede” (FARIA, 2000, p. 80) operacional global que processa e envia dados de forma instantânea para qualquer parte do mundo.

As necessidades de importação e exportação entre os Estados, para suprir suas necessidades, impulsionam em grande parte a globalização. Desta forma, a economia se internacionaliza intensamente, atualmente.

Paralelamente, com a evolução da globalização, até o estágio internacionalista atual que se encontra, houve uma explosão demográfica, com grande aumento populacional, nos Séculos XIX e XX, surgindo a figura da “massa” (HABERMAS, 2001, p. 54), composta por pessoas que podem se interconectar mundialmente pela informática e telecomunicações. Atualmente, o consumo, a comunicação, o turismo e a cultura, dentre outros aspectos, ocorrem de forma massificada.

Os Estados de Direito caracterizados, na contemporaneidade se interconectam, como que em redes, pressionados a participar de uma economia internacionalizada que compartilha o comércio, estando os Estados e também as próprias pessoas cada vez mais interligadas e “próximas”, diante do desenvolvimento das telecomunicações, da internet, da informática e da evolução da tecnologia da informação em geral.

A tecnologia promove o desenvolvimento dos transportes, derrubando “barreiras” e encurtando as distâncias territoriais. O trânsito das pessoas e mercadorias é feito de forma muito mais rápida por modernos meios, tais como velozes trens, automóveis ou aviões, e em grandes quantidades, o que não existia na época das Grandes Navegações.

O desenvolvimento dos fatores telecomunicações e transportes irá influenciar na percepção de espaço e tempo das pessoas, o que é encurtado e acelerado, respectivamente. As transações econômicas globais se aceleram de um modo nunca antes vivenciado, internamente nos Estados Democráticos de Direito Nacionais, influenciando as economias nacionais e até mesmo a organização do Estado internamente.

Sobre este ponto, Habermas (2001, p. 48) comenta, identificando o quão antigo é a ocorrência do fenômeno “globalização”:

Já os viajantes que utilizaram em torno de 1830 os primeiros trens relataram as novas formas de percepção do espaço e do tempo. No século XX o transporte automobilístico e o aéreo civil novamente aceleraram o transporte das pessoas e dos bens e fizeram com que as distancias continuassem a se encolher também do ponto de vista subjetivo.

O desenvolvimento da mídia e imprensa de massa também influencia nesse processo de globalização, na medida em que a troca de informações entre os Estados de Direito do mundo fica muito mais rápida e fácil. Em tempo real é possível, na contemporaneidade, que as pessoas tenham acesso e conhecimento sobre o que acontece do outro lado do mundo, diante de informações que fluem e correm o mundo com uma rapidez impressionante.

E essa sociedade dependente e valorizadora da tecnologia é denominada por Faria (2000, p. 81) de “sociedade informacional”, a qual transforma ciência e tecnologia em fatores básicos de produção, valorizando a geração de informação técnica e especializada.

Habermas (2001, p. 55) também chama atenção para o fato, de que a sociedade atual “é caracterizada por um setor quartenário de trabalho baseado no saber – como as indústrias *high tech* ou os serviços de saúde, os bancos ou a administração pública”, setores estes dependentes de pesquisa e inovação.

A produção se especializa cada vez mais e passa a ser fragmentada e desterritorializada. Também no campo social assiste-se a um processo de fragmentação e “nuclearizações de interesses” (MARQUES NETO, 2002, p. 116). “Hoje sintomas da fragmentação política denunciam as primeiras rachaduras na muralha da nação” (HABERMAS, 2001, p. 91).

O capital que circula no mundo globalizado e na economia internacionalmente conectada possui característica volátil, se desmaterializando e circulando virtualmente entre os países e as pessoas. Apesar da moeda física não perder sua importância, ganha espaço e credibilidade a moeda eletrônica nas finanças mundiais.

Um exemplo interessante desse fenômeno no Brasil é a moeda eletrônica depositada em uma conta de pagamento, no âmbito do instituto jurídico-econômico dos arranjos e instituições de pagamento, regulados pela Lei n. 12.865/2013 (artigos 6º ao 15º), havendo nessa conta de titularidade do depositante, na instituição depositária, o registro de seu saldo eletrônico.

O saldo eletrônico poderá ser transportado em chips de cartão ou no celular, por meio de um aplicativo, e ser prontamente transferido ou convertido em moeda escritural, ou vice-versa, que representa, enfim, a moeda desmaterializada. Esse fenômeno também é conhecido, atualmente, como “bitização da moeda”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto chama este fenômeno “mobilidade financeira, que muda o fluxo de capitais no mundo, dando surgimento ao terceiro capitalismo e à moeda eletrônica, internacionalizando o sistema monetário” (2001, p. 38).

Em suma, o capital, nesse modelo da economia internacional globalizada, passa a não ter fronteiras e nem nacionalidade, circulando por mercados transnacionalizados, cujas regras são ditadas por uma economia, muitas vezes, supranacional.

O comércio ultrapassa o território dos Estados de Direito Nacionais, os quais interagem economicamente e se tornam interdependentes um do outro. Cita-se como exemplo dessas mudanças o aparecimento das empresas, corporações e

companhias globais, transnacionais ou supranacionais, em substituição às empresas multinacionais, como um poderoso instrumento rumo à mundialização do capitalismo e propulsor da globalização econômica.

A empresa multinacional do modelo fordista, com matriz de atuação global, porém, situada dentro dos limites da fronteira de um Estado Nacional delimitado, hierarquizada, dá lugar, progressivamente, à empresa supranacional ou transnacional, operando em escala mundial integrada, com uma estrutura desburocratizada e rápida, não se estabelecendo nos limites de um território delimitado (MARQUES NETO, 2002, p. 107). E é aqui que a estrutura produtiva irá progressivamente não guardar mais relação com um território nacional específico, havendo transnacionalização dos mercados e também do consumo.

Uma das consequências da interdependência entre os Estados de Direito na economia globalizada, digno de menção, é o atingimento de diversos Estados pelas crises financeiras, como a crise de 2008.

Gerada por complexos fatores de política financeira, “o colapso do sistema financeiro norte-americano que ocorreu em 2008 converteu-se em uma crise econômica e política de dimensões globais” (STREECK, 2012, p. 35), tendo em vista que os Estados de Direito estão interconectados economicamente, sendo o epicentro nos Estados Unidos, espalhou-se rapidamente a crise econômica dentre os demais países do mundo, interconectados entre si e dependentes economicamente da maior economia mundial que solapava.

“Quando a crise financeira eclodiu em 2008, ela veio pelo esgotamento da capacidade da economia norte-americana de persistir em um processo de aumento de alavancagem interna, e pelo colapso da intermediação financeira ocidental” (MIGUEL, 2011, p. 24).

A crise financeira de 2008 levantou questionamentos e fez reclodir a antiga discussão travada entre os ideais de John Maynard Keynes e Joseph Alois Schumpeter. Em síntese, Keynes defendia a regulação da economia pelo Estado, com controles efetivos sobre o mercado e garantia da satisfação dos interesses públicos, em um modelo de Estado identificável com o *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social. Schumpeter defendia uma economia capitalista baseada no livre jogo de mercado e na sua “mão invisível”, marcado pela auto-regulação, não protecionista, no qual as crises e períodos de turbulência ocasionais do regime capitalista são comuns.

E, José Eduardo Faria irá denominar a economia que atingiu níveis e proporções globais de “Economia Mundo” (2000, p. 88), afirmando em que consiste o conceito:

Por causa dessa evolução contínua, a “economia-mundo” consiste numa complexa rede de mecanismos inter cruzados e interligados de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços, num processo global de “acumulação via mercadorização” – mais especificamente, em redes e cadeias de mercadorias que atravessam as fronteiras nacionais.

Faria (2009, p. 307 e seguintes), ao contextualizar e expor os fatores históricos-econômicos-jurídicos que desencadearam a crise de 2008 na globalização econômica contemporânea, sugerirá alguns possíveis cenários e soluções para a tensão existente entre Estados de Direito Nacionais com capacidade de produção jurídica debilitada e a globalização econômica internacional geradora de um direito privado e contratual paralelo produzido pelas organizações econômicas supra ou transnacionais, os quais denomina de “o direito após a crise financeira” e responde a pergunta que faz a respeito do que resta, na contemporaneidade, daquele clássico Estado de Direito Nacional de outrora.

2.3 CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO NACIONAIS

O fenômeno da globalização que conecta economicamente os diversos Estados de Direito Nacionais, irá gerar efeitos e até mesmo modificar os seus pressupostos constitutivos mais referendados. “Estes processos todos, é óbvio, vão abalar os pressupostos do Estado Moderno, o qual, como vimos, liga-se umbilicalmente à sua territorialidade nacional”. (MARQUES NETO, 2002, p. 124).

O conceito de “soberania” enfrenta uma crise contemporânea, tendo em vista a dificuldade de conciliar a conceituação usual do elemento soberania com a ordem internacional, principalmente no ponto de vista econômico, pois, se mostra difícil aos Estados-Nação impor suas soberanias na ordem econômica internacional.

Porém, pertinente mencionar que, atualmente, a soberania se relativiza também, pois, os Estados enfrentam a concorrência de grupos e instituições, tais como as organizações e conglomerados econômicos, conseqüentemente

desvalorizando e enfraquecendo o poder e a soberania do Estado como instituição, individualmente considerada, gerando a crise de representatividade atual.

Logo, a crise contemporânea do conceito de soberania possui tanto uma perspectiva interna, quanto externa.

Nesse sentido, externamente, o atributo da soberania significa independência, com relação aos demais entes e instituições que integram a ordem jurídica internacional, não sendo os Estados submissos a nenhum desses. Significa também que todos os entes de direito internacional aceitam a existência do Estado e o reconhecem como dotado do atributo da soberania, respeitando seu poder de expedir determinações efetivas dentro de seu território aos seus próprios jurisdicionados.

“Soberania do Estado fundamenta-se externamente, diante dos demais sujeitos do direito internacional, a partir do reconhecimento recíproco da integridade das fronteiras estatais”. (HABERMAS, 2001, p. 82).

Este aspecto é relativizado atualmente, pois, na globalização econômica contemporânea o Estado passa a conviver com normas internacionais privadas, de natureza contratual, expedidas por instituições supra ou transnacionais, tais como OMC e FMI, sofrendo pressão internacional para assinar tais acordos, também assinados por outros Estados Nacionais e que repercutirão internamente.

Sobre a relativização atual do conceito externo de soberania, Ferrajoli e Atienza (2005, p. 5) comentam que “Em um mundo de soberanias desiguais e de crescente interdependência, não é de fato verdade que a eleição de um presidente ou de um parlamento por parte de um povo seja indiferente para o futuro de outros povos”.

Internamente, a crise do conceito de soberania é representada pelas dificuldades enfrentadas pelo Estado Nacional para monopolizar o direito e manter a efetividade de sua produção jurídica e legislativa, conforme tradicionalmente o faz. A soberania se caracteriza pela imposição aos jurisdicionados, ao conjunto de indivíduos localizados dentro de seus limites territoriais e que são subordinados.

O cenário econômico globalizado exerce pressão sobre a forma de institucionalização e organização administrativa do Estado Democrático de Direito Nacionais, assumidas no pós-guerra europeu, por meio de um processo democrático, e irá limitar as políticas públicas, cambiais, monetárias e tributárias dos Estados de Direito Nacionais.

As consequências da globalização internamente nos Estados de Direito são também econômicas, na medida em que os Estados já não conseguem mais comandar a produção e controlar suas finanças, pela influência e pressões da economia externa. “Diminuem conseqüentemente as possibilidades de controle dos Estados sobre a economia, sempre mais autônoma no mercado global” (FERRAJOLI; ATIENZA, 2005, p. 6).

Porém, as consequências não são apenas econômicas. O poder decisório do Estado é posto à prova. Suas instituições e a forma como estão organizadas se mostram não eficientes como outrora. Há internamente consequências sociais que se constituem como novos desafios aos Estados de Direito que precisam se reinventar em vários aspectos, no Século XXI.

Porém, conforme se afirmou outrora, a organização da sociedade por meio da instituição Estado Democrático de Direito está longe de findar-se, apenas passando atualmente por uma reformulação de seus conceitos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, mesmo diante do cenário econômico global atual, apesar da relativização da soberania vivenciada na prática pelos Estados Nacionais, também continua ressaltando a significância deste elemento que constitui os Estados de Direito Nacionais, nos termos do princípio da autodeterminação dos povos e ao estabelecer que “a vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos”, em seu artigo 213.

O conceito de soberania passa por nova redefinição, mas não quer dizer que deixa de existir. Na verdade, todos os clássicos componentes do Estado de Direito Nacional (povo, território e soberania), bem como sua organização administrativa e suas instituições clássicas, tendem a ser rediscutidos no cenário econômico globalizado internacional, e não há razões para resistências infundadas diante da elaboração de novas teorias ou redefinição de antigas teorias, com novas perspectivas, já que, o Estado não é algo imutável e constante, podendo seus pressupostos alterar-se através do tempo (MARQUES NETO, 2002, p. 23)

Ferrajoli e Atienza (2005, p. 4) questionam “qual é o futuro da democracia política e do Estado de direito projetado pela crise atual de seu pressuposto, quer dizer, do Estado nacional como ordenamento originário, unitário, auto-suficiente e independente?”.

A globalização econômica e o relacionamento necessário entre os diversos Estados Nacionais que compõem o cenário jurídico internacional, imposto pela

dinâmica econômica, com integração de seus mercados financeiros poderá submeter as economias dos Estados Nacionais internamente à obediência das normas de natureza privadas, provenientes de acordos internacionais com características mercadológica, produzidos fora dos respectivos territórios dos Estados Nacionais.

““Crise do Estado”, como sabemos, significa essencialmente crise da soberania estatal, que se manifesta na transferência de cotas crescentes de poderes e funções públicas, tradicionalmente reservadas aos Estados, para fora dos seus limites territoriais”. (FERRAJOLI; ATIENZA, 2005, p. 3).

As normas mercadológicas de natureza privada no cenário internacional, cujo instrumento jurídico predominante são os acordos, existem para regular questões econômicas, cujo direito e suas instituições tradicionais já não dão conta de atuar, pois, tornam-se atrasados e obsoletos rapidamente.

Isto, por que, a economia tende a ser mais dinâmica que o próprio direito, com atuação mais ágil, a qual o direito não consegue acompanhar. O direito já não consegue prever e regular as novas relações econômicas internacionais do Século XXI.

O direito já não acompanha perfeitamente com a velocidade necessária a evolução da economia, sendo que a economia contemporânea globalizada obedece à lógica própria (FARIA, 2011, p. 35) e os institutos tradicionais e clássicos do direito já não são aptos e dinâmicos suficientes para regular diversas questões econômicas.

Os operadores do direito precisam ser melhor capacitados, atualmente, para lidar com questões interdisciplinares que a globalização econômica internacional exige, envolvendo conhecimentos especializados, tais como, contabilidade, informática, micro e macroeconomia, finanças, conhecimentos bancários, ciências atuariais, dentre outras matérias não propriamente jurídicas.

Para Faria (2000, p. 39) “o direito e o pensamento jurídico (...) encontram-se próximos de uma exaustão paradigmática (...) cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade”. “Restam sempre menos opções ao Estado nacional” (HABERMAS, 2001, p. 68).

Assim, os Estados Nacionais se veem questionados no desempenho de seu papel político, quando começaram a surgir problemas decorrentes da globalização, que modificou a estrutura econômica mundial e os Estados foram obrigados a

enfrentar um comércio mundial transnacionalizado, com consequências internas, tendo em vista que programas estatais acabam não sendo mais tão efetivos em âmbito nacional, pois, a agenda de prioridades do Estado se altera.

“Em suma, foi rompido o nexo democracia/povo e poder decisional/Estado de direito, tradicionalmente mediado pela representação e pelo primado da lei e da política através da qual a lei se produzia”. (FERRAJOLI; ATIENZA, 2005, p. 3).

Os Estados de Direito Nacionais individualmente considerados não são os únicos atores e participantes da economia internacional globalizada. Há outras instituições atuantes no cenário econômico mundial, de natureza transnacional, gerando uma pluralidade de fontes decisórias externamente, representativas da vontade da maioria mais potente economicamente, com a qual os Estados são obrigados a conviver, o que não deveria influenciar internamente nos Estados de Direito Nacionais, o qual, teoricamente, é o detentor do monopólio da produção jurídica, legislativa e política, conforme visto.

“Assistimos a um forte processo de integração econômica entre países e mesmo entre blocos econômicos” (MARQUES NETO, 2002, p. 110). Os atores econômicos são, por exemplo, as organizações internacionais, tais como, a OMC – Organização Mundial do Comércio ou o FMI – Fundo Monetário Internacional, ou ainda, empresas transnacionais, os quais se autonomizam e atuam globalmente e não apenas nos limites de uma única fronteira territorial nacional. Estas novas instituições produzem um direito que normatiza e regula as relações econômicas no nível internacional, que possui natureza privada e contratual, caracterizando-se predominantemente por acordos comerciais.

As grandes corporações econômicas e financeiras, tais como, FMI, GATT, OMC, etc., dotadas de grande capacidade de interferir no jogo econômico, podem induzir os Estados Nacionais a um ciclo vicioso de aderência às decisões internacionais econômicas de seus interesses, “sob a ameaça de retirada de investimentos, desmobilização de plantas industriais ou, no caso dos países periféricos, simplesmente de marginalização no panorama econômico mundial” (MARQUES NETO, 2002, p. 126).

Quando os Estados Democráticos de Direito Nacionais se comprometem a cumprir os mencionados acordos, as obrigações daí decorrentes podem comprometer suas atuações internas, perante seus próprios jurisdicionados em seus territórios, dificultando a eficiência e o cumprimento pelo Estado, por exemplo, de

certas políticas públicas e ações sociais, para concretização de direitos sociais, como educação, saúde, moradia, direitos dos trabalhadores, transporte, lazer, segurança, previdência social, dentre outros, listados na Constituição Federal de 1988, no artigo 6º.

Com a intensificação dos fluxos comerciais e financeiros e dos investimentos produtivos e especulativos em escala planetária, como, por exemplo, podem os eleitos num pleito democrático cumprir seus compromissos com os eleitores, uma vez que os mecanismos de controle do movimento dos capitais reais e financeiros no espaço territorial e os instrumentos de implementação e execução de políticas públicas à sua disposição têm sido enfraquecidos em seu poder de *enforcement* pela globalização econômica? (FARIA, 2000, p. 31).

“Não importa o que se faça com a globalização da economia, ela destrói uma constelação histórica que havia provisoriamente permitido o compromisso do Estado social”. (HABERMAS, 2001, p. 68).

Os Estados, ao assinarem os acordos comerciais por pressão dos demais atores atuantes na economia internacional globalizada, acabam por assumir uma determinada obrigação que implica renúncia a tantas outras, tais como, as sociais, tendo em vista que os recursos orçamentários são finitos, redirecionando o Estado sua atuação para o cumprimento dos acordos, o que implica uma mudança das prioridades do Estado, que pode influenciar, por exemplo, nas políticas fiscais adotadas.

A pressão exercida pela globalização econômica internacional é relevante e vai influenciar nos destinos dos Estados Nacionais, bem como de suas instituições, que necessitam reformular-se para continuar sendo efetivas. Assim sendo, “as decisões relevantes não competem mais aos poderes estatais, mas, sim, a poderes supra estatais, aos poderes dos outros Estados ou, pior ainda, aos poderes econômicos do mercado” (FERRAJOLI; ATIENZA, 2005, p. 5).

“Inicia-se um período histórico em cujo âmbito a economia cada vez mais se impõe sobre o debate público e as agendas governamentais de todos os países” (FARIA, 2000, p. 23). E a capacidade dos Estados de Direito Nacionais de mediar e satisfazer as demandas sociais internamente diminui.

“Os mercados” passaram a ditar por vias sem precedentes o que Estados supostamente soberanos e democráticos ainda podem fazer por seus cidadãos e o que devem lhes recusar (STREECK, 2012, p. 54).

A Constituição Federal Brasileira traz em seu capítulo II, denominado “DOS DIREITOS SOCIAIS”, diversos direitos que cabe ao Estado Democrático Brasileiro garantir, quais sejam, educação, saúde, alimentação, trabalho e garantias dos trabalhadores, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados.

Habermas (2001, p. 65) tece a seguinte indagação, a respeito da existência de uma contradição entre o capitalismo e a democracia, no tocante a um mercado regulado, posto em contrapartida à satisfação de direitos sociais:

O problema é tão antigo quanto o próprio capitalismo: Como pode-se utilizar de modo efetivo a função de alocação e de descoberta de mercados auto-regulados sem se arcar com os custos sociais e com as divisões díspares que são incompatíveis com as condições de integração das sociedades compostas de modo liberal e democrático?

Além da produção se fragmentar, a globalização fragmenta também os interesses sociais, que passam a ser nucleados. Tendo em vista a escassez de recursos, por vezes, internamente nos Estados de Direito Nacionais, o atendimento de uma demanda social, pode ser excludente em relação à satisfação de outras demandas.

