

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

MARCELO PEREIRA DOS SANTOS

SOCIEDADE DE RISCO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Rio de Janeiro
2014

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

MARCELO PEREIRA DOS SANTOS

SOCIEDADE DE RISCO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof.^a Dr.^a Vanice Regina Lírio do Valle.

Rio de Janeiro
2014

M237s Santos, Marcelo Pereira dos

Sociedade de risco e contratos administrativos / Marcelo Pereira dos Santos. – Rio de Janeiro, 2014.

154f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, 2014.

1. Direito administrativo. 2. Sociedade de risco. 3. Administração pública. 4. Eficiência. 5. Precaução. I. Título.

CDD 341.3



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

SOCIEDADE DE RISCO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

elaborada por

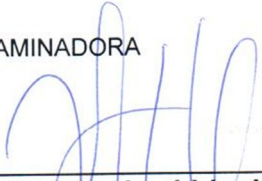
MARCELO PEREIRA DOS SANTOS

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Vanice Regina Lirio do Valle – Presidente
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Nilton Cesar Flores
Universidade Estácio de Sá



Profa. Dra. Patricia Regina Pinheiro Sampaio
Fundação Getulio Vargas

DEDICATÓRIA

Aos meus amáveis pais Manoel e M^a Lúcia, à minha eterna esposa Caren e aos meus sogros José e Norma que ofereceram todo apoio para realização da pesquisa e suportaram meu isolamento com paciência.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Vanice Regina Lírio do Valle, por ter ocupado parte do seu tempo apoiando a pesquisa, ouvindo minhas angústias, compartilhando seu conhecimento, estimulando meu desenvolvimento, compreendendo minhas dificuldades, direcionando meu caminho e proporcionando sabedoria para superação dos obstáculos. A Professora Vanice sempre se mostrou disposta a contribuir com algo novo, agregando conteúdo e ensinando a fazer o melhor. Esteve à disposição, sem hesitar em qualquer hipótese. Ter sido orientando da Professora Vanice foi algo extraordinário e transformador. Entre um diálogo e outro, pude perceber que o percurso dessa empreitada foi muito mais gratificante que o resultado final. Espero poder retribuí-la e fazer valer todo esforço despendido. O valor máximo extraído desse convívio foi materializado na amizade que será para toda vida e a experiência única de estar ao lado de um dos maiores ícones do Direito brasileiro.

Ao Professor Doutor José Roberto Ribas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) que, além de ter incentivado meu ingresso no curso de mestrado, concedeu-me a oportunidade de compor a equipe de pesquisa do Projeto POLI 15623, denominado “A Abordagem *Fuzzy AHP* na Hierarquização de Ativos de Empresas do Setor Elétrico”, bem como do Projeto POLI 12782, intitulado “Sistema de Gerenciamento de Riscos em Empreendimentos de Geração”, ambos vinculado à ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica).

À Fundação COPPETEC/UFRRJ que subsidiou a pesquisa por intermédio de bolsa de estudo, durante o período dedicado aos projetos supramencionados.

Ao Professor Doutor Nilton Cesar da Silva Flores que prontamente aceitou o convite para compor a banca qualificadora. Suas ideias e observações foram de tamanha relevância, permitindo o aprimoramento do conteúdo e estimulando, ainda mais, a busca por novas descobertas.

À Professora Doutora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), por ter se colocado à disposição para esclarecimentos de dúvidas atinentes ao objeto da pesquisa, além de orientar quanto às referências bibliográficas. Também colaborou com o trabalho ao palestrar sobre o tema “Gestão de Riscos nos Contratos de Concessão e PPP’s”, no IV Congresso de Direito

Administrativo, organizado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em homenagem ao Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Ainda sim, sou grato por ter aceitado o convite para fazer parte da banca examinadora.

À Coordenação do PPGD/UNESA, na pessoa do Professor Doutor Fábio Corrêa Souza de Oliveira, por ter sempre se preocupado com a qualidade do curso, buscando organizar inúmeras atividades de cunho acadêmico, a fim de agregar valores aos alunos mestrandos e doutorandos.

Aos Professores Doutores Rafael Mario Iorio Filho, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Marcello Raposo Ciotola, Lênio Luiz Streck, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Renata Braga, que estiveram à frente das disciplinas cursadas por mim, compartilhando seus conhecimentos peculiares, estimulando a reflexão, ensinando questões muito além das páginas dos livros e esclarecendo dúvidas de todos os gêneros. Agradeço também aos demais docentes que, de alguma forma, se dispuseram a agregar valores ao PPGD/UNESA e possibilitaram a minha projeção acadêmica.