A multiplicação de demandas sociais desatendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o Estado para, num contexto de escassez de recursos, terem suas expectativas seletivamente atendidas. (MARQUES NETO, 2002, p. 117).

Logo, diante da incapacidade dos Estados Nacionais de atender as demandas sociais e exercer suas funções institucionais com eficiência, ainda mais em uma sociedade complexa e multifacetada, passaram a surgir e atuar internamente as organizações não governamentais, novas instituições e centros não estatais, destinados a satisfazer necessidades coletivas, de interesse público, das quais os Estados já não dão mais conta de atuar.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 39) cita os fatores da crise de Estado:

- 1° - o Estado perdia poder no processo produtivo;
- 2° - o Estado acumulava déficits crescentes;
- 3° - o Estado não tinha recursos para atender com um mínimo de eficiência aceitável as demandas da sociedade e

4° - o Estado não tinha mais condições políticas de aumentar indefinidamente a carga tributária sobre a sociedade, o que, no caso do Brasil, elevou-se de 4% a cerca de 33% do PIB.

Assim, é possível perceber a aproximação das esferas públicas e privadas, internamente nos Estados de Direito Nacionais, tradicionalmente marcadas pela dicotomia, tendo em vista que, as instituições atuantes paralelamente aos Estados de Direito provêm da esfera privada, porém, exercem funções de interesse público. A aproximação entre o público e o privado é latente e muda-se radicalmente o papel do Estado.

A aproximação entre esferas pública e privada começou a se tornar mais intensa a partir do momento em que o Estado passou a exercer encargos sociais, atuando em setores outrora exclusivos da esfera privada e da atuação dos particulares.

“São visíveis e bastante fortes os efeitos do processo de internacionalização econômica na superação da separação público/privado” (MARQUES NETO, 2002, p. 137). “(...) essa distinção vem sofrendo um processo de transformação, uma vez que a extensão das funções do Estado para o campo de regulação das relações do mercado impede que se faça uma relação pura e direta entre privado e mercado”. (BETIOL; GALVÃO; SILVA, 1997, p. 30).

Logo, por exemplo, funções de interesse público passaram a ser desempenhadas também por entidades pertencentes à esfera privada, tais como, as organizações não governamentais, ou ainda o desempenho de funções decisórias por entidades dotadas de interesses econômicos, tais quais as corporações econômicas.

A intervenção do Estado de Direito na economia e sua participação no mercado, no qual tradicionalmente atuam os agentes particulares, também é um exemplo desta aproximação entre as esferas pública e privada. Paulo Pereira Miguel (2011, p. 65) defende que:

Se o governo é capaz de fazer algo positivo a respeito das falhas de mercado, que o faça com controles institucionais adequados. Nos maiores exemplos de sucesso no desenvolvimento econômico, houve forte participação estatal.

Atualmente, o público se privatiza e o privado se publiciza, havendo intercâmbio entre as esferas jurídicas, por meio da transferência de tarefas públicas

a entidades privadas e da utilização de instrumentos privados, tais quais os contratos, pelo Estado.

E a globalização econômica internacional irá influenciar a atuação interna dos Estados Democráticos de Direito Nacionais, na medida em que o cumprimento dos acordos comerciais pode custar dinheiro e dispersar os recursos orçamentários finitos do Estado, redirecionando-os e dificultando o cumprimento das ações estatais para satisfação dos direitos sociais internamente.

Na teoria, o Estado de Direito internamente é mesmo soberano e não (deveria) sofrer interferências internas pela movimentação internacional econômica, porém, na prática, a realidade é outra, sendo objeto de discussão a crise dos Estados de Direito, que se trava no âmbito interno e institucional, diante da globalização econômica.

Os governos nacionais enfrentarão imensas dificuldades para compatibilizar a contemporânea necessidade de inter-relacionamento internacional econômico entre as nações com suas políticas internas, diante da pressão do capital integrado em escala mundial e da necessidade de convivência com as organizações transnacionais e supranacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC³), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), o bloco econômico composto pelo Tratado Norte Americano de Livre Comércio (NAFTA), a Comunidade Econômica Europeia (CEE), a Organização Internacional do Comércio (OIT), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), dentre outros, que são fonte de um direito internacional privado e contratual, à parte do direito produzido pelos Estados Nacionais.

A par disso, o fato é que a convivência dos Estados nacionais com um direito não estatal, não democrático e sem legitimidade constitucional, produzido pelas instituições e empresas supra ou transnacionais é latente na economia

³ De acordo com Seitenfus (2014, p. 163) convocou-se, em 1947, a Conferência de Havana com o intuito de criar uma Organização Internacional do Comércio (OIC). Foi um aparente fracasso, pois, os 23 países presentes firmaram apenas um GATT, uma aposta na liberalização do comércio internacional. Apesar de sua natureza singular e pouco ambiciosa, o GATT conseguiu, por seu dinamismo, fazer o comércio internacional crescer, em meio século, quatro vezes mais do que a produção mundial. Se em 1947 o número reduzido de signatários impossibilitava a criação da mencionada OIC, em find de 1994, em Marakesh, o grande número de países presentes praticamente impôs o surgimento da OMC. Além disso, verificou-se um processo de universalização. Atualmente, o acordo é subscrito por 2/3 dos Estados e mesmo a China, país historicamente autárquico, associou-se à organização.

globalizada internacional, direito de natureza privada e contratual que atendem aos interesses do mercado, como acordos comerciais que refletem a prevalência da lei do economicamente mais forte.

De certa forma, esse comprometimento da atuação efetiva interna dos Estados Democráticos de Direito Nacionais, em razão das influências da economia internacional, conforme explicado, corresponde também à permanente tensão e contradição que sempre existiu entre capitalismo e democracia, agravada atualmente diante da pressão e controle exercidos internamente nos Estados Democráticos de Direito Nacional em virtude da economia globalizada, fator também influenciador em suas instituições.

No cenário da economia globalizada internacional, capitalismo e democracia vivenciam uma relação conflituosa e paradoxal internamente nos Estados de Direito Nacionais, o que pode gerar instabilidade social e econômica. Streeck chega a afirmar que (2012, p. 53): “(...) uma reconciliação duradoura entre estabilidade social e econômica nas democracias capitalistas é um projeto utópico”.

Enquanto o capitalismo necessita manter-se fiel às premissas de acumulação de riquezas, capital e ganho de lucros, de forma evolutivamente maximizada, ou seja, sempre mais, a democracia acaba por limitar esta ideia desenfreada, protegendo outros interesses não puramente econômicos, tais como os direitos fundamentais individuais e sociais internamente nos Estados de Direito.

“A expressão “globalização” evoca, em contraposição ao lastro territorial do Estado nacional, a imagem de rios transbordando que minam os controles de fronteira e que podem levar à destruição do “edifício” nacional” (HABERMAS, 2001, p. 86).

Logo, os desafios dos Estados de Direito Nacionais frente à globalização econômica internacional são internos, na medida em que, quanto maior a influência da economia global nos ordenamentos jurídicos nacionais, mais o Estado de Direito perde sua capacidade de produzir e efetivar o direito dentro de seus próprios territórios e, conseqüentemente, implementar políticas públicas democráticas efetivadoras dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Ou seja, as decisões democráticas internas dos Estados de Direito Nacionais não alcançam as decisões internacionais tomadas pelas organizações e conglomerados supra ou transnacionais no contexto da economia globalizada. Porém, o contrário é verdadeiro. “As fronteiras dos Estados tornam-se porosas”

(HABERMAS, 2001, p. 87), sendo que as fronteiras entre o externo e o interno tendem a diminuir.

Daí decorre um fator que contribui para a crise de representatividade dos Estados de Direito Nacionais, tendo em vista que perdem parte de seu monopólio jurídico, na medida em que as leis que produz em suas instituições não são efetivas e a democracia acaba se enfraquecendo internamente nos Estados diante das pressões externas econômicas.

Ora, o capitalismo, para ser compatível com a democracia, deveria estar submetido a um controle político na medida em que se desenvolve. Porém, com a ampliação do mercado global elevando em importância a figura das transnacionais ao lado do Estado nacional, ele entra em conflito com a democracia, tendenciosa a impor limites internos à ampliação do mercado internamente nos Estados de Direito nacionais.

Ainda sobre as tensões entre capitalismo e democracia, Faria (2011, p. 37), ensina que:

Por um lado, o capitalismo é uma força de acumulação que não suporta limites. É uma mecânica cuja força motriz é a continuação de uma acumulação sem fim. Por isso, a acumulação capitalista tem de ser mantida tão desimpedida quanto possível de restrições legais e estrangimentos fiscais determinadas por critérios de ordem política e ideológica. Por outro lado, como responde a anseios e interesses definidos com base no sufrágio universal e na regra de maioria, a democracia representativa possibilita a imposição de limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro, com o objetivo de assegurar algum equilíbrio entre enriquecimento privado e justiça distributiva.

A Constituição Federal de 1988 evidencia a necessidade de harmonização das tensões existentes entre capitalismo e democracia, ao constituir um Estado Democrático de Direito em seu preâmbulo, cuja livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência são um valor e dois princípios, respectivamente (art. 170, caput e incisos II e IV), a serem observados e elevados à nível constitucional.

O denominado “capitalismo democrático” ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, funcionando muito bem na parte ocidental do mundo, até os anos de 1970, com a expansão do Estado de bem-estar, pautado em políticas econômicas de cunho keynesiano, propiciando desenvolvimento econômico e social, sendo que, o que o seguiu foram crises econômicas, marcadas pela inflação, diante dos conflitos entre mercados capitalistas e políticas democráticas.

O capitalismo democrático, que caracterizou o *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social entrou em declínio. “A globalização econômica constitui o principal desafio para a ordem social e política nascida na Europa pós-guerra” (HABERMAS, 2001, p. 65).

Wolfgang Streeck define o “capitalismo democrático” como (2012, p. 37):

(...) vou caracterizar o capitalismo democrático como uma economia pautada por dois princípios ou regimes conflitantes de alocação de recursos: o primeiro opera de acordo com a produtividade marginal, ou com aquilo que é exposto como uma vantagem por um “livre jogo das formas de mercado” e o outro se baseia em necessidades ou direitos sociais, tal como estabelecidos por escolhas coletivas em contextos democráticos.

O capitalismo democrático significa um capitalismo “inclusivo” (VILLATORE; GOMES, 2014, p. 218), no Estado Democrático de Direito, no sentido de minimizar as desigualdades sociais, mediante ações do Estado que combatem os efeitos sociais deletérios do capitalismo liberal que aniquila com a dignidade humana.

O período denominado por Streeck de “capitalismo democrático”, do Pós-Guerra, é denominado por Gomes (2009, p. 174) como os “anos dourados”, de 1945 a 1975, anos do Estado do Bem-Estar Social, época na qual o Estado interviu fortemente na economia, com fortalecimento de seu papel, com bons frutos, nos termos da política de John Maynard Keynes, época que, nas palavras de Gomes, deveria ser lembrada como parâmetro e exemplo para superação da crise.

Streeck afirma também que a crise econômica atual, iniciada em 2008, é uma decorrência da crise do capitalismo democrático, afirmando que “(...) segundo teorias tradicionais da “escolha pública”, as crises econômicas basicamente se originam de intervenções políticas que distorcem os mercados visando metas sociais” (2012, p. 37).

O fato é que, entre as demandas por direitos sociais e os mercados capitalistas, que precisam ser livres para operar, há uma tensão. Cabe aos Estados de Direito Nacionais, atualmente, lidar também com isto e promover esta mediação entre ambos os fatores.

Cabe aos Estados de Direito tentar equilibrar as expectativas de lucros dos mercados a que estão necessariamente inseridos na globalização econômica internacional atual, o que se impõe aos seus cidadãos internamente, ao mesmo tempo em que procura resguardar sua legitimidade democrática e a efetividade de suas instituições, também internamente.

A Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998, p. 01) dispõe sobre a importância da conciliação das tensões existentes entre capitalismo e democracia, ao reconhecer que o crescimento econômico é essencial, porém, insuficiente para assegurar equidade, progresso social e erradicação da pobreza, cobrando da OIT – Organização Internacional do Trabalho, a promoção de políticas sociais sólidas, justiça e instituições democráticas.

A par disto, o fato é que os Estados Nacionais já não podem mais deixar de se inter-relacionar internacionalmente para sobreviverem na economia globalizada e, inclusive, internamente, no âmbito de suas legislações nacionais, acabam por ceder às pressões econômicas, buscando criar ambiente propício para entrada de capital em seus territórios, por meio da desregulamentação financeira (diminuição da carga tributária, de barreiras alfandegárias, das burocracias governamentais, renúncias fiscais, dentre outras medidas).

Este processo gerará sacrifícios por parte do Estado-Nação, em detrimento de sua atuação interna, em prol de negociações econômicas internacionais e deslocará o eixo decisório do Estado de Direito Nacional para o mercado econômico e financeiro, com a perda de parcela da soberania do Estado de Direito Nacional, na medida em que perde sua autonomia, já que suas decisões internas podem colidir com os interesses e negociações internacionais, dotadas de déficit democrático.

Mais do que nunca, o poder econômico parece ter se tornado poder político, enquanto os cidadãos parecem estar quase inteiramente despojados de suas defesas democráticas e de sua capacidade de imprimir à economia interesses e demandas que são incomparáveis com os dos detentores de capital (STREECK, 2012, p. 56).

Além de que, não há uma esfera pública internacional à altura da globalização. “O principal efeito da crise do Estado no plano internacional tem sido de fato um vazio de direito público, ou seja, a falta de regras, de limites e de vínculos (...) diante dos novos poderes transnacionais” (FERRAJOLI; ATIENZA, 2005, p. 7).

Logo, o vazio de direito público externamente é preenchido por um direito privado, de natureza contratual, com déficit democrático, pois é produzido por instituições dotadas de interesses econômicos, não escolhidas pela vontade da maioria por vias democráticas que irá influenciar internamente nos Estados Democráticos de Direito Nacional, comprometendo sua atuação, conforme afirmado.

E também, uma pretensão de ordem jurídica mundial não poderá se esgotar na institucionalização de mercados e na normatização de interesses meramente econômicos externamente, sendo que as instituições supranacionais de atuação mundial, na ordem econômica globalizada, deveriam preocupar-se, também, com os interesses sociais, outrora restritos ao âmbito interno dos Estados de Direito Nacionais e com a manutenção da democracia, também para além do Estado Nacional.

“Muitas bases infra-estruturais da vida pública e privada, caso sejam abandonadas à regulação do mercado, estarão ameaçadas de decadência, destruição e de descuido” (HABERMAS, 2001, p. 98).

Porém, “a ideia de uma política que abarcaria todos os mercados ainda não amadureceu sequer em um projeto” (HABERMAS, 2001, p. 71), sendo que a sociedade mundial está “conectada anarquicamente” (idem, p. 112), ainda não havendo uma solidariedade ou identidade cosmopolita e nem políticas de regulação da sociedade mundial cada vez mais evoluída por conta da globalização.

“À crise dos Estados e, portanto, ao papel das esferas públicas nacionais, não correspondeu a construção de uma esfera pública à altura dos processos de globalização em curso” (FERRAJOLI; ATIENZA, 2005, p. 8).

A expansão do neoliberalismo e a pressão do direito de natureza privada e contratual internacional, produzido pelas organizações supranacionais, em detrimento do direito produzido pelas instituições dos Estados Nacionais, gerarão reflexos negativos no ordenamento jurídico interno e aí se caracteriza a crise de efetividade dos Estados Democráticos de Direito Nacionais.

Ferrajoli e Atienza (2005, p. 03) ainda a respeito da “Crise do Estado”, denominam-na de “inegável e irreversível”, afetando a democracia e o Estado de Direito, à medida em que são obrigados a acatar decisões que implicarão na esfera pública, tomadas fora de seus territórios por instituições supra ou transnacionais não estabelecidas democraticamente, mas, sim, pelos poderes econômicos do mercado, ou ainda, decisões tomadas por outros Estados, o que relativizaria a soberania dos Estados Nacionais.

Os Estados Nacionais enfrentam pressões e resistências econômicas internacionais em relação às políticas fiscais e redução ou aumento dos impostos, por exemplo, o que poderia comprometer importações e/ou exportações, e que acaba comprometendo o lançamento de políticas públicas e os direitos sociais dos

cidadãos, bem como, influenciam no funcionamento das instituições e na organização dos próprios Estados, “o que força os Estados nacionais a impor sacrifícios à sua população” (STREECK, 2012, p. 54), não detendo mais capacidade para administrar as tensões existentes entre democracia e capitalismo.

E, internamente, direito e normatividade produzidos pelos Estados Democráticos de Direito Nacionais passaram a ser ineficientes. O ordenamento jurídico nacional e as instituições jurídicas não detêm mais o monopólio da produção jurídica, não conseguindo mais regular com a primazia de outrora as diversas relações contemporâneas, sendo ineficientes, se tornando rapidamente obsoletos e estando rotineiramente atrasados.

Neste contexto perde força o padrão normativo ditado pela imperatividade e impossibilidade típicas do Direito Positivo e seus mecanismos de controle coercitivos, os quais dão lugar a mecanismos de *soft law*, a vinculações de natureza obrigacional, a legislações produzidas no âmbito de organismos multilaterais e vinculantes dos atores econômicos (...). (MARQUES NETO, 2002, p. 112).

Porém, conforme já afirmado, acredita-se que os Estados de Direito como instituição jurídica, dotados de personalidade jurídica e atuantes no cenário econômico internacional, não deixam de existir ou de serem atores relevantes, apesar de abaladas suas prerrogativas institucionais, carentes por uma reformulação.

Os Estados passam a ser obrigados a conviver com outras fontes decisórias, passando por um período de transição e evolução, tanto externamente, como internamente. No contexto dos fenômenos ora tratados, o Estado de Direito com características de prestador e interventor passa a ser regulador, detendo importância para disciplinar e controlar a prestação dos serviços públicos pelos particulares no âmbito da esfera privada, o que fortalece a ideia de que o Estado está longe de desaparecer como instituição.

Acerca deste ponto, Paulo Pereira Miguel salienta que a evolução do Estado de Direito frente aos processos sociais e econômicos dinâmicos, ora tratados, é gradativa, respeitando um processo evolutivo:

Os mercados estão inseridos em contextos sociopolíticos particulares, que, por definição, resultam de um processo evolutivo. Leva tempo para que as instituições e a atividade econômica privada se desenvolvam. A construção da estrutura regulatória e legal necessária ao pleno funcionamento de uma economia de mercado

também é um processo gradual e dependente do contexto institucional de cada país. (MIGUEL, 2011, p. 61).

Ferrajoli e Atienza (2005, p. 9) já salientaram a importância que a esfera pública tem para a proteção da paz, da segurança e dos bens e direitos fundamentais, essenciais à sociedade civil, o que não poderia ser alcançados por meios privados ou por meio dos negócios, mas apenas por meios públicos.

“A crise do Estado dos anos 80 e o processo de globalização em curso mostraram ser necessário reconstruir o Estado ao invés de simplesmente reduzi-lo ao mínimo” (PEREIRA; SPINK, 1998, p. 13). O fato é que “o importante não é chegar-se a um Estado grande, pequeno ou médio, ainda porque este conceito variará de País para País, mas a um Estado suficiente” (MOREIRA NETO, 2001, p. 40).

Os aspectos externos ao Estado de Direito, conforme tratado, tais como, a evolução da solidariedade, identidade e regulação de uma ordem jurídica mundial, ou a construção de interesses cosmopolitas, comuns entre os Estados e também entre às diversas entidades supra e transnacionais atuantes, no cenário global econômico, ou a criação da figura de um Estado mundial, não são propriamente o foco desta dissertação.

Fernando Luiz Abrucio (1998, p. 173) comentou que “em âmbito mundial, a administração pública encontra-se hoje num contexto que os historiadores chamam de revolucionário”. E Luiz Carlos Bresser Pereira (1998, p. 21) comenta também que “a ênfase se deslocou para a reforma do Estado, particularmente para a reforma administrativa. A questão central, hoje, é como reconstruir o Estado – como redefinir um novo Estado em um mundo globalizado”.

Logo, é possível concluir que estes processos todos dão lugar a novos mecanismos jurídicos internos e a uma conseqüente necessidade de repensar as instituições nos Estados Democráticos de Direito Nacionais, transformando a forma de organização do Estado e, conseqüentemente, da Administração Pública, no intuito de se resgatar a eficiência.

3 INFLUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NA ORGANIZAÇÃO INTERNA DOS ESTADOS DE DIREITO: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À GERENCIAL

Contextualizado o cenário econômico globalizado descrito, em uma visão internacionalista da questão, volta-se agora para as influências desses processos mundiais internamente nos Estados Democráticos de Direito, especificamente em sua organização político-administrativa.

Nos termos da consagrada doutrina de Montesquieu, iniciada por Aristóteles, as funções do Estado de Direito cingem-se (para melhor execução de suas atividades, porém, sem perder a unidade) em três esferas, denominadas “Poderes”: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional mediante solução de conflitos de interesse e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas (DI PIETRO, 2006, p. 46).

A respeito do tema separação dos poderes na sociedade civil e a importância desta medida para o exercício dos poderes, Locke (1978, p. 91) explica o seguinte:

Como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam frequentemente separados.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 43), o Direito Administrativo estrutura-se a partir da Revolução Francesa, decorrente “da paulatina redução histórica (...) da submissão da Administração Pública ao Direito Privado, em razão da criação e desenvolvimento de uma Disciplina própria para reger essas relações”.

A organização político-administrativa do Estado Democrático de Direito está predominantemente situada no Poder Executivo, que exerce a função administrativa e a gestão do Estado, sendo o “direito administrativo ramo do Direito Público que

disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham” (MELLO, 2011, p. 29).

Logo, o Direito Administrativo, sucintamente, é o ramo do direito encarregado de disciplinar a função administrativa, exercida preponderantemente pelo Poder Executivo, bem como de dispor a respeito da organização do Estado e das pessoas e órgãos que exercem a função administrativa.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 43), Direito Administrativo se caracteriza como:

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

A Lei n. 8.666/93 que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos, dispõe em seu artigo 6º, inciso XI, a respeito da definição de Administração Pública, aduzindo que se trata da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, inclusive, as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas. E o termo “administração”, meramente, conforme inciso subsequente, tratar-se-ia de órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

O conceito inicial de Direito Administrativo, ainda que sucintamente descrito, tem importância para o trabalho, na medida em que se pretende traçar um recorte temático das inúmeras influências da globalização econômica internacional nos Estados Democráticos de Direito Nacionais, e focar nas evoluções sofridas pela organização político-administrativa dos Estados.

3.1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA ÀS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO ESTADO DE DIREITO NACIONAL: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA

No início desta dissertação, discorreu-se a respeito das origens do Estado Democrático de Direito, sendo que as origens do Direito Administrativo provêm da mesma época histórica. Ou seja, o Direito Administrativo moderno cresce em

importância com o Estado Moderno pós-absolutista, este derrubado pelas Revoluções Burguesas do século XVIII.

Logo, o Estado de Direito Nacional é o que alberga a noção de Direito Administrativo e suas funções. Isto, por que, o Direito Administrativo em seu paradigma clássico depende de um Estado de Direito unificado, soberano e detentor monopolístico do poder para funcionar.

Conforme já afirmado, o Estado de Direito que ganhou força no pós-absolutismo foi o Estado Liberal, marcado pela dicotomia público-privada e a ausência do Estado do que é próprio da esfera privada, cuidando apenas do que é público, abstendo-se de intervir na esfera particular dos cidadãos, sendo um Estado omissivo, não intervencionista, abstencionista, garantindo apenas os direitos fundamentais da primeira dimensão, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade.

O rompimento com o absolutismo monárquico rompeu também com uma modalidade de organização do Estado denominada patrimonialista ou paternalista, próprio das Monarquias absolutistas pré-capitalistas, da Idade Média, no qual não havia a dicotomia entre o público e o privado, sendo que o que era público se confundia com o que era privado.

Administração pública patrimonialista significa “a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados” (PEREIRA, 1998, p. 26). Quando das Revoluções Burguesas que derrubaram com o absolutismo monárquico, revelou-se a administração patrimonialista incompatível com o capitalismo industrial e com as democracias.

“É essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; a democracia só pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo que o controla” (PEREIRA, 2011, p. 48). Logo, uma administração burocrática que promovesse dicotomia entre o público e o particular era imprescindível nessa época histórica.

Ao romper com a Administração Pública patrimonialista, o Estado de Direito Nacional inaugura o modelo da Administração Pública burocrática, juntamente com a democracia, aquela considerada a melhor substituta da forma patrimonialista de outrora para organizar o Estado, na qual a dicotomia radical entre as esferas pública e privada foi imprescindível e fundamental para delimitar o campo de atuação do Estado e onde não poderia fazer-se presente, por ser campo de atuação dos

particulares. A economia encontrava-se na esfera do privado, típico do Estado Liberal.

Esta Administração Pública moderna que ganhou importância com as Revoluções Burguesas denominou-se “Burocrática”, “Racional-legal”, “Reforma do Serviço Civil” ou “Weberiana”, em virtude das contribuições de seu ideólogo Max Weber.

E, sobre suas características, é “racional-legal, baseada na centralização das decisões, na hierarquia, (...) unidade de comando, na estrutura piramidal do poder, nas rotinas rígidas, no controle passo a passo dos procedimentos administrativos” (PEREIRA, 2011, p. 48).

A Administração Burocrática representa a criação de uma administração profissional, em contraposição à Administração Patrimonialista. Trata-se de um modelo dotado de procedimentos rígidos, hierárquicos e com forte separação entre o que é público e o que é privado.

Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção – dois traços inerentes à administração patrimonialista – os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional. (PEREIRA, 1998, p. 26).

Administração Pública burocrática, portanto, é a albergada pelo Estado Democrático de Direito Nacional. Ocorre que, conforme capítulo precedente, o modelo de Estado Burocrático e o próprio direito nele estabelecido e consagrado enfrentam uma crise de representatividade atualmente, em virtude da globalização da economia, que evolui em níveis mundiais e se internacionaliza, sendo que o modelo organizacional administrativo interno dos Estados de Direito Nacionais já não consegue acompanhar a dinâmica da economia.

Isto ocorre em virtude da ausência de eficiência geral de sua atuação, tanto interna quanto externamente, bem como crise da noção de soberania, já que o Estado Nacional não consegue exercer mais o monopólio do poder, em seu próprio território, para seus próprios jurisdicionados, competindo e sofrendo as pressões do cenário econômico, tornando-se inefetivo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 37), citando a “mobilidade da informação, que altera o tempo e a distância (com a informática e a telemática)” e a “mobilidade da produção, que internacionaliza a economia”, comenta a respeito das

mudanças na Administração Pública decorrentes do cenário político-econômico mundial descrito:

A Administração Pública deve mudar porque o Estado está se transformando, por sua vez, pressionado pelas mudanças na sociedade. Isso ocorre no Brasil e no mundo; o fenômeno é global embora com intensidade e ritmo diferentes, conforme inserção de cada País no fluxo da civilização ocidental. Daí ser inevitável a necessidade de conhecer as tendências em curso para a boa escolha de alternativas de adaptação, em busca de respostas eficientes.

Consequentemente, em relação ao Direito Administrativo, o cenário econômico global, descrito no capítulo anterior, irá influenciar internamente na organização político-administrativa do Estado de Direito Nacional, culminando na conclusão de que “é necessário dotar o Estado de mais governabilidade e governança” e de que é preciso “além de garantir condições cada vez mais democráticas de governá-lo, torná-lo mais eficiente, de forma a atender as demandas dos cidadãos com melhor qualidade a um custo menor” (PEREIRA, 2011, p. 33).

A Administração Pública Burocrática também enfrenta uma crise contemporânea, juntamente com as noções e pressupostos clássicos do Estado de Direito Nacional, pelos mesmos fundamentos e motivações. Nota-se dois eventos concomitantes e coincidentes.

Joan Prats I Catalá (1998, p. 295) comenta que a administração pública burocrática não teria representado um sucesso em virtude da característica de racionalidade embutido no modelo organizacional, que acabou por desconsiderar os aspectos políticos do Poder Público, na opinião do autor, fracassando “porque se definia como uma operação basicamente técnica, politicamente neutra, indiferente ao sistema político em que devesse ser implementada”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 17) comenta a respeito das sucessivas “fases” passadas pela Administração Pública em sua história:

A administração pública, aqui entendida em seu sentido funcional e *lato*, como a gestão de interesses gerais constitucionalmente cometida às organizações políticas, passou por sucessivas fases evolutivas, sintetizáveis da seguinte forma: a do absolutismo, a do estatismo e a da democracia.

A fase do absolutismo, em que prevalecia o interesse do rei, caracterizando a administração regaliana.

A fase do estatismo, em que passou a prevalecer o interesse do Estado, caracterizando a administração burocrática.

A fase da democracia, ascendendo como prevalecente o interesse da sociedade, caracterizando a etapa da administração gerencial.

Fernando Luiz Abrucio (1998, p. 175) comenta que o “antigo modelo de intervenção estatal” entra em crise justamente quando a crise econômica começa a manifestar-se nas nações do mundo, na década de 70, no período da crise do petróleo, “quando uma grande crise econômica mundial pôs fim à era de prosperidade que se iniciara após a II Guerra Mundial”.

Neste sentido, a globalização econômica e a conseqüente crise de representatividade dos Estados de Direito e a insatisfação social internamente, geram também uma crise do modelo de organização administrativa dos Estados.

Portanto, a crise de representatividade do modelo clássico de Estado de Direito, conforme descrito no capítulo anterior, está intimamente ligada com a crise do modelo da Administração Pública burocrática.

A reforma ou a reconstrução do Estado, particularmente pela vida da Reforma Gerencial da administração pública, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que ameaça reduzir a autonomia dos Estados na formulação e implementação de políticas, e, principalmente, à crise do Estado, que começou a se delinear em quase todo o mundo dos anos 70, mas que só assumiu plena definição nos anos 80. (PEREIRA, 2011, p. 31).

O comprometimento de eficiência das instituições e das funções estatais, consideradas tradicionais, faz com que a Administração Pública “evolua” do conceito burocrático, para a Administração Pública Gerencial, na tentativa de recuperar sua eficiência.

Isto ocorre, por que a dinâmica da economia internacional globalizada põe à prova os modelos e instituições clássicas de gestão do Estado e cobra-lhe mais eficiência, sendo que a Administração Burocrática já não vem dando conta desta exigência. Ou seja, o comprometimento é das instituições e a reforma dar-se-á nestas, para gerar efeitos na gestão, em termos de eficiência.

Por fim, a globalização e todas as inovações tecnológicas que transformaram a lógica do setor produtivo também afetaram – e profundamente – o Estado. Na verdade, o enfraquecimento dos governos no que diz respeito ao controle dos fluxos financeiros e comerciais, somado ao aumento do poder das grandes multinacionais, resultou na perda de parcela significativa do poder dos Estados nacionais de ditar políticas macroeconômicas. (ABRUCIO, 1998, p. 176).

A Administração Pública burocrática, dotada de controle hierárquico, formalista e rígido dos procedimentos, com ênfase nos processos e não na qualidade e nos resultados, marcada por regulamentos fixos, rotina determinada, e responsabilidades bem demarcadas, cujo intuito é prevenir a corrupção e o nepotismo, mostra-se lenta, cara, com altos custos para ser mantida pelo Estado, obsoleta e ineficiente.

O próprio termo “burocracia” atualmente é mencionado, no senso comum, como um termo pejorativo para denominar as instituições públicas, sinônimo de algo lento e difícil de resolver. O cidadão e usuário de serviços públicos muitas vezes se vê diante de intermináveis filas, de formulários e questionários complexos e inacabáveis a preencher, da descortesia de servidores públicos, de procedimentos rígidos e difíceis de cumprir, etc., atribuindo esses males todos da Administração Pública ao modelo “burocrático”. Logo, o Estado burocrático já não mais consegue satisfazer com eficiência das demandas sociais, sendo que “os cidadãos exigem do Estado muito mais do que o Estado pode oferecer” (PEREIRA, 1998, p. 24).

Apesar do senso comum não expressar tecnicamente a verdade a respeito do termo “burocracia” na Administração Pública, o fato é que, anseia-se por uma Administração Pública com nuances mais efetivas e modernas. “A crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo; a globalização, o imperativo de redefinir suas funções” (PEREIRA, 2011, p. 33).

Sobre a relativização do conceito de Administração Pública Burocrática, Donald F. Kettl (1998, p. 80), identifica certos fatores importantes que levaram à bancarrota do modelo:

De modo especial, foi a tradicional hierarquia burocrática, com seus procedimentos baseados em regras e a rigidez que estas regras geram, que passou a ser vista como superada e inútil. Os cidadãos reclamavam da burocracia estatal autoritária que não funcionava; da inflexibilidade que ninguém conseguia alterar; dos programas e organizações que se superpunham e impossibilitavam a coordenação; dos organismos públicos, que pareciam mais interessados em promover seus próprios negócios do que em servir aos cidadãos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 23) comenta a respeito da flexibilidade que entende ser necessária para o bom desempenho das funções da Administração Pública:

(...) outorgar a necessária flexibilidade a entidades e órgãos para adequarem suas funções às diferentes necessidades de gestão da

coisa pública, segundo suas características próprias e não obedientes a uma rígida conformidade com um padrão burocrático geral predeterminado.

Importante mencionar, nesta oportunidade, a concomitante crise da noção clássica de “interesse público”, atributo peculiar ao Direito Administrativo, que se relaciona com a crise de representatividade interna dos Estados de Direito Nacionais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 59), “interesse público” significa o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

O conceito de “interesse público” clássico pode ser dividido em primário e secundário. Em breve síntese, interesse público primário é aquele dotado de supremacia sobre os interesses dos particulares, coincidente com o conceito de Mello. Interesse público secundário, por sua vez, são os direitos patrimoniais do Estado de Direito, que os defende como pessoa jurídica que é.

O conceito de interesse público proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello é a noção tradicional e clássica, monopolista e autoritária do direito pelo Estado, que está em crise. Diante da globalização, nem mesmo o interesse público fica mais restrito atualmente ao âmbito territorial nacional de um único Estado de Direito, se desterritorializando, já que a sociedade atual possui características globais, assumindo um caráter difuso, global, transterritorial e transindividual.

Para Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 145), o interesse público também enfrenta uma “crise” atual, por fatores externos à Administração Pública, quais sejam, a globalização e os efeitos decorrentes no Estado de Direito Nacional, descrito no capítulo anterior. O autor denomina este fator como contributo “exógeno” à crise do interesse público:

“(…) porquanto imposta por fatores externos à Administração Pública e ao Direito Administrativo, embora não independentes da crise endógena. Trata-se do colapso do conceito a partir dos processos que afetam a centralidade e a delimitação (confinamento) do poder decisório estatal. Fruto da internacionalização da economia e da fragmentação social, há pouco expostas, tais processos abalam inclusive os pressupostos de legitimação do poder político, incluindo obviamente a noção de interesse público”.

Esta crise do conceito clássico de “interesse público” se relaciona com a, também em fase de modificação, característica de dicotomia e separação clássicas entre as esferas pública e privada, inaugurada com as Revoluções Burocráticas (ou Burguesas, conforme denominado no capítulo anterior). “O interesse público não pertence à própria Administração como seu próprio, mas ao corpo social, pois, pouco a pouco o Estado vem perdendo o monopólio do público” (MOREIRA NETO, 2001, p. 24).

A dicotomia entre o público e o privado nos Estados de Direito também enfrenta uma crise contemporânea, havendo uma aproximação entre os interesses das esferas públicos e privados.

Os processos de mudança vivenciados pelos Estados de Direito na globalização não se identificam com a clássica polaridade entre o público e o privado, “especialmente quando organizações privadas assumem incumbências que deveriam estar a cargo do Poder Público ou quando a Administração se utiliza de fórmulas do Direito Privado para intervir nas relações de mercado” (MARQUES NETO, 2002, p. 146).

A crise da dicotomia entre o que é público e o que é privado, representa, na prática, uma aproximação da Administração Pública da esfera particular, do setor empresarial e da própria sociedade civil, componente do campo particular. O cidadão vive uma tendência de aproximação da Administração Pública, por meio de instituições criadas a partir do corpo social que intermediam esta relação Estado-Cidadão, substituindo instituições tradicionais e também nas várias espécies de parcerias entre Poder Público e setor empresarial, conforme afirmado.

A também já mencionada crise e relativização do conceito de soberania dos Estados, diante da globalização, influencia no processo de reforma das instituições, organização e gestão administrativa dos Estados:

A crise da noção de soberania traz a impossibilidade de permanência do caráter autoritário, monopolista e unilateral que o Estado (e, principalmente, seu aparato administrativo), possuía para estabelecer o que vinha a ser, no caso concreto, o interesse público (MARQUES NETO, 2002, p. 149).

Fernando L. Abrucio (1998, p. 175) menciona ainda que, a crise do Estado de Direito Nacional, guarida da Administração Pública Burocrática, tem como um de seus fatores a escassez de recursos públicos e o declínio do Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*, sendo uma consequência da crise do Estado

Intervencionista, de dimensão keynesiana, que intervinha na economia. “A capacidade de intervenção do Estado diminui drasticamente. O Estado se imobiliza” (PEREIRA, 2011, p. 35).

A respeito deste posicionamento, de que as diversas crises mencionadas, culminando na ineficiência do Estado, tiveram como contributo a crise do Estado de Bem-Estar Social, Bresser Pereira (2011, p. 49):

No momento em que o pequeno estado liberal, do século XIX, deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que esse tipo de administração não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público.

A crise de representatividade do Estado de Direito Nacional, em virtude das pressões promovidas pela globalização econômica, traz à tona na contemporaneidade o tema da “Reforma do Estado”. Trata-se de uma tendência mundial, que percorre governos que têm sofrido pressões da globalização econômica e sentido a necessidade de modernizar e agilizar o setor público.

Discorrer acerca da Reforma do Estado de Direito ou da chamada “modernização do setor público” significa, de modo geral, rever os tradicionais paradigmas do Estado, podendo ser um tema absolutamente abrangente, pois, a reforma pode ser fiscal e tributária, previdenciária, política, administrativa, etc.

“Alguns autores acreditam que esteja surgindo um novo paradigma administrativo global (por exemplo, Osborne & Gaebler, 1994 e Kettl, 1996), ocorrendo assim uma verdadeira revolução nos alicerces da burocracia moderna” (ABRUCIO, 1998, p. 174).

Luiz Carlos Bresser Pereira (2011, p. 23), inclusive alerta que há “um abuso da expressão “Reforma Administrativa” por parte dos políticos, que com frequência a utilizam para designar as mudanças do organograma que fazem quando assumem um cargo executivo nacional”.

Além de poder ser aplicada em diversos grandes ramos do direito, a “Reforma do Estado”, no âmbito da Administração Pública pode tratar, especificamente, das atribuições e atividades do Estado, do planejamento, da organização e estrutura da máquina governamental, da prestação de serviços públicos, da regulamentação e regulação, da formulação de políticas públicas e execução de programas, do orçamento público e administração financeira, dentre outros aspectos (SPINK, 1998, p. 149).

Atualmente a “reforma do Estado” vem assumindo muitas formas, mas seu uso é generalizado. Um de seus temas mais recentes tem sido o da importância de se passar da concepção burocrática de administração pública para o que vem sendo denominado “administração pública gerencial” (SPINK, 1998, p. 155).

Logo, o termo “Reforma”, seja do Estado ou da Administração, dada sua amplitude, deve ser usado com parcimônia. Conforme já é possível perceber, o tema desta dissertação cinge-se na Reforma Administrativa, a qual está situada em um contexto geral e maior de reformas do Estado de Direito e outras mudanças, que nem tanto reformas são, mas que buscam redefinir o papel do Estado, tratando-se, especificamente, da passagem da Administração Pública de natureza e características burocráticas, para uma Administração Pública cuja pretensão é ser mais eficiente, denominada “Pós-Burocrática” ou “Gerencial”.

A reforma do Poder Executivo continua sendo o ponto mais importante da reforma do Estado. O Poder Executivo inclui a Presidência, os ministérios e o imenso conjunto de aparelhos administrativos que deles depende, incluído aí o setor público empresarial. (CATALÁ, 1998, p. 298).

Portanto, parte da reforma do Estado diz respeito ao âmbito do Poder Executivo, tendo em vista que, a organização político-administrativa está predominantemente situada no bojo do Poder Executivo, o qual exerce a função administrativa e a gestão.

3.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: CARACTERÍSTICAS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Primeiramente, importante ressaltar, conforme já foi afirmado no decorrer desta pesquisa, que, reformar a Administração Pública, por admitir a existência de uma crise das concepções clássicas de organização administrativa dos Estados de Direito Nacionais, jamais significa admitir o enfraquecimento ou mesmo o desaparecimento ou a prescindibilidade dos Estados de Direito como importante instituição política, jurídica e social.

Pelo contrário, considera-se que o Estado de Direito é importante e ativo no contexto da Administração Pública gerencial, passando por uma reconstrução e evolução, inclusive se fortalecendo, dotado de importantes e imprescindíveis funções. Convém salientar que o modelo gerencial tampouco é completamente

coerente e também não é adotado por meio de uma única via igualmente por todas as nações (ABRUCIO, 1998, p. 174).

Pereira concorda, mencionando que, “embora a reforma gerencial tenha projeção mundial, seu impacto internacional é altamente variável, dependendo da história, cultura e lideranças políticas e administrativas dos diversos países” (2011, p. 52).

“Parece razoável que o Poder Público migre de uma estruturação piramidal para uma nova configuração, em que os poderes são ordenados como uma rede, articulada com os entes sociais” (MARQUES NETO, 2002, p. 157).

O Estado de Direito, na Administração Pública gerencial, desempenha proeminente papel regulador, ao passar, por exemplo, a prestação de determinados serviços públicos, antes monopólio estatal, a particulares por meio de concessões, permissões ou autorizações, ou por outra modalidade jurídica, o que implica um enrijecimento da atuação pública fiscalizatória e regulamentadora nesta área da atividade, para controle da qualidade, pois, o interesse na prestação desta atividade continua sendo público.