Aos amigos, Abel Rafael Soares, Adinan Rodrigues, Alexandra Corrêa, Ana Cristina Willeman, Ana Luiza Hadju Hungria, Alexandre Leopoldo, Bruno Oizumi, Carina Barbosa Gouvêa, Claudia Barros Portocarrero, Célio Celli De Oliveira Lima, Eneisa Miranda Bittencourt Sobreira, Eduardo Newton, Eliane Valle, Evandro Ferreira Gomes, Eugeniusz Cruz, Izimar Dalboni Cunha, Kátia Regina Lobo Maciel, Litiane Motta Marins Araújo, Miriam Azevedo Hernandez Perez, Renata Bilhim, Ronald Luiz Andrade, Vinícius Figueiredo Chaves, Thiago Serrano Pinheiro de Souza e todos os outros que contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional.

Aos colaboradores do PPGD/UNESA, Willian, Fábio e Caroline, por estarem à frente das demandas da secretaria, sempre prontos a atender alunos e professores, com cortesia, carisma, profissionalismo e eficiência.

RESUMO

Este trabalho retrata as vicissitudes de uma sociedade de risco sob o olhar de Ulrich Beck, Zygmunt Bauman e Anthony Giddens, bem como as transformações ocasionadas na Administração Pública devido à eclosão da onda de incertezas, ameaças e ambivalências que atingiu o cenário das relações público-privadas na pós-modernidade. Além de salientar as inconsistências das práticas de gestão numa atmosfera fluída, o objetivo consiste em identificar os motivos que embasaram a necessidade de reformulações nas estratégias de governo, a fim de tornar o Estado mais eficiente e capaz de minimizar os danos à coletividade. Após apresentar as contingências incidentes sobre a órbita dos contratos administrativos, seguimos na busca de métodos que proporcionem um gerenciamento mais adequado das áleas advindas dos negócios jurídicos dessa natureza. A perspectiva que se põe é de elevar a qualidade dos resultados pretendidos pelos ajustes firmados pelo Poder Público. Isso requer certa retração das exorbitâncias inerentes aos pactos inseridos na esfera estatal, bem como a releitura dos antigos dogmas edificados pela doutrina clássica. Ademais, as normas tocantes à matéria carecem de interpretação sob a ótica dos princípios de ordem constitucional, tendo em conta os valores erguidos pela democracia e pelo pluralismo. Para tanto, o diálogo é colocado como pressuposto do processo decisório destinado às escolhas alusivas ao bem comum. Ao final, será possível compreender o porquê a PPP é uma modalidade contratual que melhor se encaixam no panorama contemporâneo, nas hipóteses em que a Administração almeja empreendimento de grande vulto. Ainda sim, ficará entendido o quanto é relevante o estudo prévio sobre os impactos do objeto acordado e a definição antecipada de uma partilha objetiva de riscos, nas concessões comuns.

Palavras-chave: sociedade; risco; Administração Pública; precaução; eficiência.

ABSTRACT

This work depicts the vicissitudes of a risk society under the watchful eye of Ulrich Beck, Anthony Giddens and Zygmunt Bauman, as well as the transformations occasioned in Public Administration because of the outbreak of the wave of uncertainties, threats and ambivalence that hit scenario public-private relations in post modernity. In addition to point out the inconsistencies of management practices in a fluid atmosphere, the goal is to identify the reasons that paved the way to reformulations in government strategies, in order to make the State more efficient and able to minimize the damage to the collective. After presenting the contingencies on the orbit of administrative contracts, we are searching for methods that provide a more appropriate management of decorative legal business of this nature coming. The prospect that without puts is to raise quality of intended results by tweaking signed by public authorities. This requires certain retraction of the privileges inherent in the State sphere entered pacts, as well as a retelling of the old dogmas edified by the classical doctrine. Furthermore, touching the standards require interpretation from the perspective of the principles of constitutional rule, taking into account the values raised by democracy and pluralism. To this end, the dialogue is placed as assumption of the decision-making process for the allusive choices the common good. In the end, it will be possible to understand why the PPP is a contractual mode which best fit the contemporary panorama, in cases in which the Administration craves major venture. Still, it will be understood how much is relevant the preliminary study on the impacts of the object up and the early definition of objective risk-sharing, in the common concession contracts.

Keywords: society; risk; Public Administration; precaution; efficiency.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEPA	Comissão de Estudos e Projetos Administrativos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
MP	Medida Provisória
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PDRAE	Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PPP	Parceria Público-Privada
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
SEDAP	Secretaria de Administração Pública da Presidência da República
SIAPE	Sistema Integrado de Administração de Pessoal
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal
WBCSD	<i>World Business Council for Sustainable Development</i>