A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos serviços públicos monopolistas, nos investimentos em infraestrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir mundialmente. (PEREIRA, 2011, p. 34).

Além disto, importante ressaltar também que, admitir o modelo gerencial de Administração Pública não significa sepultar o modelo burocrático, pelo contrário. Ambas não são opostas, mas complementares. A implantação da Administração Pública Burocrática também representou uma reforma importante: a Reforma dos anos 30. Muitas das descobertas, conquistas e avanços burocráticos se mostram úteis e aplicáveis ao modelo gerencial que apenas dá um salto evolutivo, e não nasce do zero, como se em nada se relacionasse com a burocracia.

E também, deve ser relativizada a afirmação de que a própria Administração Pública patrimonialista foi superada, como se atualmente fosse meramente uma fase finalizada e estanque da organização administrativa. A Administração Pública patrimonialista, conforme já afirmado, caracteriza-se pelo fato de que, confundem-se o que é público com o que é particular, ou seja, no patrimonialismo o patrimônio

particular do governante se confunde com o patrimônio público. E esta característica ainda está vivamente presente na política brasileira atualmente.

E Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 17) afirma ainda, em tom crítico, que a etapa da Administração Pública burocrática no Brasil sequer chegou a se completar:

No Brasil, essa segunda transição juspolítica, da administração burocrática para a gerencial, está tendo seu início antes que se houvesse completado a primeira, pois, as atividades e comportamentos do Estado-administrador continuam aferrados a conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo personalizantes e ineficientes, herdados ainda da Colônia e pouco tocados no Império.

Dignas de transcrição as observações de Joan Prats I Catalá (1998, p. 296) a respeito da não contraposição absoluta entre os modelos de Administração Pública Burocrática e Gerencial e as consequências negativas de entendimento contrário:

Cria-se uma falsa oposição entre administração burocrática e administração gerencial. O risco é grande porque o necessário reformismo gerencialista tende a ignorar aspectos institucionais básicos, normalmente ligados à burocracia, entre os quais a segurança jurídica, a imparcialidade administrativa, a interdição de atos arbitrários e a responsabilização judicial de autoridades e funcionários. Sem isso não há mercados eficientes.

Dito isto, o modelo da Administração Pública Gerencial ou Pós-Burocracia vem como uma resposta à crise do Estado de Direito, sendo o aspecto administrativo da abrangente Reforma do Estado, na tentativa de tentar contornar sua falta de efetividade social interna contemporânea e modernizar o setor público. Na opinião de Pereira (2011, p. 45), os serviços sociais, tais quais os de saúde, educação e previdência básica, sentirão uma melhoria quando prestados por uma administração pública gerencial.

A ênfase gerencial na Administração Pública possui, portanto, uma perspectiva diferente da burocrática e está por trás dos atuais esforços de reforma no Brasil. Mecanismos como “gestão financeira, organização e métodos, elaboração de orçamentos, administração de pessoal, capacidade gerencial, treinamento de pessoal, desenho organizacional, agências reguladoras, etc” (SPINK, 1998, p. 156) compõem a reforma.

Neste sentido, por exemplo, a Lei n. 8.666/93 possui características burocráticas, na medida que dá ênfase aos processos, com procedimentos rígidos e engessados, na tentativa de evitar a corrupção nas licitações e contratos da Administração Pública, prescindindo muitas vezes de eficiência, conseqüentemente, tornando o procedimento lento.

Luiz Carlos Bresser Pereira (2011, p. 17) explica que a denominação “gerencial” se justifica, pois, “busca inspiração na administração das empresas privadas”. E afirma ainda que, o Estado de Direito proveniente destas ideias é “Social-Liberal”:

Social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal, porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente por intermédio de organizações públicas não estatais competitivas, porque tornará os mercados de trabalho mais flexíveis, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional (2011, p. 40).

Perigoso, porém, afirmar-se categoricamente que o Estado de Direito, albergador da Administração Pública gerencial, possui as características sociais que Bresser Pereira defende, diante, justamente, da aproximação dos setores privados e empresariais da sociedade, dos quais o setor público se distingue por tutelar o interesse da coletividade.

Logo, apesar do próprio autor alertar a respeito das peculiaridades do setor público não presentes nos setores empresariais da sociedade, ao definir o Estado da Administração Pública Gerencial como “Social-Liberal”, é preciso não olvidar que os setores empresariais da sociedade não estão interessados, prioritariamente, em efetivar interesses públicos, mas apenas seus interesses particulares.

Identificar a Reforma Gerencial com o Estado Social não parece apropriado, também, pois, os autores admitem que a globalização econômica tem exigido dos governos que promovam uma redução do tamanho do Estado, conseqüentemente reduzindo custos. E, portanto, a concretização dos direitos sociais e interesses da coletividade pela iniciativa privada torna-se um grande desafio.

Em todo o mundo, os cidadãos e seus representantes eleitos parecem simplesmente ter chegado à conclusão de que o governo de seu país, seja qual for o seu tamanho relativo, é grande demais e precisa ser reduzido, de que a administração pública é muito cara e

deve ser modificada para oferecer maior eficiência e maior eficácia. (KETTTL, 1998, p. 76).

Fazendo-se um adendo, parte dos autores discutem a respeito do incentivo a uma cultura de inversão de valores no setor privado, com base em preceitos éticos e morais, tendo em vista ser o desenvolvimento nacional composto pelo desenvolvimento econômico e social, sendo uma aspiração tanto do Estado de Direito quanto da sociedade e empresas, de forma solidária e colaborativa, sendo que, “a empresa como ente gerador de empregos e distribuição de renda, não pode ficar alheio a esta situação, ela deve sim, ajudar o Estado na promoção do desenvolvimento nacional” (BEGA; KNOERR; KNOERR, 2015, p. 96), detendo responsabilidade social.

Luiz Carlos Bresser Pereira, a respeito dos problemas da organização administrativa burocrática menciona que “o nepotismo e a corrupção conviviam com a burocracia, que era beneficiária de privilégios e convivia com excesso de quadros” (1998, p. 26).

Digno de nota histórica a experiência ocorrida na Inglaterra, nas décadas de 80 e 90, que, nos moldes de uma Reforma de Estado, promoveu a privatização de diversas empresas públicas, bem como terceirizou⁴ e delegou atividades outrora desempenhadas pelo Poder Público a particulares, assumindo que o Estado monopolista tenderia a ser ineficiente, posto que sobrecarregado de funções. E, a partir daí, o governo passou a controlar os resultados das atividades.

O Governo de Margaret Thatcher (1979-1990), na Inglaterra, desencadeou uma reforma denominada “Próximos Passos”. “As autoridades da administração nacional definiriam as políticas gerais, mas dois terços dos serviços públicos deveriam ser realocados em agências. (KETTTL, 1998, p. 83). “Entendia-se como desejável a importação de técnicas do mundo dos negócios, instilando procedimentos e abordagens gerenciais em estruturas administrativas já existentes” (PEREIRA, 2011, p. 52).

⁴ Interessante pontuar a respeito das diferenças entre os conceitos de privatização e de terceirização. Conforme alguns autores (Donadon, Pozzoli, 2015, p. 37), a privatização pode ser compreendida no sentido estrito ou amplo. Privatização em sentido estrito “entende-se ser a venda de empresas estatais, alienando-as ao setor privado, através da Bolsa de Valores ou da pulverização das ações por meio do sistema financeiro”. Já a privatização em sentido amplo é a própria terceirização, perpetrada por meio da delegação de serviços públicos, instrumentalizada por meio das figuras jurídicas tais como a concessão, permissão, autorização ou as próprias Parcerias Público-Privadas.

Fernando Luiz Abrucio (1998, p. 181) identifica três teorias da administração pública inglesa: “Gerencialismo puro”, “*Consumerism*” e “*Public Service Orientation*”.

O gerencialismo puro tem como objetivo primordial reduzir custos e aumentar a produtividade do setor público, na busca de eficiência, com adoção de instrumentos de avaliação de desempenho. Abrucio (p. 184) critica o modelo:

Os critérios de medição da eficiência poderiam se tornar tão rígidos quanto as regras e os procedimentos do modelo burocrático weberiano, levando à ineficácia e à falta de capacidade adaptativa. Enfocar apenas a eficiência governamental acarreta outro problema: não se atribui à avaliação da efetividade dos serviços públicos a devida importância. Efetividade é entendida aqui como o grau em que se atingiu os resultados esperados.

A teoria do *consumerism* identifica os destinatários de uma boa e de qualidade prestação de serviços públicos como sendo consumidores. Citando novamente Abrucio (1998, p. 187), que trata das teorias britânicas a respeito da Administração Pública Gerencial, o autor identifica três medidas incrementadas pelo governo inglês: a descentralização, a competição entre os serviços públicos e a adoção do modelo contratual.

E a teoria inglesa do *public service orientation* identifica o espaço da esfera pública e define seu conceito, como sendo “local de aprendizagem social. Isto é, esfera pública não é só o locus por excelência de participação dos cidadãos, mas sobretudo onde os cidadãos aprendem com o debate político” (ABRUCIO, 1998, p. 191).

Pereira (2011, p. 53) comenta a respeito da experiência gerencial inglesa e seus percalços, concluindo que:

O objetivo dos políticos conservadores no governo da nova direita, liderados pela única chefe de governo efetiva e consistentemente neoliberal de que tenho notícia, Mrs. Thatcher, era reduzir o tamanho do Estado e a carga tributária (...). formou-se, assim, uma aliança política, que não logrou reduzir o tamanho do Estado, dadas as resistências políticas do povo britânico (logrou apenas limitar a tendência ao crescimento), mas afinal reformou profundamente a administração pública britânica.

A Administração Pública gerencial vem como uma resposta à crise de representatividade do Estado de Direito, descrita no capítulo anterior, na tentativa de aumentar sua efetividade social, pois, procura dar ênfase aos resultados. “O aparato governamental precisava ser mais ágil e mais flexível, tanto em sua dinâmica interna

como em sua capacidade de adaptação às mudanças externas. Propunha-se, assim, a construção de uma nova burocracia” (ABRUCIO, 1998, p. 177).

As ideias da teoria gerencial têm a proposta de aproximar a Administração Pública, tradicionalmente situada na esfera pública, dos setores empresariais da sociedade, por meio de institutos jurídicos específicos, como, por exemplo, as agências reguladoras, as agências executivas, que firmam contratos de gestão, as parcerias público-privadas, organizações sociais (ONG), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), organizações não governamentais, etc.

Este modelo de organização e gestão administrativa atenua as marcantes características autoritárias e rígidas da Administração Pública burocrática, passando para uma Administração mais mediadora e flexível, sendo que a atenção às estruturas dá lugar à preocupação de melhoria do processo e a introdução de paradigmas empresariais, tendo como um de seus principais instrumentos e mecanismos de atuação o contrato, aproximando-se desta forma da esfera empresarial e muitas vezes promovendo parcerias com a iniciativa privada, por meio de seus institutos jurídicos específicos.

Na Administração Pública burocrática diz-se que, se um gestor público atua nos estritos limites da lei, pouco importando seu resultado, desde que se submeta rigorosamente ao Princípio da Legalidade e, assim agindo, administra bem e adequadamente o Estado. “Corrija os defeitos estruturais que os resultados aparecem” (KETTL, 1998, p. 86).

Na Administração gerencial, porém, busca voltar-se a atenção aos resultados finais e desempenho, alcançados pelos gestores. “Compromisso com a ideia de avaliar resultados é a base essencial do movimento global de reforma do setor público” (KETTL, 1998, p. 89).

Para Joan Prats I Catalá (1998, p. 303), ao comentar a transição entre a Administração burocrática e a gerencial: “A chave dessa transição está na “responsabilização”, não só pelo cumprimento das regras, mas também pela obtenção de resultados”.

A Administração Pública gerencial busca descentralizar a organização administrativa e delegar poderes, bem como dotar a gestão pública de uma maior autonomia para administrar, tendo como contrapartida mecanismos de avaliação de desempenho e de responsabilização perante a sociedade. Acredita-se que estas

delegações de poderes refletirão na eficiência e promoverão uma melhora nas práticas administrativas.

É digno de nota o Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, lançado durante a administração de Castelo Branco, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, criando a Administração Pública indireta, composta pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, promovendo “uma radical descentralização da administração pública brasileira, incluindo as empresas de propriedade do Estado” (PEREIRA, 1998, p. 31).

Sobre o Decreto Lei 200/97, Peter Spink (1998, p. 158), comenta que:

No Brasil, as comissões de reforma começaram a existir no primeiro período de exceção de Vargas, mas entraram num beco sem saída durante o período constitucional, ainda que todo o grupo da reforma tivesse se mantido ativo com o apoio institucional e internacional. Em 1967, três anos após o golpe militar, a reforma finalmente surgiria com o Decreto-Lei n. 200.

As aspirações do DL 200 foram atrapalhadas, em partes, pelo Regime Militar que vigorou no Brasil, de 1964 até 1985, sendo que nem sequer todas as pretensões burocráticas foram implementadas ainda no Brasil, conforme já afirmado. Logo, no Brasil, “a primeira tentativa no sentido de uma administração gerencial data de 1967 (...), consequência da crise do Estado” (PEREIRA, 1998, p. 31).

A respeito das tentativas e frustrações do Estado brasileiro nesta área, destaca-se, em 1979, o Programa Nacional de Desburocratização e, nos anos 90, o Programa Nacional de Desestatização que não surtiram grandes efeitos. Apenas em 1995 avanços consideráveis neste tema foram vistos, conjuntamente um impasse: “o país necessita de investimentos para crescer e retirar-se da crise financeira, porém, não possui recursos para tal” (MERLO; PAGLIONE, 2015, p. 149).

Digno de nota, a diferenciação exposta por Donald F. Kettl (1998, p. 108) a respeito dos conceitos de “delegação” e “descentralização” administrativa:

Delegação de poder é a transferência da capacidade decisória de níveis superiores da organização para os níveis inferiores (...). Descentralização é a redistribuição de funções e tarefas de unidades centrais da organização para unidades mais periféricas (...). Em resumo, delegação de poder diz respeito a quem cabe a responsabilidade pelas decisões; descentralização diz respeito a quem as executa.

Pereira (1998, p. 31) identifica ainda que, em 1985 a reforma administrativa iniciada com o DL 200/67 foi deixada de lado e de certa forma revertida, tendo em vista que o novo governo democrático tentou reestabelecer o modelo da administração pública burocrática, o que acabou fracassando e, após, com o governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, do qual Luiz Carlos Bresser Pereira foi Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (1995-1998), voltou-se à pauta a reforma gerencial.

A Constituição Federal de 1988 é adjetivada por alguns autores como um “retrocesso burocrático”, notadamente em virtude das características burocráticas trazidas pelo texto constitucional no capítulo destinado à Administração Pública.

“A crise da forma burocrática de administrar o Estado emergiu com toda a força no final dos anos 80, em função do retrocesso burocrático representado pela Constituição de 1988”. (PEREIRA, 2011, p. 41).

Apesar dos ares e dos ideais ora tratados, ainda hoje a Administração Pública brasileira apresenta elevados traços burocráticos, marcada pelo rígido e fixo controle dos processos e procedimentos administrativos, vinculando o administrador a uma estrutura organizacional hierárquica e disciplinar.

Fernando Luiz Abrucio (1998, p. 196) identifica desafios do modelo gerencial ou pós-burocrático frente às debilidades e dificuldades na implantação da própria reforma burocrática, em nações dotadas de problemas sociais e econômicos persistentes e as dificuldades dessas nações ajustarem-se perfeitamente ao novo modelo do Estado moderno:

O principal desafio do modelo pós-burocrático, no entanto, é definir que tipo de Estado deve ser construído para o século XXI. Tal pergunta é ainda mais decisiva se o foco for centrado nos países que não integram o “clube dos desenvolvidos”. Nessa parte do mundo, não ocorreu a adoção integral de um modelo burocrático weberiano, mesmo quando o Estado vivenciou uma expansão gigantesca de suas funções, como nos casos da Índia e do Brasil.

Fato é que, as reformas “precisam de tempo para se impor, de investimento em recursos humanos e em tecnologia (inclusive em tecnologia da informação, o que nem sempre é simples e fácil), e de atenção constante” (KETTLE, 1998, p. 105).

Luiz Carlos Bresser Pereira (1998, p. 22), cita dois importantes documentos decisivos para a Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil, quais sejam, a “proposta de emenda constitucional do capítulo da Administração Pública do Brasil” (Emenda n. 19/1998) e o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”,

lançado em 1995, sob a presidência de Fernando Henrique Cardoso, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, cujo Ministro era o próprio Bresser Pereira.

A Emenda da Reforma Administrativa, à época de sua promulgação, dividiu opiniões. Celso Antônio Bandeira de Melo, por exemplo, denomina-a de “*Emendão*”, “teratológica” (2010, p. 228) e “mal-tramada” (2010, p. 169). O autor entende que a Reforma Administrativa do Estado seria um movimento neoliberalista “falacioso”.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 147), em diâmetro oposto a Mello, vê na Reforma Administrativa pontos positivos, denominando os Estados de “Bem-Estar Social” de “Mega-Estados”, dotados de “aparelhos estatais hipertrofiados, centralizadores, burocratizados, ineficientes e, sobretudo, insuportavelmente dispendiosos”, apontando o lado positivo das novas tendências e a “necessidade de repensar o desenho da administração pública”.

O referido autor (2001, p. 150), inclusive, alerta para o fato de que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada inspirada no Estado criticado descrito, razão pela qual necessitou de emendas posteriores e, neste sentido, a Emenda Constitucional n. 19/1998 foi implementada no Brasil para tentar efetivar a tendência narrada em relação à organização política-burocrática-administrativa, em consonância com o novo paradigma econômico globalizado, promovendo a reforma administrativa na tentativa de desburocratizá-la, descentralizá-la e tornar a gestão pública mais efetiva.

O próprio Bresser Pereira destaca as controvérsias geradas à época da reforma, para depois mencionar sua aceitação progressiva, afirmando que:

A reação inicial à reforma foi, na verdade, de hostilidade, descrença e perplexidade. Hostilidade da parte daqueles que estavam comprometidos com a velha visão burocrática da administração pública, seja por uma questão ideológica, seja por se sentirem ameaçados em seus privilégios. (PEREIRA, 2011, p. 19).

Na Administração Pública Burocrática, portanto, aos gestores e funcionários públicos não é dada confiança, os quais devem basear sua atuação por meio de regras rígidas. Na gerencial, porém, os agentes são detentores de uma confiança limitada, “para que o gestor público possa ter liberdade de escolher os meios mais apropriados ao cumprimento das metas prefixadas” (1998, p. 30), com a qual o que se pretende que ocorra é um controle dos desempenhos e dos resultados alcançados pela gestão pública, complementar ao controle social.

No modelo gerencial, teoricamente, o gestor público será dotado de maior liberdade para administrar e concretizar o interesse público, na busca de resultados e eficiência, não estando rigidamente “preso às amarras” dos procedimentos.

O plano era substituir a autoridade e a rigidez pela flexibilidade; a atenção à estrutura pela melhoria do processo (...).
Há um consenso quase unânime em torno da ideia de que os administradores públicos precisam de maior flexibilidade para trabalhar, e de que o grande obstáculo à introdução dessa flexibilidade são os padrões vigentes de hierarquia e autoridade. (KETTTL, 1998, p. 80).

Diz-se “teoricamente”, pois, esta afirmação é temerosa diante do elevado nível de corrupção vivenciado pelo nosso país, sendo que a sociedade civil e os gestores públicos certamente ainda não estão moralmente (no sentido *lato* do termo) preparados para lidar com esta liberdade proposta.

“Administrar um sistema baseado em contratos por desempenho é muito diferente de administrar um sistema tradicional baseado na autoridade” (KETTTL, 1998, p. 116).

Porém, a debilidade da atual fase da moralidade e da ética da sociedade civil e dos gestores públicos brasileiros para lidar com uma maior liberdade e autonomia na administração dos recursos e patrimônio públicos, que a Administração Pública Gerencial propõe, sem que utilizem o público em seus próprios benefícios particulares, é interessante tema que propicia diversas discussões, dignas de um trabalho à parte.

O que se pode dizer inicialmente e pontualmente a respeito deste tema, é que não se pode olvidar que a Reforma Administrativa Gerencial deve necessariamente buscar a colaboração, entendimento e qualificação dos recursos humanos do Estado, ou seja, deve levar em conta o funcionalismo público e estudar de que forma sua atuação contribuiu para culminar com a crise e as necessidades de mudanças da Administração Pública Burocrática.

“A estratégia de implementação da reforma, por fim, deve levar em conta o convencimento de dois setores importantíssimos (...): os funcionários públicos e a população” (ABRUCIO, 1998, p. 193). E também Pereira (1998, p. 32) demonstra esta preocupação: “O maior risco a que se expõe esse tipo de reforma é ser vista como hostil ao funcionalismo público e, assim, não conseguir obter a cooperação do corpo de servidores”.

Não se pode prescindir da cautela de mencionar uma verdade que jamais pode ser esquecida nos caminhos a ser perquiridos pela Reforma Administrativa: Administração Pública não se confunde com a esfera empresarial. Bresser Pereira (2011, p. 26) reconhece esta peculiaridade:

Essas condições institucionais terão de ser necessariamente diferentes das existentes no setor privado, uma vez que o Estado não opera por meio de trocas, mas de transferências, o mecanismo de controle não é o mercado, mas a política e a administração, e o objetivo não é o lucro mas o interesse público. Mas poderão ser assemelhadas (...).

O setor público é muito mais complexo que o privado, dotado de diversas especificidades, envolvendo o exercício da política e de diversos valores peculiares, tais como o interesse público, que não está presente na iniciativa privada.

Também é importante pontuar que a aproximação do Poder Público das esferas privadas não poderá resultar em corporativismo, ou seja, a coisa pública jamais poderá confundir-se com os interesses privados, sob pena de assumir verdadeiras características patrimonialistas.

Logo, o Poder Público jamais poderá ser visto simplesmente como um fornecedor, pois, não é e nem jamais será apenas um “negócio”, mas, como um prestador de serviços públicos de interesse da coletividade, concretizador do interesse público e os destinatários não são apenas clientes, porém, cidadãos, cujos direitos fundamentais de que são portadores, são tutelados pela Constituição Federal.

Importante mencionar, diante da observação do parágrafo anterior, que há quem veja vantagens em substituir a noção de “clientes” por “consumidores” de serviços públicos, para se referir aos cidadãos, argumentando que “ter de disputar o interesse do consumidor, porém, é o incentivo que faltava a todos os provedores, públicos e privados, de serviços” (KETTL, 1998, p. 97).

E mais, “a teoria do cidadão-consumidor faz com que os burocratas tenham de considerar o desejo dos cidadãos a fim de modelar suas decisões fundamentais” (KETTL, 1998, p. 101) e também “mais do que as demandas por eficiência – cada vez mais importantes – a republicanização do poder público é uma bandeira fundamental aos cidadãos”. (ABRUCIO, 1998, p. 180).

A identificação indiscriminada da figura do consumidor à figura de um cidadão destinatário de serviços públicos é justamente uma das críticas ao modelo

inglês do *consumerism*, trazida por Fernando Luiz Abrucio (1998, p. 187), o qual aduz que “a crítica mais geral diz respeito ao conceito de consumidor de serviços públicos. Primeiro, à diferença existente entre o consumidor de bens no mercado e o consumidor dos serviços públicos”.

Pereira (1998, p. 33) comenta que: “Toda administração gerencial tem de considerar o indivíduo, em termos econômicos, como consumidor (ou usuário) e, em termos políticos, como cidadão”.

Apesar do autor citado (p. 102) mencionar que o conceito de “cidadão-consumidor já é fato consumado”, acredita-se que, na linha de raciocínio do que vem sendo dito, é necessário mesmo ter-se sempre em mente que o Estado de Direito tem como “consumidores” os cidadãos, não podendo comportar-se como um mero fornecedor de bens e serviços no mercado de consumo, tal qual a iniciativa privada, mas, como um prestador ou garantidor da prestação, por meio da atividade regulatória, de direitos fundamentais e sociais, previstos na Constituição Federal e guardião do interesse público.

“(…) o conceito de cidadão é mais amplo do que o de cliente/consumidor, já que cidadania implica direitos e deveres e não só liberdade de escolher serviços públicos” (ABRUCIO, 1998, p. 188).

O próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) dispõe a respeito da obrigação do Poder Público, seja diretamente, seja por meio de empresas às quais delega a prestação dos serviços públicos, nos termos do artigo 22, que dispõe que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos e também em seu parágrafo único, dispõe que, nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.

O fato é que, numa democracia, o papel do Poder Público é satisfazer os interesses públicos, da *res publica*, dos direitos públicos, que “são os direitos que nos asseguram que o patrimônio público (...), seja público; que seja de todos e para todos, e não (...) algo privatizado por grupos de interesse” (PEREIRA, 1998, p. 25), os quais jamais poderão ser satisfeitos pelo mercado privado.

3.2.1 Contratação com a Esfera Privada e Negócios Jurídicos na Administração Pública Gerencial

Recapitulando o afirmado, na Administração Pública Gerencial, portanto, pretende-se uma aproximação das esferas pública e privada, tendo como uma de suas facetas a realização de parcerias com o setor privado para a prestação de serviços públicos ou execução de obras públicas, em busca de eficiência.

Certamente que, a prestação de serviços públicos ou execução de obras públicas pelo setor empresarial pressupõe a delegação por parte da Administração Pública, a quem incumbe a concretização do interesse público, e dar-se-á sempre através de licitação.

E nesse sentido é o artigo 175 da Constituição Federal, dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. O principal instrumento jurídico da Administração Pública no modelo gerencial são os “contratos”, firmados primordialmente com a esfera privada, mas também entre entes da Administração Pública Direta ou Indireta.

Além disto, conforme afirmado, o Poder Público delega a prestação de diversos serviços públicos (ou execução de obras públicas) a setores privados, cabendo ao Estado de Direito a tarefa de regular e fiscalizar esta prestação, tendo em vista ser o titular do interesse público. Esta delegação, muitas das vezes, é realizada por meio de contratos que expressam parcerias entre o setor público e privado na prestação de serviços públicos.

Os contratos firmados pelo Poder Público com entidades do Terceiro Setor são um exemplo. Estas entidades são privadas, da sociedade civil e exercem atividade de interesse público sem finalidade lucrativa. São as organizações sociais, nos termos da Lei n. 9.637/98 e as organizações da sociedade civil de interesse público – Oscips, nos termos da Lei n. 9.790/99, regulamentada pelo Decreto n. 3.100/99, cujas parcerias com o Poder Público são regulamentadas pelo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, Lei n. 13.019/2014.

ONG são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que tem como atividades o ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente, nos termos do artigo 1 da Lei n. 9.637/98, alheias ao aparelho estatal.

Uma vez firmado o contrato de gestão com o Poder Público, devem cumprir o programa, metas e prazos de execução do contrato de gestão a ser fiscalizado pelo Poder Público, sob pena de serem desqualificadas como tais, após processo administrativo garantida a ampla defesa (artigo 16 da Lei n. 9.637/98) e gozam das vantagens de receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia (art. 12, parágrafo 3), receber benefícios orçamentários (art. 12) e servidores públicos cedidos às expensas do erário público (art. 14).

OSCIP, por sua vez, é uma qualificação atribuível, nos termos da Lei n. 9.790/99, a organizações particulares que também firmam contratos de gestão com o Poder Público. Esta qualificação de organização da sociedade civil de interesse público é aberta e vinculadamente atribuível (e não discricionária ao Poder Público, como as organizações sociais) a quaisquer pessoas jurídicas de direito privado requerentes que se enquadrem nos requisitos da legislação mencionada, quais sejam, não tenham fins lucrativos, prestem atividades socialmente úteis, não estejam incluídas no rol das impedidas (por exemplo, sociedades comerciais, organizações sociais, instituições religiosas, cooperativas, sindicatos e entidades criadas pelo Governo) e considerem em seus estatutos o artigo 4º da legislação, no que diz respeito à estrutura, funcionamento e prestação de contas.

Além disto, no âmbito da Administração Pública há as agências executivas que é denominação das autarquias e fundações integrantes da Administração Indireta Federal, que celebrem o denominado “contrato de gestão” com seu respectivo Ministério supervisor, e que possuam um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, sendo instituído positivado pela Lei n. 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e Ministérios.

O denominado “contrato de gestão” está previsto no artigo 37, parágrafo 8º da Constituição Federal, dispondo que autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e a remuneração do pessoal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 233), mais uma vez criticando os institutos jurídicos criados com a Reforma Administrativa, por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, sobre o artigo 37, parágrafo 8 da Constituição Federal e sobre os contratos de gestão, diz que:

É que, obviamente, a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração indireta jamais poderia ser ampliada por “contrato” (...) a autonomia das sobreditas pessoas advém da lei. Se contrato pudesse alterá-la, o contrato efetuado entre agentes do Executivo estaria legislando, isto é, regulando matéria disciplinada em lei, de maneira diversa do nela estatuído.

Luiz Henrique Cademartori e Francisco Carlos Duarte (1997, p. 24), concordam com Bandeira de Mello, aduzindo, inclusive, que os contratos de gestão, ao ampliar a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração Indireta, seria inconstitucional.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também acaba por tecer críticas ao polêmico contrato de gestão, afirmando que (2001, p. 195):

A denominação utilizada na Medida Provisória (a MP n. 1.501/97) – contrato de gestão – foi, porém, inadequada, uma vez que a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre o Estado e a organização social não são contratuais. Com efeito, não são pactuadas prestações recíprocas, resultantes do sinalagma, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que ambas as partes ajustam prestações conjugadas, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum.

O fato é que, em busca de eficiência, a Administração Pública passou a delegar a prestação de serviços públicos ou execução de obras públicas aos setores privado-empresarial, por meio, por exemplo, das concessões de serviços públicos, nos termos da Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e Lei n. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e institui normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Esta delegação da prestação de serviços públicos ou execução de obras públicas aos particulares, sempre através de licitação, culmina na formalização de negócios jurídicos entre as partes. Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 17) opina que se verifica:

(...) a busca do Estado pelo instrumentário do Direito privado. O progressivo recurso a formas de direito privado na atuação estatal, caracterizando o que se batizou no passado de fuga para o direito privado, introduz o direito administrativo numa renovada esfera de

relação com os privados. Do clássico conceito de contrato administrativo evolui-se para novos instrumentos de parcerização entre o público e o privado.

De acordo com Francisco Amaral (2014, p. 406), os negócios jurídicos representam uma atuação da vontade humana e enquadram-se na teoria clássica como atos jurídicos, denominando-se “negócios jurídicos” quando:

Quando tais atos consistem em declarações da vontade humana destinadas a produzir determinados efeitos, permitidos em lei e desejados pelo agente, isto é, quando contêm determinada intenção, chama-se negócios jurídicos, como os contratos, o testamento, as declarações unilaterais de vontade.

Porém, certamente que à Administração Pública não é dado celebrar “negócios jurídicos” fidedignos à sua conceituação clássica do direito privado, posto que à Administração Pública não é dado furtar-se à incidência do direito administrativo e, tendo em vista também que, “negócios jurídicos” podem ser conceituados como “a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas (...)” (AMARAL.,2014, p. 409-410).

O campo de atuação por excelência da autonomia da vontade é o direito obrigacional. A “autonomia privada”, que significa “uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica” (AMARAL, 2014, p. 409), é um conceito aplicável apenas ao direito privado, não havendo que se falar em autonomia privada⁵ na Administração Pública ao contratar.

E isto, por que, dignas de nota as diferenças de interpretação do Princípio da Legalidade nas esferas pública e privada. O artigo 5º da Constituição Federal dispõe a respeito da legalidade geral que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Já, o artigo 37 da Constituição Federal, que traz rol não taxativo dos Princípios da Administração Pública, menciona a legalidade como princípio a ser obedecido.

⁵ Importante salientar que, para o direito privado, os conceitos de “autonomia da vontade” e “autonomia privada” não são coincidentes. Para Francisco Amaral (2014, p. 409), a autonomia da vontade diz-se em relação à própria esfera de liberdade do agente e que significa o “princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. Já em relação à autonomia privada, se refere “especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento (...). Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses”.

Sabe-se que aos particulares é lícito fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não proíbe. A lei traz limites negativos à esfera privada e, no silêncio da lei, interpreta-se como permissão para agir. À Administração Pública só é lícito fazer o que a lei expressamente autoriza, pois, não há espaço para liberdade ou vontade pessoal, devendo ser seguida unicamente a vontade legal. “A pessoa privada, que age dentro da chamada “autonomia da vontade”, não está desobrigada de cumprir a lei. Muito menos a Administração Pública, que deve agir em conformidade com a lei”. (AMARAL, 2006, p. 6)

Portanto, tendo em vista estas peculiaridades, quando a Administração Pública contratar com os particulares, delegando a prestação de serviços públicos, mediante concessão ou permissão, sempre por meio da licitação, deve ser levado em conta a complexidade e características peculiares do setor público, titular do interesse público.

Os contratos administrativos, portanto, serão regulados pelas normas de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado, detendo a Administração Pública supremacia na relação jurídica.

O contrato administrativo, portanto, é marcado pela verticalidade entre as partes (e não pela horizontalidade, característica do direito privado), havendo a presença de cláusulas exorbitantes ou de natureza regulamentar, que significam poderes especiais para a Administração Pública, tal qual a possibilidade de revogação unilateral do contrato, e retomada dos serviços concedidos a qualquer tempo, por razões de interesse público, mediante pagamento de indenização ao contratado, bem como alteração unilateral de seu objeto e a possibilidade de aplicação de sanções contratuais, já que o Poder Público é o titular dos interesses públicos.

Adiantando-se a matéria pertinente ao capítulo seguinte, as Parcerias Público-Privadas caracterizam-se como contratos administrativos, diversos dos contratos privados da Administração Pública:

Como contrato administrativo, a parceria público-privada estaria sujeita a um regime diverso daquele aplicável a outro grupo de contratos públicos, os contratos privados da Administração, cujo principal traço distintivo residiria na admissibilidade do exercício de prerrogativas administrativas especiais de alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração unicamente nos contratos administrativos. (GUIMARÃES, 2012, p. 27).

Além da distinção entre os contratos de direito privado, afetos à esfera particular, celebrados na sociedade civil, fora do âmbito da Administração Pública, faz-se ainda distinção em relação aos contratos de direito privado celebrados pela própria Administração e aos contratos administrativos, de fato, cujos critérios delimitadores já passaram por diversas fases, constituindo-se na presença de cláusulas exorbitantes, na execução de um serviço público, na mera presença da Administração em um dos polos contratuais.

Atualmente, pugna-se pela superação da dicotomia (exceto quando se tratar de contratos firmados por pessoas de direito privado atuantes no domínio econômico) e pela unificação dos contratos da Administração Pública, tendo em vista que, independentemente, a “Administração há que agir no fito de garantir a satisfação das necessidades públicas (GUIMARÃES, 2012, p. 36).

3.2.2 Regulação e Fiscalização pelo Estado de Direito dos Serviços Públicos Delegados à Esfera Privada

Com a delegação da prestação dos serviços públicos à esfera privada-empresarial, uma das características da Administração Pública Gerencial, se faz necessária uma intensificação das atividades de regulação e fiscalização pelo Poder Público.

O parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal menciona que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Um dos instrumentos jurídicos surgidos com a Reforma Administrativa foram as agências reguladoras, que são espécies de autarquias, sob um regime denominado “especial”, o que significa apenas que seus dirigentes serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, com garantia de mandato fixado a prazo certo, nos termos do artigo 5 parágrafo único e artigo 6, ambos da Lei n. 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, sendo dotados de espécie de estabilidade, nos termos do artigo 9 do mesmo diploma legal.

As agências reguladoras, autarquias em regime especial, foram criadas para atuar em atividades cuja titularidade, por imposição constitucional, pertence ao Poder Público, prestadas por este mesmo ou, então, em atividades, cuja execução foi delegada ao setor privado-empresarial, em consonância com o artigo 175 da Constituição Federal.

As agências reguladoras têm a função de fiscalizar, regulamentar, disciplinar e controlar os assuntos relativos às respectivas áreas de atuação pré-definidas, atividades prestadas, tanto por empresas privadas quanto estatais, serviços públicos ou atividade econômica.

A título de exemplo, dignas de citação, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil (Lei n. 11.182/2005), ANCINE – Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória n. 2.281/2001, alterada pela Lei n. 10.454/2002), ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Lei n. 9.478/1997), ANS – Agência Nacional de Saúde (Lei n. 9.961/200), ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782/1999), ANA – Agência Nacional de Águas (Lei n. 9.984/2000) e a CVM – Comissão de Valores Mobiliários (Lei n. 6.385/1976), que também é autarquia com regime especial, apesar de não haver o termo “agência” em seu nome, havendo outras mais.

Não há uma lei específica e própria que defina precisamente o que vem a ser o instituto jurídico em questão, porém, algumas das leis criadoras das agências reguladoras descritas, definem as características que compõem estas autarquias de regime especial, dotadas da incumbência de regular e fiscalizar.

Neste sentido, a lei da ANATEL dispõe seu artigo 8º, parágrafo 2º que a natureza de autarquia especial, conferida à Agência, é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A lei da ANS dispõe em seu artigo 1º, parágrafo único que a natureza de autarquia especial, conferida à ANS, é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

E, também, a lei da ANVISA, em seu artigo 3º, parágrafo único, diz que a natureza de autarquia especial, conferida à Agência, é caracterizada pela

independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Os dirigentes gozam de uma espécie de estabilidade, não existente no regime das autarquias tradicionais, nos termos do artigo 9º, do mesmo diploma legal, que dispõe que os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

As agências reguladoras são entidades que possuem independência em relação aos gestores, investidos em mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo, além de independência técnica decisional, com decisões que deverão ser tomadas de forma técnica e não política, dotadas de independência normativa, tendo em vista que possuem competência reguladora dos setores de atividades de interesse público que atuam, além de independência gerencial e orçamentária.

Além disto, são dotadas de competência normativa, a qual deve ser exercida de forma técnica e não política (área dos entes da Administração Direta), competência atribuída por meio de delegação, na qual o legislador retira certas matérias da reserva legal, abrindo possibilidade de servirem como objeto de regulamentos, hierarquicamente inferiores à lei.

A competência reguladora das agências, ora tratadas, possuem por óbvio, limites, não podendo contrariar leis ou invadir a competência normativa de outros entes, além de dever limitar-se na margem de escolha técnica e científica de suas atuações, com decisões sempre fundamentadas tecnicamente, tecnologicamente e cientificamente.

Portanto, as agências reguladoras são institutos jurídicos criados com a Reforma Administrativa, sendo agências governamentais fracionárias do aparelho administrativo Estatal, dotadas, basicamente, de uma liberdade e independência mais intensa em relação às autarquias tradicionais, além de maior intensidade da autonomia em relação a algumas matérias, quando comparadas com as autarquias tradicionais, sendo executoras de atividades estatais por outorga legal de competências, para atuação em certas áreas, cuja execução, vem sendo transferidas do Poder Público para o setor privado.

Conclusivamente, após estudo e demonstração, ainda que breve, da evolução histórica da Administração Pública, passando de uma Administração com

características patrimonialistas, para burocráticas e contemporaneamente para gerenciais, relacionadas profundamente com a globalização econômica e consequente crise de eficiência do Estado de Direito Nacional, aprofundando-se nos pontos primordiais da Administração Pública Gerencial, passa-se agora para análise de um polêmico e comentado instrumento jurídico surgido no contexto da Administração Pública Gerencial: As parcerias público-privadas.

4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Partindo de um fenômeno abrangente, qual seja, a globalização econômica e a perda da efetividade dos Estados de Direito, com relativização de seus elementos constituidores em uma noção clássica de Estado, pretendeu-se fazer um recorte temático e tratar de uma das várias consequências desta crise do Estado de Direito Nacional, que são as influências na organização administrativa, que culminam na “Reforma Administrativa”.

Sendo a chamada “Reforma Administrativa” termo também abrangente e que pode designar diversas mudanças estruturais pelas quais passa o Estado de Direito Contemporâneo, o foco foi debater a respeito da reforma impulsionada pela crise de eficiência dos Estados de Direito na prestação dos serviços públicos.

A respeito do conceito de serviços públicos, José dos Santos Carvalho Filho define como sendo “Toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. (2016, p. 309).

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, define serviços públicos como sendo “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. (2016, p. 316).

Serviços públicos significam a prestação de uma atividade concreta pelo Estado, de natureza não restritiva, mas, ampliativa da esfera de interesses do particular, ou seja, mediante oferecimento de vantagens e comodidades, que podem ser prestadas diretamente ou indiretamente pelo Estado, por meio da delegação, sob regime de direito público.

Serviços públicos são “atividades desenvolvidas pela Administração Pública em prol da coletividade e do cidadão no desempenho de funções estatais, no cumprimento das finalidades públicas, em contraprestação pela arrecadação de tributos pagos pelo povo” (MERLO; PAGLIONE, 2015, p. 152).

Medidas importantes foram adotadas pelo Estado de Direito brasileiro a respeito do enfrentamento da questão específica da falta de eficiência do Estado na prestação dos serviços públicos essenciais aos cidadãos. A Constituição Federal previu, no artigo 175, que incumbe ao Estado, na forma da lei, direta ou

indiretamente, sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos.

Conforme a Constituição Federal, a prestação de serviços públicos para a sociedade é uma obrigação do Estado, que poderá transferi-la para investidores privados, sem que a titularidade da incumbência continue sendo do Estado, apesar da transferência da execução.

O parágrafo único do artigo 175, da CF/88, dispõe, em seus incisos, que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como, as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. As leis que regulamentam este dispositivo constitucional são as Leis n. 8.987/95 e n. 11.079/2004

A Lei n. 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1998, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, também trouxe figuras jurídicas que instrumentalizam a contratação do Poder Público com particulares, dentre elas a concessão e permissão, com delegação da prestação de serviços públicos ou delegação de obras públicas ao setor privado. “Sob um prisma de organização administrativa, pode significar uma técnica de desburocratização, propiciando a separação das fases de prestação e controle, quando apenas este é reservado à Administração” (GUIMARÃES, 2012, p. 51).

A Lei n. 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previstos no artigo 175 da Constituição Federal, trazendo diversos conceitos e normatizando a relação jurídica mantida entre Poder Público e setor privado. Além disto, a Lei n. 9.074/1995 estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Para o diploma legal mencionado, em seu artigo 2º, inciso II, concessão de serviço público significa a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Por sua vez, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, conforme artigo 2º inciso III, significa a delegação total ou parcial,

conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

As figuras jurídicas das concessões de serviços públicos, seus conceitos e naturezas jurídicas identificam-se com os escopos da Administração Pública Gerencial.

Tradicionalmente, o conceito de concessão esteve sempre atrelado à delegação da operação e gestão de serviços públicos a um concessionário (por sua conta e risco), decorrendo-lhe o direito de exploração do negócio a partir de remuneração proveniente de tarifas pagas pelos usuários, comportando eventualmente subvenções do Poder Público (GUIMARÃES, 2012, p. 51).

Em relação à permissão e autorização, são figuras jurídicas de caráter discricionário e precário, delegados aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, que estabelece as regras da contratação, utilizados para atividades de características transitórias, exercidas por conta e risco dos contratados.

Importante pontuar que a Lei n. 11.079/2004, dispõe, em seu artigo 4º, que trata a respeito das diretrizes das parcerias público-privadas, no inciso III que são indelegáveis as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Os contratos administrativos, no geral, são dotados de duas espécies de cláusulas. Por um lado, são compostos pelas denominadas cláusulas exorbitantes ou regulamentares, nos termos do artigo 58 da Lei n. 8.666/93, expressão da supremacia da Administração Pública na relação jurídica e que podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público por razões de interesse público.

Por outro lado, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo legal mencionado, nos contratos administrativos há as cláusulas contratuais de natureza econômica, que não podem ser alteradas unilateralmente, mas apenas de

forma bilateral, devendo ser garantido ao contratado o equilíbrio econômico-financeiro⁶.

Ocorre que, os contratos administrativos clássicos, previstos nos diplomas legais mencionados, oriundos da delegação de serviços públicos ao setor privado-empresarial, sempre por meio de licitação, mostram-se paulatinamente ineficientes em relação ao atendimento das necessidades da Administração Pública, no tocante à prestação eficiente dos serviços públicos aos cidadãos.

Isto, por que, com o crescimento das demandas sociais, o Estado conseqüentemente é demandado na prestação dos serviços públicos essenciais e pressionado para elaboração de políticas públicas satisfatórias, para os quais não tem disponíveis os investimentos financeiros adequados e suficientes.

Ultrapassado o tempo das grandes privatizações e o surto da descentralização, num estágio em que já se experimenta certo amadurecimento nas relações de cooperação entre o Estado e os particulares (contratualismo), os figurinos clássicos do contrato administrativo não mais atendem às necessidades da Administração Pública. Postula-se a sofisticação dos negócios administrativos como uma reivindicação da racionalidade econômica do Estado. (GUIMARÃES, 2012, p. 15).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 18) aponta para a crescente necessidade observada de “imprimir racionalidade às organizações políticas existentes, ou seja, encontrar soluções para conferir-lhes a necessária aptidão para produzir decisões que atendessem os interesses dominantes numa sociedade, ou seja, legítimas e eficientes”.

Diante disto, têm surgido novas formas de interação entre Estado, empresas e sociedade e novos instrumentos de parcerização e colaboração entre Administração Pública e setor privado-empresarial, buscando-se no século XXI

⁶ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

novos paradigmas de eficiência na prestação dos serviços públicos, “motivadas tanto pela real necessidade de desenvolvimento nacional como pela premência de obter investimentos na infraestrutura do país” (LEÃO JUNIOR; HORITA, 2015, p. 68). As Parcerias Público-Privada são um exemplo deste fato.

4.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E QUESTÕES CRÍTICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO -PRIVADAS

As parcerias público-privadas foram positivadas no nível nacional com a Lei n. 11.079/2004, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, e são contratos administrativos, cujo artigo 2º conceitua-as como “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. “(...) servem, respectivamente, a integrar a participação do Estado no custeio de projetos concessórios deficitários e a viabilizar a associação da técnica concessória ao custeio integral da execução do contrato pelo Poder Público” (GUIMARÃES, 2012, p. 16).

Aplica-se subsidiariamente às parcerias público-privada as Leis n. 8.987/95 e n. 8.666/93. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 145) alerta que o direito brasileiro incorpora o instituto “embora sem maiores aprofundamentos sobre a forma como o instituto vem sendo utilizado em outros países e sobre os resultados positivos ou negativos dessa utilização”.

Não há, no direito brasileiro, um significado jurídico preciso ou legalmente positivado do termo “parceria”. “Mas a utilização da expressão parceria generalizou-se para aludir a um tipo de avença em que há escopos comuns a serem atingidos pelas partes em prol da partilha de resultados” (GUIMARÃES, 2012, p. 41).

Importante também salientar que as PPP já existiam e eram praticadas e, inclusive, normatizadas no âmbito dos Estados e Municípios, antes mesmo da promulgação da Lei n. 11.079/04, ainda que nem sempre com esta nomenclatura, não sendo uma novidade no direito administrativo brasileiro. “Logo, serão parcerias público-privadas as proposições fáticas que se subsumirem aos tipos previstos na Lei 11.079/2004, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa” (MERLO; PAGLIONE, 2015, p. 152).

Também, antes mesmo da Lei n. 11.079/2004, autores já caminhavam para comentários às novas formas de gestão dos serviços públicos, como por exemplo,

Laércio F. Betiol, Maria Cristina Costa Pinto Galvão e Álvaro da Silva, em obra conjunta (1997, p. 19):

O recurso cada vez mais intenso às parcerias público-privadas, no Brasil, sobretudo na década dos 90, como nova forma de gestão dos serviços públicos, emerge de um contexto marcado por dois fatores básicos: a constituição de uma nova ordem econômica mundial, cujo eixo de transformação refere-se a mudanças no modo de produção e organização do trabalho; e a disfuncionalidade do padrão gerencial do setor público brasileiro.

Um exemplo do afirmado é a Lei n. 14.868, publicada em 17/12/2003, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas, destinado a disciplinar e promover a realização destas contratações no âmbito da Administração Pública Estadual. Outro exemplo é a Lei n. 11.688, publicada em 19/05/2004, do Estado de São Paulo. Ambas foram publicadas antes mesmo da Lei Federal n. 11.079/2004, que trouxe as normas gerais. E, posteriormente, a Lei n. 17.046/2012, do Estado do Paraná, que dispõe sobre normas para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas do Paraná (Paraná Parcerias), é outro exemplo.

Estas legislações trazem interessantes diretrizes aplicáveis ao denominado pelas leis de “programa das parcerias público-privada estaduais”, adicionalmente aos atualmente e literalmente previstos no texto da Lei nacional⁷ n. 11.079/04.

No tocante à natureza nacional da Lei n. 11.079/04, o artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. Ora, se o dispositivo constitucional dispõe que se trata de competência para legislar sobre “normas gerais”, indícios há que a competência, na verdade, é concorrente da União.

Se a União cria as normas gerais, às demais entidades federativas, cabe como prerrogativa criar as normas específicas, também legislando sobre licitações concorrentemente. E, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, sendo que, inexistindo lei nacional sobre normas gerais, os Estados

⁷ A Lei n. 11.079/2004 trata-se de uma lei nacional. Pertinente a diferenciação doutrinária a respeito de normas nacionais e federais. As normas nacionais são as que atingem os três entes federados: União, Estados e Municípios. Já a lei federal é aquela que tem aplicação restrita ao âmbito federal, da União, portanto. Ambas são de competência do Congresso Nacional.

exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades e a superveniência de lei sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Logo, Estados-Membros da Federação brasileira que promulgaram leis dispendo a respeito das Parcerias Público-Privadas, quando ainda não existia lei geral federal, exercendo a competência legislativa plena e disciplinando a matéria, quando da superveniência da Lei Nacional n. 11.079/2004, terão suas legislações suspensas no que for contrário e deverão adaptá-las às normas gerais estabelecidas pela legislação federal.

Parte dos autores defendem, porém, que os Estados e Municípios em seus âmbitos de atuação, observadas suas peculiaridades, poderão legislar de forma autônoma à lei n. 11.079/2004 e estabelecer parâmetros para as parcerias, adequados à sua realidade.

E alguns autores entendem que isto poderia ocorrer, por exemplo, em relação ao piso mínimo dessas contratações, que de acordo com a lei nacional seria de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) (art. 1º, parágrafo 4º, inciso I), o que acabaria por tornar “praticamente inviabilizada no âmbito de pequenos municípios haja vista que dificilmente eles terão contratos que superem R\$20.000.000,00” (MISAKA; DA COSTA; ALONSO, 2015, p. 113) e, isto, desde que, não se desvirtuem a natureza das Parcerias Público-Privadas que é a excepcionalidade da medida a ser aplicada em áreas sociais que demandem vultoso investimento, em prol de infraestrutura para uma adequada e efetiva prestação de serviços públicos.

Ocorre que, em que pese a celeuma doutrinária, fato é que a Lei n. 11.079/2004 é lei nacional, com natureza de “norma geral”, promulgada no âmbito da competência concorrente da União para legislar sobre licitações, sendo que, os Estados e Municípios não poderão contrariar a lei geral.

A competência legislativa para licitações e contratos administrativos é concorrente entre União, Estados e Municípios, cabendo à União editar normas gerais e aos Estados e Municípios as normas suplementares (DI PIETRO, 2012, p. 72).

Porém, interessante observar, fato que não pode passar despercebido, que a lei nacional n. 11.079/2004 contém o CAPÍTULO IV, denominado “Disposições Aplicáveis à União”, aplicáveis tão somente à esfera federal e, portanto, não se aplicando às demais esferas federativas os artigos 14 a 22 da lei.

As parcerias público-privadas são espécies variantes do contrato de concessão comum, nas modalidades patrocinada ou administrativa e apresentam diferenças em relação ao modelo concessório clássico do direito brasileiro, marcadamente no tocante à existência de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e à repartição dos riscos financeiros da prestação dos serviços públicos entre as partes, dentre outros aspectos.

Podem celebrar uma PPP as pessoas jurídicas mencionadas no artigo 1º, parágrafo único da Lei n. 11.079/2004, e também os consórcios públicos (GUIMARÃES, 2012, p. 122), aos quais a lei se aplica, quais sejam, os órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Afirmando serem as parcerias público-privadas uma forma de privatização, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 69) ensina que:

Na realidade, o instituto da concessão é velho, pois, conforme visto, foi a primeira forma de descentralização de serviços públicos, o objetivo de privatizar é que é bem mais recente, porque surgiu com o movimento da Reforma do Estado. Quer-se substituir a Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, pela empresa privada, com isto diminuindo-se o tamanho do aparelhamento administrativo e, pretensamente, aumentando a eficiência, além de tentar-se enfrentar a crise financeira do Estado.

Parcerias público-privadas são instrumentos jurídicos polêmicos e inspiradores de críticas por parte da doutrina, que vêm em um contexto de ineficiência do Poder Público, contando com investimentos privados para financiar a prestação de serviços públicos que o Estado sozinho não consegue prestar. “A motivação para a criação das parcerias público-privadas vincula-se, diretamente, às carências de recursos do Estado para a realização de grandes investimentos na área pública” (PINTO; FERREIRA; GIACOIA, 2015, p. 133).

Neste sentido, há quem tome as “Parcerias Público-Privadas como novo marco regulatório brasileiro, ao proporcionar ao Poder Público a possibilidade de execução, ainda que indireta, de obras e serviços públicos que exijam altíssimos investimentos econômicos” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 31) cuja pretensão da lei é tornar atrativas áreas nas quais não há atratividade para o setor privado. “(...) o contrato administrativo de parcerias público-privadas é destinado aos setores de

pouca viabilidade econômica quando prestados exclusivamente pelo Poder Público” (MERLO; PAGLIONE, 2015, p. 153).

“As parcerias público-privadas surgem como uma esperança na prestação de serviços ou obras de qualidade e eficiência. Cuida-se de nova espécie de delegação de atividades pelo Poder Público” (MISAKA; DA COSTA; ALONSO, 2015, p. 108).

A parceria público-privada possuirá a natureza de contrato administrativo (quando firmada pela Administração Pública em geral) ou de contrato jurídico-privado (quando firmada por pessoas de direito privado atuantes no domínio econômico). (GUIMARÃES, 2012, p. 40).

A respeito das mencionadas críticas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, menciona que, o argumento de que são instrumentos postos ao resgate da eficiência do Estado na prestação de serviços públicos, por meio da recorrência aos recursos privados é um “paradoxo” (2012, p. 146), tendo em vista que, se o Estado está em crise, dificilmente terá recursos públicos para prestar a contraprestação, a remuneração e as garantias ao parceiro privado inerentes às parcerias público-privadas nas modalidades patrocinada ou administrativa. E também, a autora citada menciona que se trata de uma tentativa de “privatizar a Administração Pública” e também de “fuga do direito administrativo”, a qual responde a última crítica mencionada, na linha do que vem sendo dito até então, de que deve-se ter em mente as peculiaridades e as diferenças do setor público frente ao setor privado e a complexidade da Administração Pública como contratante e parceira, tendo em vista ser a titular do interesse público, argumentando Di Pietro que “a fuga do direito administrativo não pode e não será total”, estando os contratos de parceria público-privadas submetidos ao regime jurídico administrativo.

Ainda no tocante às críticas ao sistema das Parcerias Público-Privadas, Toshio Mukai (2004, p. 40), argumenta que a Lei n. 11.079/2004 está eivada de critérios de julgamento subjetivos, afirmando que, desta forma, “as PPPs serão instrumento da maior falta de transparência do Poder Público”. Está se referindo o autor mencionado ao inciso b, da alínea II do artigo 12⁸, afirmando que este

⁸ Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:
II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:
(...) b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

dispositivo “é deveras subjetivo, pois, trata de repetição do tipo de técnica-preço da Lei n. 8.666/93, onde há nota técnica e de preços e pesos para uma e outra”.

À par das críticas e a respeito das características destas licitações, as PPPs são espécies de concessões, que devem ser precedidas de licitação, na modalidade concorrência, ainda pouco aplicadas na prática, cuja pretensão é contemplar a realização de benefícios socioeconômicos, com investimentos em infraestrutura e produção de bens e serviços à comunidade em áreas, tais como, saneamento básico, rodovias, sistema metroviário, prisional, hospitais, centros administrativos e habitação.

A respeito da modalidade de parceria público-privada patrocinada, por exemplo, Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 99) entende que “é um instrumento jurídico de que dispõe a Administração para engendrar programas de criação, recuperação e expansão de infraestrutura e do serviço público”.

Ao pressupor a integração de contraprestação pecuniária pelo Poder Público, esse modelo serve a dois propósitos imediatos: (a) vestir juridicamente arranjos contratuais que tenham por objeto concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas ancilares se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público (...) recorrendo-se às contraprestações pecuniárias da Administração como meio a permitir viabilidade econômico-financeira da concessão concretamente projetada. (GUIMARÃES, 2012, p. 99).

Diante da ineficiência do Estado na prestação de serviços públicos essenciais à sociedade, as Parcerias Público-Privadas vêm como uma tentativa de solução à escassez dos recursos públicos, “como meio de arrecadação de fundos da esfera privada na forma de investimentos” e, estão sendo consideradas pelos autores “uma ótima alternativa para financiar e expandir setores que apresentam intrínseca repercussão econômica e social, com vista a debilidade estatal em alguns setores” (LEÃO JUNIOR; HORITA, 2015, p. 71).

Ainda à par das críticas, há quem visualize pontos positivos para as licitações da Lei n. 11.079/2004. Walter Douglas Stuber (2005, p. 58) comenta a respeito dos benefícios do sistema:

Ao criar um marco regulatório voltado especificamente para a contratação de PPP, o governo brasileiro almeja obter receitas de novas fontes, o que certamente não seria possível se fosse apenas adotado o método tradicional de oferta de serviços dentro dos estritos parâmetros da legislação que regula as licitações e concessões (Leis n. 8.666/1993 e 8.987/1995 e demais leis correlatas).

Ressalta-se nas Parcerias Público-Privadas a importância do papel regulador do Estado de Direito, frente a estas contratações, bem como a fiscalização de suas execuções, no sentido de impedir eventuais abusos cometidos pelos parceiros privados, passando o Estado de prestador e promotor de certos serviços públicos para controlador da prestação pelos parceiros privados, sendo estes os responsáveis pela gestão e detendo, literalmente, responsabilidade.

A respeito da regulação e fiscalização, o artigo 15 da Lei n. 11.079/2004, dispõe que compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

“A reforma do Estado consolida a ideia de que a transferência da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. (...) pretende-se que o Estado reduza seu papel de prestador de serviço direto” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 30) e o que se viu nos últimos anos, desde as promulgações das leis pertinentes à delegação de serviços públicos, por meio dos instrumentos jurídicos das concessões, foi uma diminuição da estrutura administrativa do Estado, especialmente na área de prestação dos serviços públicos, com pretendido fortalecimento nas áreas de regulação e fiscalização.

Esta regulação justifica-se, pois, os serviços prestados pela iniciativa privada são, no seu geral, atividades inerentes ao Estado (serviços públicos) e com isso, tais atividades devem ser contínuas e, ainda, universais, além do que o consumidor ou o usuário deve ter informações de qualidade.

Além de o Estado regular e fiscalizar as atividades concedidas, permitidas e licitadas, ele ainda deve manter a fiscalização para que não haja desigualdade concorrencial, pela fiscalização com relação ao direito do trabalho. Se estão cumprindo com aquilo que determina as legislações e os tratados internacionais, bem como com as práticas de Responsabilidade Social. (BEGA; KNOERR; KNOERR, 2015, p. 97-97).

E, obviamente que, a regulação e fiscalização das contratações das Parcerias Público-Privadas, realizadas por meio do controle interno do Poder Executivo, deverá ser amplamente avalizada pelos órgãos legitimados de controle externo, tais como, Ministério Público, Tribunais de Contas e também pelo Poder Legislativo e sociedade civil. “A Lei n. 11.079 não contém normas gerais sobre controle dos contratos de parceria público-privada, o que leva à aplicação das

mesmas formas de controle previstas para os contratos de concessão de serviços públicos na Lei n. 8.987/95” (DI PIETRO, 2012, p. 169).

Os órgãos reguladores e fiscalizadores, “além de conferir legitimidade aos atos praticados, também fornecem a segurança necessária para que o particular confie na legalidade, honestidade e eficiência da parceria” (MISAKA; DA COSTA; ALONSO, 2015, p. 111).

Além disto, as Parcerias Público-Privadas deverão ser, obrigatoriamente, precedidas de licitação na modalidade concorrência. A licitação deverá basear-se em estudos técnicos justificados e fundamentados, no Projeto Básico, que integra o processo administrativo licitatório, nos termos do artigo 6º, inciso IX da Lei n. 8.666/93⁹, no sentido de demonstrar que efetivamente cumpre os objetivos do artigo 3º, também da Lei n. 8.666/93¹⁰, dentre os quais, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Ainda, no que se refere ao processo licitatório das Parcerias Público-Privadas, nos termos do artigo 10, inciso VI da Lei n. 11.079/2004, o edital da licitação e o contrato deverão ser submetidos à consulta pública¹¹. Os artigos 11 a

⁹ Art. 6º, IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

¹⁰ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

¹¹ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

13 do mencionado diploma legal trataram dos requisitos do edital, contendo a lei minuciosa descrição, sendo que “houve especial preocupação do legislador em regulamentar, minuciosamente, os requisitos do instrumento convocatório. Certamente para que não houvesse insegurança jurídica no certame” (MISAKA; DA COSTA; ALONSO, 2015, p. 117).

O artigo 12 da Lei das parcerias público-privadas, traz disposições a respeito do processo licitatório próprio das PPPs, que também deverá obedecer à legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos.

No mais, em relação ao contrato das parcerias público-privadas, “quanto à existência de prerrogativas do poder público em relação ao contratado – o que coloca as partes em situação desigual – em nada diferem (...) dos demais contratos administrativos disciplinados pelo direito administrativo brasileiro” (DI PIETRO, 2012, p. 171).

Ainda de acordo com a Lei n. 11.079/2004, o artigo 2º, em seu §1º, dispõe que a concessão patrocinada é a de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, conforme o mesmo dispositivo, 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.

Portanto, concessão comum de serviços públicos é gênero, previsto nas Leis n. 8.666/93 e n. 8.987/95, sendo espécies as parcerias público-privadas, denominadas modalidades especiais, dotadas de regimes jurídicos diferentes, com as modalidades patrocinada e administrativa. “As normas que regem as concessões comuns são de aplicação subsidiária às Parcerias Público-Privadas, por serem estas modalidades especiais daquelas” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 41).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica as modalidades de concessões de serviço público (lei n. 8.987/95), de obra pública (lei n. 8.987/95 e n. 11.079/04), patrocinada (lei n. 11.079/04), administrativa (lei n. 11.079/04) e de uso de bem

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital.

público, com ou sem exploração do bem (legislação esparsa) (2012, p. 68). “O acolhimento de uma pluralidade de configurações do modelo concessório no direito brasileiro pressupõe a inexistência de traços rígidos desenhados pela Constituição na conformação do instituto da concessão (GUIMARÃES, 2012, p. 76).

Menciona-se ainda as concessões disciplinadas por legislação específica, tais como a de energia elétrica, nos termos da Lei n. 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ou dos serviços de telecomunicações, disciplinados pelas Leis n. 9.472/97 e n. 9.295/96, que dispõem a respeito dos serviços de telecomunicações e o órgão regulador (2012, p. 71).

Enfim, na concessão comum de serviços públicos, sempre precedida de licitação, o concessionário remunerar-se-á exclusivamente pelas tarifas cobradas, pagas pelos usuários do serviço delegado, podendo haver até mesmo o pagamento pela outorga da concessão, pelo concessionário ao Poder Público concedente.

A concessão patrocinada significa a comum de serviços públicos ou de obras públicas, com delegação da prestação ao particular, somada uma contraprestação pecuniária da Administração Pública, que remunera o concessionário, adicionalmente à tarifa paga aos usuários. Logo, o concessionário é remunerado parte pelo usuário, parte pelo Poder Público. “A concessão patrocinada é um contrato administrativo de concessão que pressupõe necessariamente o sistema tarifário integrado por contraprestações pecuniárias da Administração” (GUIMARÃES, 2012, p. 89).

Na concessão administrativa, a Administração Pública pode ser a usuária direta ou indireta do serviço público prestado pelo parceiro privado. Quando a execução for para manutenção das próprias instalações estatais, será usuária direta, como, por exemplo, um contrato para manutenção de um edifício. Quando a Administração Pública delegar ao parceiro privado a prestação do serviço público, em prol dos usuários, sem contraprestação destes, será usuária indireta. A delegação poderá ser realizada à pessoa jurídica ou consórcio de empresas “que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 39).

A concessão administrativa não se confunde com a prestação terceirizada de serviços públicos “onde não existe implantação de infraestrutura” e tampouco com a empreitada de obras públicas, na qual “não há prestação de serviços”, apesar de haver infraestrutura. Na concessão administrativa “há uma efetiva gestão do bem”

(MERLO; PAGLIONE, 2015, p. 156). “O objeto da concessão administrativa envolve prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, podendo abranger a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” e, também, “a concessão administrativa deve ser reservada a objetos marcados (em regra) pela conjugação de prestações. Afirma-se assim a complexidade do objeto da concessão administrativa (...)” (GUIMARÃES, 2012, p. 194).

Ainda sobre a modalidade de concessão administrativa, restringe-se à prestação de serviço público, não se admitindo a cobrança de tarifas dos destinatários do serviço público prestado, e ocorre em relação a atividades que, tecnicamente, são prestadas diretamente à Administração Pública, nas quais o parceiro privado é remunerado exclusivamente pelo Poder Público, e “pode ou não envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens necessários ao serviço, além de ser o parceiro privado remunerado (...) pelo parceiro público” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 42), como, por exemplo, a administração de presídios.

É com base nesta última característica mencionada das PPP que se identifica uma repartição dos riscos do negócio. Na concessão comum, o concessionário assume todos os riscos, sendo remunerado apenas pelas tarifas cobradas dos usuários.

A respeito do compartilhamento dos riscos entre Poder Público e parceiro privado, Walter Douglas Stuber (2005, p. 58) visualiza a existência de colaboração entre os setores público e privado, como um ponto positivo, afirmando que:

A PPP permite utilizar modalidade inovadora de colaboração entre os setores público e privado, estabelecendo relações de complementaridade na divisão dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos, para viabilizar projetos de infraestrutura e a prestação de serviços de interesse público e pode inclusive tornar-se uma forte aliada do governo para atrair novos investimentos estrangeiros para o nosso país.

Comparando as modalidades das concessões que constituem as parcerias público-privadas, “enquanto na concessão patrocinada a contraprestação do parceiro público é um plus em relação à tarifa cobrada do usuário, na concessão administrativa ela constituirá a forma básica de remuneração” (DI PIETRO, 2012, p. 157). Nesse sentido, na concessão administrativa não haverá cobrança de tarifas dos usuários, sendo o parceiro privado remunerado exclusivamente pela Administração Pública.

Na prática, significa que, havendo prejuízos com a contratação, em tese, estes se repartiriam entre parceiros público e privado, nos termos das cláusulas contratuais. “(...) o ajuste modelado pelo regime da concessão patrocinada deverá pressupor o compartilhamento de riscos (inclusive extraordinários) entre o parceiro público e o privado” (GUIMARÃES, 2012, p. 90).

Nos termos do artigo 5º, inciso X da Lei n. 11.079/2004, os ganhos econômicos do parceiro privado com a contratação das parcerias público-privadas, também deverão ser compartilhados com a Administração Pública, o que deverá ser previsto em cláusula contratual.

A temática relaciona-se com a incapacidade dos Estados no financiamento de projetos estruturantes, buscando-se no setor privado a partilha de riscos e dos investimentos suficientes a permitir o incremento da infraestrutura pública. (GUIMARÃES, 2012, p. 15).

Não há razão legal para se considerar que na concessão administrativa, modalidade de parceria público-privada, o parceiro privado deva ser remunerado, exclusivamente, pelo parceiro público, podendo haver, portanto, outras formas de receita, tendo em vista que o artigo 6º, inciso V da Lei n. 11.079/2004, dispõe que a contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por outros meios admitidos em lei, evidenciando-se que o dispositivo legal é rol não taxativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também identifica diferenças, entre as concessões comuns e às parcerias público-privadas, relativas “às garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto, e (...) ao compartilhamento (...) de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos (...)” (2012, p. 149).

A respeito das modalidades de parcerias público-privadas “quanto a seu objeto, a concessão administrativa possui um maior alcance quando comparada com a concessão patrocinada, visto que àquela pode ser aplicada em casos de serviços públicos, em seu conceito mais restrito” (MERLO; PAGLIONE, 2015, p. 156). Há entendimento doutrinário de que a concessão administrativa pode dizer respeito à gestão material de um serviço público, porém, também pode prestar-se à execução material de uma atividade (DI PIETRO, 2012, p. 155).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe seu conceito a respeito das parcerias público-privadas:

“(...) pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público” (2012, p. 148).

Nas parcerias público-privadas, tanto na concessão patrocinada, quanto na administrativa, o concessionário, na verdade, tem uma diminuição de seus riscos com a contrapartida do Poder Público. “A participação financeira do Estado apresenta-se como um dos principais diferenciais entre as Parcerias Público-Privadas e as demais modalidades de concessão pública” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 31).

De acordo com a lei, não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987/1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.

Esta contraprestação da Administração Pública poderá ser feita por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais ou outros meios admitidos em lei, nos termos do artigo 6º da Lei n. 11.079/2004.

“(...) a pedra de toque a configurar uma concessão patrocinada reside na presença de contraprestação pecuniária provida pela Administração adicionada à receita tarifária na composição da remuneração do concessionário” (GUIMARÃES, 2012, p. 91).

A remuneração a ser repassada ao parceiro privado poderá ser variável, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (DI PIETRO, 2012, p. 152), podendo ainda os repasses ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos pelo parceiro público serem condicionados à disponibilização dos serviços. “Busca-se o estímulo a ganhos de produtividade à concessão a partir da vinculação de sua remuneração ao desempenho do parceiro privado” (GUIMARÃES, 2012, p. 157).

Estes são os termos do artigo 7º, caput e parágrafo 1º da Lei n. 11.079/2004¹². E ainda, a contraprestação da Administração Pública será

¹² Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Nesse sentido, “se a prestação do serviço depender da prévia execução de obra pública e do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que cumprir tais tarefas às suas próprias custas” (DI PIETRO, 2012, p. 153).

Se a pretensão da contraprestação¹³ do Poder Público ao parceiro privado nas Parcerias Público-Privadas é conseguir atrair investimentos para a prestação de serviços públicos ou realização de obras públicas em áreas sociais nas quais o Estado sozinho não conseguiria prestar, o objetivo da prestação eficiente e adequada deve ser atingido, onerando minimamente o usuário, sendo que, “a tarifa do usuário também não pode, por sua natureza, ser cobrada antes que o serviço comece a ser prestado” (DI PIETRO, 2012, p. 153).

Os contratos de parceria público-privada não poderão ter valor inferior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), devendo ser celebrado pelo prazo não inferior a 05 (cinco) anos e não superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação, e não poderão ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, sendo vedada a formação de contratos de PPP nestas hipóteses.

Por exemplo, a parceria público-privada não poderá ter por objeto só a construção de um hospital ou de uma escola, porque, nesse caso, haveria contrato de empreitada regido pela Lei n. 8.666; após a construção da obra deverá haver a prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta; a ideia bastante provável é a de que deverá haver a gestão do serviço pelo parceiro privado. (DI PIETRO, 2012, p. 154).

Após demonstrados conceitos principais e natureza jurídica das Parcerias Público-Privadas, bem como enfrentada a problematização de diversas questões ligadas às modalidades de contratação, comentando-se a respeito de diversos

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

¹³ Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 92) discute a respeito da natureza jurídica desta remuneração do parceiro privado pelo parceiro público na PPP. O autor estabelece a diferença entre subvenção (econômica) e contraprestação (pagamento ou remuneração), argumentando que a distinção importa para efeitos tributários. Conclui que nas PPPs a remuneração não se trata de subvenção, mas que “a contraprestação provida pelo Poder Público não difere daquelas típicas dos contratos administrativos gerais, cumprindo, sob o ângulo do sistema remuneratório do contrato, função equivalente à de qualquer contraprestação contratual contraída por bens ou serviços”. A figura jurídica da subvenção cabe nas PPPs, assim como em qualquer contrato de concessão, mas não se confunde com a remuneração das Parcerias Público-Privadas nas modalidades patrocinada e administrativa.

contornos delimitados pela Lei n. 11.079/2004, é possível perceber que a PPP se trata de um sofisticado e complexo instituto. Trata-se de um mecanismo novo na Administração Pública brasileira, que representa uma associação, *parceria*, como o próprio nome já diz, entre o Poder Público e o setor privado, por meio das empresas, componentes da sociedade civil, cada polo da contratação atuante de acordo com seus interesses, sendo o particular norteado por interesses econômicos ligados ao lucro e o Poder Público atrelado ao interesse público.

As PPPs foram idealizadas com nobre intuito, conforme debatido, qual seja, dotar a prestação dos serviços públicos de maior eficiência ao almejar resolver o problema da deficiência ou falta de recursos para investimentos em infraestrutura e operacionalização da prestação dos serviços públicos por parte do Estado, recorrendo-se à iniciativa privada.

4.2 CONCEITO DE “EFICIÊNCIA” QUE DEVE ORIENTAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS TERMOS DO CAPUT DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A COMPATIBILIDADE COM A LEI N. 11.079/2004

Conforme já afirmado, a Administração Pública inserida no contexto gerencial, ainda que inspirada por ideias oriundas do setor empresarial, em virtude da flexibilização da burocracia, com um gerenciamento da coisa pública mais voltado aos resultados, diferencia-se muito do setor privado.

Isto quer dizer que a Administração Pública não pode ser confundida com uma empresa, pois, é dotada de peculiaridades, por ser titular do interesse público, sendo seus destinatários cidadãos, detentores de direitos fundamentais e sociais a serem concretizados, e não apenas clientes. Esta diferença está plenamente presente no contexto da Administração Pública gerencial.

Os administrados são detentores de direitos fundamentais, tais quais os direitos sociais, como saúde, educação, assistência social, previdência social, segurança, alimentação, moradia, mobilidade urbana, dentre outros, sendo que, o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar, sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos

sociais), apresenta caráter de norma princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficiência e efetividade possível. (SARLET, 2007, p. 9).

Certamente que houve aproximação e maior interação entre público e privado nas últimas décadas, relativizando-se a dicotomia entre os polos, porém, ainda reconhece-se diferenças substanciais entre setores públicos e privados, cabendo à Administração Pública concretizar os interesses públicos, e os setores particulares da sociedade, tais quais as empresas, predominantemente buscam a concretização de interesses individuais, ligados a objetivos econômicos, ainda que haja interesses coletivos envolvidos indiretamente (responsabilidade social, sustentabilidade, bom ambiente de trabalho, bom atendimento ao consumidor, dentre outros).

Nos contratos administrativos “comuns”, de concessão de serviços públicos, por exemplo, nos quais a Administração Pública delega a prestação ao concessionário, a diferença de objetivos entre setores público e privado, que firmam contratos para a gestão de um serviço público é bem evidente e devidamente compatibilizada no âmbito contratual pela legislação, na medida em que o Poder Público detém supremacia perante o particular, justamente por ser o titular do interesse público e são estabelecidas as cláusulas exorbitantes, em contrapartida, havendo garantias dos interesses do particular (reconhecidamente interessado no lucro) como a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Os interesses intrínsecos dos setores público e privado em um Estado são evidentemente antagônicos e, certamente que os objetivos de cada uma das partes permanecerão diferentes quando conjugados em uma mesma contratação, ainda que se trate de uma Parceria Público-Privada, e mesmo que sejam denominados de “parceiros” e compartilhem “riscos”.

As Parcerias Público-Privada foram instituídas em âmbito federal pela Lei n. 11.079/04, na tentativa de dotar a gestão dos serviços públicos de eficiência, mediante, como o próprio nome do instituto já denota, uma “parceria” entre Administração Pública e setor empresarial, procurando ser diferente em relação aos contratos administrativos já existentes e regulados pela Lei n. 8.666/93 e Lei n.

8.987/95¹⁴, no sentido de, aparentemente, não se constituir “apenas” mais um contrato administrativo, mas instrumento jurídico que vai além, cuja pretensão é aglutinar público e privado como verdadeiros “parceiros”.

Diante do exposto, surge o questionamento se, a tentativa da Lei n. 11.079/2004, de melhorar a eficiência do Estado na prestação de serviços públicos, é compatível com o conceito de eficiência da Administração Pública, estabelecido como princípio no caput do artigo 37¹⁵ da Constituição Federal?

O Princípio da Eficiência foi inserido no caput do artigo 37 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 19/98, no contexto da Reforma do Estado e da atribuição de características gerenciais à Administração Pública brasileira, como resposta à burocracia. Porém, levando-se em conta as diferenças significativas entre setores público e privado, as quais subsistem na Administração Pública gerencial, a aceção de “eficiência”, aplicada à gestão de serviços públicos, no âmbito privado-empresarial, tende a ser diferente da aceção a ser adotada pelo Poder Público.

Conforme afirmado, a Lei n. 11.079/2004, ao instituir as Parcerias Público-Privado tem como objetivo primordial tornar mais eficiente a gestão dos serviços públicos, no âmbito da Administração Pública gerencial, albergando um conceito de eficiência atento à racionalidade econômica, no intuito de tornar as contratações das concessões nas modalidades patrocinada e administrativa mais atrativas para o setor privado, na tentativa de, por exemplo, supostamente estimular parcerias em áreas outrora não economicamente atraentes para a iniciativa privada.

Porém, se tratando de gestão de serviços públicos, a qual cabe ao Estado, titular dos interesses públicos, prestar e garantir aos cidadãos detentores de direitos individuais e sociais, o conceito de eficiência alicerçado à racionalidade econômica, previsto na Lei n. 11.079/2004, não se amolda ao parceiro público das PPPs. Tem-se, nesse ponto, um paradoxo da legislação ora tratada com potencialidade de comprometer os objetivos de eficiência albergados pela Lei n. 11.0179/2004.

Os conceitos de “eficiência” para Administração Pública e para o setor privado-empresarial são substancialmente diferentes. Decorre disso, não é compatível com o Princípio da Eficiência, que deve ser obedecido pela

¹⁴ Nos quais é pacífico o reconhecimento dos interesses opostos e a correspondente salvaguarda dos interesses de cada contratante quando firmam contratos, na medida da posição que ocupam, como Poder Público contratante ou particular contratado.

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Administração Pública, a eficiência na prestação dos serviços públicos almejada pela Lei n. 11.079/2004.

O conceito de eficiência, ligado à racionalidade econômica aplicável ao âmbito privado-empresarial, que visa primordialmente o lucro, provém das ciências da Administração e da Economia e não se confunde com o conceito de eficiência do direito administrativo proveniente do princípio esculpido no artigo 37 da CF.

Eficiência para a ciência da Administração significa a realização de fins com o emprego mínimo de esforços e com o melhor aproveitamento de recursos possíveis dentro de uma determinada organização. Portanto, para a ciência da Administração, eficiência liga-se diretamente à gestão dos recursos, que são finitos, de determinada organização, que deve ser realizada de forma racionalizada economicamente.

Eficiência é um princípio de administração de recursos, mais que uma simples medida numérica de desempenho. O princípio da eficiência é o da relação entre esforço e resultado. Quanto menor o esforço necessário para produzir um resultado, mais eficiente é o processo. A antítese da eficiência é o desperdício. (MAXIMIANO, 2009, p.50).

Nesse sentido, a eficiência na ciência da Administração¹⁶ é um fator a ser observado na busca de agregar valor, economicamente falando, ao produto ou ao serviço de determinada organização, evitando-se desperdício e racionalizando a produção, no sentido de otimizar a relação entre recursos utilizados e resultados obtidos para os clientes, ao mesmo tempo que, em contrapartida, diminuem-se os custos da produção para a empresa. Para Maximiano (2009, p. 53) a gestão do uso do tempo também influencia no atingimento da eficiência dentro de uma organização.

Também para a ciência da economia, o conceito é semelhante, sendo que, a eficiência liga-se diretamente à produção e à utilização dos fatores de produção com racionalidade, tendo em vista que os recursos são escassos.

La literatura económica há prestado um mínimo interés a estos conceptos, despreciando prácticamente el de eficacia y reduciendo el de eficiencia a la idea de asignación óptima de los recursos y refiriéndola a la cualidad de um sujeto u organización para lograr el

¹⁶ Também há importante diferenciação em relação aos conceitos de eficiência e eficácia para a ciência da Administração. Não é o foco aqui, porém, apenas para pontuar, “eficácia” se diferencia de eficiência na medida em que aquela se preocupa com o alcance dos objetivos visados pela organização, ou seja, com os resultados, ao passo que a eficiência se relaciona com os meios utilizados para o atingimento dos fins.

cumplimiento de um objetivo determinado minimizando el empleo de recursos. (PASTOR, 2009, p. 4).

Considera-se que a economia deve buscar operar com eficiência, o que se atinge mediante uma alocação adequada dos recursos na produção, buscando maximização dos interesses privados, ou seja, lucro, mediante os mínimos custos possíveis.

Nesse sentido, a busca pela eficiência produtiva pressupõe, pelo menos, as seguintes condições: Utilização de todos os recursos disponíveis, no sentido de que não se observe a indesejável ocorrência de quaisquer formas de subemprego ou de desemprego. Esta condição implica ausência de capacidade ociosa. Usualmente, é conhecida como pleno-emprego.

Mobilização e combinação dos recursos disponíveis sob padrões ótimos de desempenho e de organização do processo produtivo no sentido de que não se observe subaproveitamento do potencial máximo disponível. (ROSSETI, 2007, p. 490).

“Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 83).

A questão é quase matemática: como alcançar a maior satisfação das necessidades em função do peso atribuído pelo agente às diferentes coisas desejadas. Sem embargo, o certo é que, analisando com rigor, o presente conteúdo não se refere especificamente à eficiência, mas ao conceito econômico fundamental de maximização (maximization). (LEAL, 2008, p. 5).

A Lei n. 11.079/2004, que instituiu as Parcerias Público-Privadas, garante observância à eficiência das ciências da Administração e Economia aplicável às empresas. Longe de garantir unicamente o equilíbrio econômico financeiro dos contratos ao particular, por exemplo, foi mais além, no intuito de tornar mais atraentes para o parceiro privado a celebração dos contratos de concessão nas modalidades patrocinada e administrativa.

Esta característica é observável, por exemplo, no artigo 5º, inciso III da legislação, que dispõe que os contratos de PPPs deverão conter cláusula que preveja a repartição dos riscos entre parceiro público e privado, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Porém, o conceito de eficiência para a Administração Pública, conforme afirmado, é ditado pelo artigo 37 da Constituição Federal e não se confunde com os conceitos das ciências da Administração e Economia. A Administração Pública tem a primordial função de efetivação dos interesses públicos e o conceito de eficiência aplicado à gestão dos serviços públicos liga-se à ideia de efetividade, qualidade e satisfação social.

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. (ÁVILA, 2005, p. 23).

Logo, a eficiência, em conjunto com os demais princípios da Administração Pública, impõe o dever de boa administração, que é cumprido quando “o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração” (FRANÇA, 2007, p. 4). A elevação da eficiência na gestão dos serviços públicos, prevista pela Lei n. 11.079/2004, não pode implicar apenas o atingimento de racionalidade econômica, se não for efetivado o interesse público. Significa que o Estado tem “obrigação constitucional procurar encontrar a melhor solução possível para que o interesse público seja corretamente atendido” (TIMM; TONIOLO, 2009, p. 4).

A Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 3º, inciso I, garantiu o direito aos usuários de reclamarem a respeito da qualidade dos serviços públicos em geral¹⁷, sendo que, certamente, poderão haver setores ou casos nos quais a prestação não será atrativa, ou seja, eficiente economicamente para o empresariado, porém, o Estado não se exime de prestar e garantir eficiência, que significa efetivar prestação de serviços públicos de qualidade, ainda que não haja eficiência do ponto de vista econômico.

(...) um hospital ou uma escola pública podem ser eficientes ao receber poucos recursos governamentais, mas atender o máximo número viável de pessoas (relação custo-benefício). No entanto, o serviço (educação ou atendimento) podem não ser de qualidade e satisfazer os consumidores. Ou em outras situações, um

¹⁷ Art. 37 (...). § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

determinado serviço pode ser prestado com qualidade (como universidades públicas gratuitas), mas não significa eficiência no emprego dos recursos – pode ser que a relação professor-aluno seja baixa, ou que o nível de produção científica seja insuficiente aos investimentos feitos. (TIMM; TONIOLO, 2009, p. 08).

Há autores que considerem, inclusive, que a eficiência da Administração Pública se constitui como um direito subjetivo (FRANÇA, 2007, p. 13) dos cidadãos e também como um dever do Poder Público (AMARAL, 2006, p. 1). Ingo Wolfgang Sarlet considera que a efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais não se encontra na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais (2007, p. 9).

Vimos que doutrina e jurisprudência reconduzem a noção de eficiência a algo que vai além do conteúdo estritamente econômico (busca pelo menor custo). Eficiente é o meio que também atende a exigências de qualidade, eficácia e/ou produtividade. Assim, nem sempre a opção que se afigure mais barata para a administração será a mais eficiente. O fator custo deve ser visto sob uma perspectiva relativa: é apenas mais um entre tantas outras propriedades a serem consideradas na escolha entre meios distintos (LEAL, 2008, p. 12).

A Lei n. 11.079/2004 possui características que se constituem um paradoxo a respeito das finalidades da instituição das Parcerias Público-Privadas em âmbito federal, qual seja, a tentativa de dotar a gestão dos serviços públicos de eficiência, tendo em vista que agrega como “parceiros” em prol do atingimento de um ideal de eficiência, o setor privado-empresarial e a Administração Pública, para os quais a eficiência tem facetas completamente diferenciadas.

A eficiência, para o empresariado, está relacionada às práticas de maximização dos lucros mediante racionalidade da produção, com utilização de recursos finitos de forma eficiente, mediante redução dos custos correspondentes. Em contrapartida, a eficiência da Administração Pública está necessariamente relacionada à efetividade do interesse público, não podendo se restringir ao conceito de eficiência de mercados. Nesses termos, vê-se com ceticismo a possibilidade da Lei n. 11.079/2004 contribuir efetivamente na resolução do problema da eficiência da gestão dos serviços públicos no Brasil.

O conceito jurídico de “eficiência” vai além, em relação aos conceitos de “eficiência” das ciências da Administração e Economia, sendo que Fernando Leal o define-o como dimensão material ou substantiva da “eficiência”, por ir além dos

custos, buscando a promoção satisfatória dos direitos envolvendo eficácia e qualidade:

A releitura jurídica do conceito de eficiência agrega exigências que vão além do que se entende por conduta eficiente em outras áreas do saber. Não basta mirar os custos; há de se considerar sempre as finalidades e o atendimento de certos requisitos materiais mínimos para que esteja realizado o dever de eficiência. A eficiência pressupõe a economicidade, mas vai além dela. (LEAL, 2008, p. 5).

Uma Parceria Público-Privada pode ser tratada como “eficiente” ou não, a depender do conceito de eficiência adotado, se da Administração Pública ou se do setor empresarial. Uma PPP eficiente do ponto de vista econômico e de mercado, não necessariamente efetivará o Princípio da Eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Nessa hipótese, continuará o Estado Democrático de Direito ineficiente na gestão dos serviços públicos.

Há posicionamentos doutrinários contrários ao exposto. Luciano Beneti Timm e Giuliano Toniolo, por exemplo, entendem que “a literatura jurídica especializada defende a clara influência da racionalidade econômico-gerencial à máquina-governamental, portanto, ao Direito Público” (2009, p. 6) e que o sentido de eficiência da economia deveria ser aplicado ao direito, a fim de que o princípio tivesse “efetividade plena” (p. 11).

Porém, os mesmos autores mencionados no parágrafo anterior, informam que realizaram uma pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, estudando 100 acórdãos prolatados no período de 01/01/05 e 23/02/07 e concluíram o seguinte a respeito da aplicação do Princípio da Eficiência pelo Tribunal:

Desse total, 88 acórdãos atribuíam à eficiência o sentido de boa administração, mas entendida esta como “qualidade na prestação do serviço público” e não no sentido empregado pela ciência econômica vista na primeira parte do artigo.

(...). Resta evidenciado que o sentido atribuído à eficiência pela jurisprudência do TJRS está ainda um pouco distante do que a Economia estipula e, portanto, aquém da própria doutrina administrativa (p. 9 e 11).

Não é o objetivo aqui, partir da crítica tecida à Lei n. 11.079/2004, a respeito de sua potencialidade de resolver a questão afeta à eficiência do Estado Democrático de Direito, na gestão dos serviços públicos e, nesta mesma oportunidade, debater outras tentativas de melhorias e até mesmo soluções para o

problema mencionado, que se considerariam mais adequadas que as Parcerias Público-Privadas.

Este tema adicional demandaria nova produção acadêmica específica. Porém, menciona-se nessa oportunidade o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 16), ao analisar o conteúdo, eficácia e efetividade do direito social à saúde, por entender-se pertinente e agregador ao debate:

Assim, não obstante a singeleza da colocação, temos a convicção de que apenas mediante uma convergência de vontades e esforços (do Poder Público e da sociedade), bem como especialmente com a superação do tradicional jogo do “empurra-empurra” que se estabeleceu em nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de usufruir das condições mínimas para uma existência digna.

Certamente que o Estado Democrático de Direito deve atentar-se para que “os fins públicos sejam promovidos com o melhor aporte de recursos possível diante das prioridades constitucionalmente consagradas” (LEAL, 2008, p. 10), devendo observar que devem ser produzidos os melhores resultados diante de recursos reconhecidamente limitados e escassos. A fruição de direitos depende do aporte de recursos. E também, reconhece-se o diálogo cada vez mais crescente entre direito e economia, as inevitáveis influências da economia sobre o direito, conforme já tratado, além da possibilidade de interpretação multidisciplinar do conceito de “eficiência”, realizada por parte da doutrina.

Porém, o Estado Democrático de Direito não pode se limitar a uma interpretação econômica da eficiência, conforme os objetivos prioritários da Lei n. 11.079/2004, e a economia não pode ficar indiferente ao direito (ARAGÃO, 2006, P. 6), sob pena de cometimento de ilícitos civis e crimes. Assim, a força constitucional do Princípio da Eficiência previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal, não pode ser menosprezada por influências da economia no direito administrativo, ainda mais quando se trata de gestão de serviços públicos, dos quais os usuários são cidadãos destinatários de direitos individuais e sociais.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito surge com seus contornos modernos, quando das Revoluções Francesa e Americana, no Século XVIII, com a derrubada da Monarquia absolutista, época na qual se delineou a dicotomia entre as áreas pública e privada, exigindo-se do Estado uma posição absenteísta, de não intervenção na vida privada dos cidadãos, separando-se o Estado da sociedade civil.

O Estado Democrático de Direito moderno possui estrutura própria, sendo composto por elementos essenciais: Povo, território e soberania. Povo representa a sociedade civil organizada que participa politicamente do Estado. Território é o local, compreendendo a porção de terra delimitada sobre a qual o Estado exerce sua soberania, compreendendo também o mar territorial e o espaço aéreo correspondente. Soberania, por sua vez, é a prerrogativa dos Estados de legislar, fazer cumprir as leis e jurisdicionar, dentro de seu próprio território, àquelas pessoas e bens que nele estão. Nos termos do artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O Estado Democrático de Direito, em sua acepção clássica, é a instituição que detém o monopólio e a centralidade da produção normativa e da jurisdição. Esta instituição, que detém a imperatividade do direito como função primordial, ao dizê-lo e fazer com que seja obedecido, convive com a globalização, complexo processo que promove um intenso relacionamento entre os países e as pessoas do mundo, impulsionado pela evolução da tecnologia, expansão da informática e das telecomunicações.

A globalização promove rapidez no compartilhamento de informações, alterando a percepção do tempo, bem como torna os transportes mais velozes, encurtando distâncias, em diversos aspectos, como por exemplo, nas relações econômicas. A globalização econômica significa o atual estágio de interconexão econômica que vivem as pessoas e os Estados de Direito do mundo globalizado.

O fenômeno da globalização não é recente. Porém, com os contornos que conhecemos contemporaneamente, altamente impulsionado pela tecnologia, se desencadeou na década de 70, em virtude da crise do padrão monetário mundial, com flutuação do câmbio que desorganizou o sistema regulatório do mercado econômico e os dois choques do petróleo, de 1973/1974 e 1978/1979, com aumento de até 05 vezes o valor do barril, aumentando a inflação e o endividamento externo

dos países.

O capital que circula na economia mundial globalizada contemporânea tende a se desmaterializar e circular virtualmente, surgindo as figuras das moedas eletrônicas e virtuais, o que contribui para internacionalizar o sistema monetário. O comércio tende a ultrapassar o território dos Estados de Direito Nacionais, surgindo empresas de atuação global.

A globalização econômica abala as estruturas que compõem o Estado Democrático de Direito Nacional, especialmente a soberania, que se relativiza e enfrenta uma crise contemporânea. Os Estados, individualmente considerados, têm dificuldade de se imporem soberanamente na ordem econômica, convivendo com decisões tomadas por organizações e conglomerados que detêm poderes na economia internacional. Estas decisões têm natureza privada e contratual, dotada de déficit democrático, pautadas primordialmente por interesses econômicos.

Os Estados de Direito sofrem pressões e influência da economia externa, o que irá refletir na sua organização política-administrativa internamente, pois, são levados a empregar esforços para participar da economia internacional, o que poderá influenciar em suas políticas públicas, cambiais, monetárias, tributárias, dentre outros aspectos. O Estado de Direito internamente se vê comprometido em seu desempenho social, pois, a agenda de prioridades do Estado pode mudar, por pressão da competitividade econômica internacional.

O Estado Democrático de Direito passa por uma crise de representatividade e de eficiência no atendimento de demandas sociais e no exercício de suas funções institucionais com eficiência. Tendo em vista a crescente ineficiência do Estado de Direito no atendimento das demandas sociais, a dicotomia entre esfera pública e privada tende a se enfraquecer, pois, setores da sociedade civil, como as organizações não governamentais, passam a atuar na satisfação de necessidades coletivas e de interesse público que, eventualmente, os Estados já não estão dando conta de suprir.

Em suma, a atuação interna dos Estados de Direito perde em eficiência, já que, a participação na economia internacional e o cumprimento de acordos econômicos custam dinheiro e tem o potencial de dispersar os recursos orçamentários, que são reconhecidamente finitos, redirecionando as prioridades do Estado e dificultando a efetividade de direitos. Nesse sentido, discute-se a respeito da crise do Estado.

Este processo gera a necessidade de repensar as instituições nos Estados Democráticos de Direito Nacionais, em relação à organização do Estado, sendo que o tema toca na necessidade de reforma da Administração Pública no Brasil, a qual carece de reorganização para recuperar a eficiência, especialmente em relação à gestão dos serviços públicos.

Com as Revoluções Francesa e Americana, do Século XVIII, consolidou-se uma Administração Pública de características burocráticas, pautada pela dicotomia público-privada, com separação entre Estado e sociedade civil, profissionalizada e racionalizada, baseada na hierarquia, centralização das decisões, controle e rigidez dos procedimentos, com ênfase nos processos, o que a torna lenta e cara.

O modelo administrativo, de características burocráticas, enfrenta uma crise contemporânea, por ausência de eficiência, por não contribuir para que os Estados de Direito tenham condições de acompanhar a dinamicidade que as relações atualmente exigem. A dinâmica da economia internacional globalizada põe à prova os modelos e instituições clássicas de gestão do Estado, e cobra mais eficiência, uma vez que a Administração Pública de natureza burocrática já não vem dando conta destas exigências.

A Administração Pública gerencial procura dar ênfase aos resultados e desempenhos, e não apenas nos processos, com propostas para que a gestão torne-se mais ágil, flexível e dinâmica, com introdução de paradigmas empresariais, descentralização e delegação de poderes, passando o Estado a exercer papel regulador, com função regulamentadora e fiscalizadora, ressaltando-se o papel das agências reguladoras nesse processo.

Surgem, então, diversas propostas de parcerias entre setor público e privado, em busca de eficiência na gestão dos serviços públicos, como, por exemplo, as Parcerias Público-Privadas no âmbito federal, por meio da Lei n. 11.079/2004, um dos instrumentos que se situam no bojo da Administração Pública gerencial, cujo intuito é resgatar eficiência na gestão dos serviços públicos, por meio de peculiares parcerias entre setores públicos e privados.

Ocorre que, o conceito de “eficiência” para o setor privado não é o mesmo aplicável ao setor público. E a Lei n. 11.079/2004 parece dar guarida a um conceito de eficiência aplicável ao âmbito privado-empresarial, das ciências da Administração e Economia, ao dispor, por exemplo, a respeito do compartilhamento dos riscos das PPPs entre parceiro público e privado.

“Eficiência” para a ciência da Administração significa a realização de fins com o emprego mínimo de esforços e com o melhor aproveitamento de recursos possíveis. Ou seja, eficiência seria a busca pela otimização da relação entre recursos utilizados e resultados obtidos. Para a Economia, “eficiência” significa racionalidade econômica, aplicável ao processo produtivo, mediante maximização dos interesses privados com os mínimos custos possíveis.

O conceito de “eficiência”, ditado pelas ciências da Administração e Economia, aplicável ao âmbito empresarial, não é compatível com o Princípio da Eficiência aplicável à Administração Pública. O setor público é muito mais complexo que o empresarial, dotado de valores peculiares que não estão presentes no setor privado.

O Estado de Direito não se confunde com uma empresa, premissa que deve estar presente na Administração Pública gerencial, tendo em vista ser o responsável pela realização do interesse público, cujos destinatários são os cidadãos, detentores de direitos fundamentais, como os individuais e os sociais, jamais podendo o setor público ser visto simplesmente como um “fornecedor” ou um “negócio”, ao contrário dos setores particulares da sociedade que buscam prioritariamente a concretização de interesses individuais, ligados a objetivos econômicos.

Portanto, a tentativa da Lei n. 11.079/2004, que instituiu as PPPs, de dotar o Estado de maior eficiência na prestação de serviços públicos, não se mostra compatível com o conceito de “eficiência” que deve ser respeitado pela Administração Pública, pois, o conceito de “eficiência” albergado pela lei, atento à racionalidade econômica, no intuito de tornar as contratações das PPPs mais atrativas para o setor privado-empresarial, tende a não ser compatível com a acepção de “eficiência” a ser adotada pelo Poder Público, para o qual “eficiência” está ligada a ideia de boa administração, efetividade, qualidade e satisfação social na prestação dos serviços públicos, independentemente da eficiência do ponto de vista econômico, ou seja, do lucro.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2º Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 173-199.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.º. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 04 de out de 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 8º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público na Bahia, n.º. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 05 de out de 2017.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción Y Argumentación en El Estado Constitucional de Derecho**. México: Editora da UNAM, 2005.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 30 de set de 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito e política ensaios selecionados**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2015.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001.

BEGA, Patrícia Fernandes; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; KNOERR, Fernando Gustavo. Parceria empresa-estado na viabilização do desenvolvimento nacional. In: DA COSTA, Ilton Garcia; GIACOIA, Gilberto. **PPP e Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 85-105.

BETIOL, Laércio F.; GALVÃO, Maria Cristina Costa Pinto; SILVA, Álvaro da. **Novas formas de gestão dos serviços públicos: a relação público-privada**. São Paulo: FUNDAP – Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I e II**. Coimbra: Servanda, 1969.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 07 fev. 2017.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 6 fev. 2017.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>.> Acesso em: 7 fev. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11° Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. DUARTE, Francisco Carlos Duarte. A Nova Administração Pública no Contexto da Globalização. **Revista da Esmesc - Associação de Magistrados Catarinenses**, Florianópolis, v. 16, n. 22, p. 13-26, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30° Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CATALÁ, Joan Prats i. Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2° Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 271-314.

COSTA, Ilton Garcia; GIACOIA, Gilberto. PPP e **Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 67-84.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20° Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 9° Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

DONADON, Carina Lopes Silva; POZZOLI, Lafayette. As Ppps – Parceiras Público-Privadas e a função promocional do direito. In: DA COSTA, Ilton Garcia; GIACOIA, Gilberto (Coord.). **PPP e Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 29-65.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. **Poucas Certezas e Muitas Dúvidas: O Direito Depois da Crise Financeira**. São Paulo: Revista de Direito de São Paulo, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 04 de out de 2017.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Transformação da Economia Direcionada ao Crescimento e ao Alcance do Progresso Social, sob a Égide da Constituição Federal de 1988. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, p. 169-192, nov. 2009.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP – Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KETTL, Donald F. **A Revolução Global: Reforma da Administração do Setor Público**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2º Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 75-121.

LEAL, Fernando. Propostas para uma Abordagem Teórico-Methodológica do Dever Constitucional de Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 30 de set de 2017.

LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; HORITA, Fernando Henrique da Silva. Hans Jonas: base filosófica para uma parceria público-privada sustentável. In: DA LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo civil; Ensaio acerca do entendimento humano**. 2º ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2º ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

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

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à Administração**. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28º Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MERLO, Sandra Regina; PAGLIONE, Gabriela Bonini. Parcerias Público-Privadas – aspectos gerais e experiências em solo nacional. In: DA COSTA, Ilton Garcia;

GIACOIA, Gilberto. PPP e **Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 147-160.

MIGUEL, Paulo Pereira. **Globalização na década de 2000 e perspectivas para o mundo em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

MINAS GERAIS. Lei 14.868, de 17 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14868&ano=2003>. Acesso em: 22 mar. 2017.

MISAKA, Marcelo Yukio; DA COSTA, Ilton Garcia; ALONSO, Fabio Pinha. Um olhar crítico sobre a licitação nas Parcerias Público-Privadas. In: DA COSTA, Ilton Garcia; GIACOIA, Gilberto. PPP e **Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 107-122.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MUKAI, Toshio. Parcerias Público-Privadas. A última versão do projeto de lei das PPPs contém critérios de julgamento subjetivos. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, v. 8, n. 191, p. 40-41, dez 2004.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. **Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials an International Business Transactions and Related Documents**. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf> Acesso em: 23 mai. 2017.

PARANÁ. Lei n. 17.046, de 11 de janeiro de 2012. Dispõe sobre as normas para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas no Paraná (Paraná Parcerias). Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=64053>. Acesso em 03 abr. 2017.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Estado Social de Derecho Y Control Jurídico de Eficacia de La Administración Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-JUAN-ALFONSO.pdf>. Acesso em: 04 de out de 2017.

PINTO, Taís Caroline; FERREIRA, Flávia Elaine Soares; GIACOIA, Gilberto. O paradigma dos direitos fundamentais e sua efetivação por meio das Parcerias Público-Privadas. In: In: DA COSTA, Ilton Garcia; GIACOIA, Gilberto. PPP e **Agências Reguladoras, questões críticas**. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 123-146.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2º Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 21-38.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. Brasília: ENAP, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.

ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 20° Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito político**. 3° Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SÃO PAULO. Lei 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2004/lei-11688-19.05.2004.html>> Acesso em: 27 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 30 de set de 2017.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. 2ª Ed. São Paulo: Manole, 2014.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 92, p. 35-56, mar 2012.

STUBER, Walter Douglas. O programa brasileiro de parcerias público-privadas. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, v. 9, n. 194, p. 51-58, fev 2005.

SPINK, Peter. Possibilidades Técnicas e Imperativos Políticos em 70 Anos de Reforma Administrativa. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2° Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 141-172.

TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A Aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: Levantamento Bibliográfico e um Estudo da Jurisprudência do TJRS. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>. Acesso em 05 de out de 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 7° Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Arranjos e instituições de pagamento (regulamentação e crítica). **Revista de Direito Empresarial**. São Paulo, n. 01, jan./fev. 2014.

VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Desenvolvimento Econômico e Igual Liberdade de Trabalho no Contexto dos Direitos Humanos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 217-240, jul. 2014.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.