Sumário

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	17
1 SOCIEDADE DO CONHECIMENTO E DO RISCO	17
1.1 PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO: PRINCÍPIOS INDISPENSÁVEIS À SOCIEDADE DE RISCO.....	24
1.2 RISCO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DO AGIR ADMINISTRATIVO	29
1.2.1 POR FORÇA DA DIMENSÃO FUTURA DO INTERESSE PÚBLICO	32
1.2.2 POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	34
CAPÍTULO 2	37
2 A ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE: DA FORÇA IMPERATIVA DO ESTADO AO UNIVERSO DA CONSENSUALIDADE	37
2.1 RELAÇÕES CONTRATUAIS COM A ADMINISTRAÇÃO: DA NEGAÇÃO À NECESSIDADE DE INCORPORAÇÃO DE MODELOS FLEXÍVEIS	37
2.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO: A BUSCA ORIGINÁRIA DE SEU TRAÇO DISTINTIVO.....	42
2.3 RELATIVIZADO AS ASSIMETRIAS ATRAVÉS DO CONSENSO	47
2.4 CONTRATO ADMINISTRATIVO E A PRESENÇA DO RISCO: DISTINTA INCIDÊNCIA DE UM MESMO FENÔMENO	49
2.5 AS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS	54
2.5.1 CONTRATAÇÕES COM O TERCEIRO SETOR.....	55
2.5.2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	58
2.5.3 CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	60
2.5.4 AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS	62
CAPÍTULO 3	69
3. EFICIÊNCIA ENQUANTO VETOR DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: BREVE PERCURSO HISTÓRICO	69
3.1 PERSPECTIVA EVOLUTIVA DA NORMATIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA COMO ATRIBUTO DA AÇÃO ESTATAL	70
3.2 DUPLA DIMENSÃO TEMPORAL DA EFICIÊNCIA: EFEITOS PRESENTES E FUTUROS DA AÇÃO ESTATAL	82
3.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO VETOR DE FACETAS MÚLTIPLAS	86
3.3.1 EFICIÊNCIA ECONÔMICA	88
3.3.2 EFICIÊNCIA JURÍDICA.....	90
3.3.3 EFICIÊNCIA TÉCNICA.....	93
3.4 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO VETOR DE ORIENTAÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS	96

4	LEGITIMANDO UMA OPÇÃO CONTRATUAL OTIMIZADA, SOB A PERSPECTIVA PÓS-MODERNA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	99
4.1	RELAÇÃO INDISSOCIÁVEL ENTRE REPARTIÇÃO DE RISCOS E GARANTIA DA EFICIÊNCIA	102
4.2	ASPECTOS TEÓRICOS PARA UM REGIME JURÍDICO DE RISCOS FUNDADO NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA	107
4.3	CONCEPÇÃO PRÁTICA PARA FORMATAÇÃO DE UM REGIME COMPARTILHADO DE RISCOS, ANCORADO NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA.....	110
4.4	UMA DIMENSÃO APLICATIVA DO EXPOSTO: ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À LEGITIMAÇÃO DA OPÇÃO PELA MODALIDADE CONTRATUAL CONCESSÃO PATROCINADA.	115
	CONCLUSÃO.....	120
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

Introdução

Os avanços da tecnologia e seus impactos sobre a atuação do Estado, especialmente no que tange as relações contratuais, trouxeram perplexidades de natureza heterogênea, tornando fluido o ambiente das transações públicas. Os riscos e incertezas produzidos pelo universo desconhecido, fruto do progresso da ciência e da globalização, elevaram os níveis de insegurança. A desconfiança entrou na órbita dos pactos administrativos, demandando cautela do administrador, de seus colaboradores e da iniciativa privada. A legislação brasileira, ao tratar da matéria, pouco descreveu sobre os mecanismos de mitigação das contingências. Esse panorama causou elevação no custo global das concessões e das obras públicas, ocasionando perda de receita e embaraços orçamentários. Apesar dos dogmas terem apontado para a defesa da legalidade e das tradições consolidadas, a “zetética” não abandonara a realidade fática, cabendo à comunidade jurídica atentar para a conciliação entre o espírito constitucional e a real conjuntura da sociedade. Este esforço deveria ser no sentido de elevar a legitimidade dos atos políticos e reduzir os dissabores da intransigência provocada pelos agentes que se acharam dominador do poder.

As indagações que provocaram a exploração do objeto proposto à presente dissertação surgiram, inicialmente, das seguintes ponderações: a) Como alinhar os contratos públicos para que os riscos deles decorrentes não tragam consequências indesejáveis ao bem comum? b) De que modo compatibilizar os diversos interesses englobados nas contratações da Administração Pública, a fim de garantir a aceleração do crescimento no campo da economia, educação, cultura, saneamento, saúde, segurança pública, meio ambiente, serviço social, urbanismo, desporto, ciência e tecnologia? c) De que maneira alocar os riscos, em se tratando de contratos administrativos de grande porte, para que seus impactos perniciosos sejam mitigados? d) Como impulsionar os investimentos em infraestrutura estatal,

com suavização de recursos públicos e elevação da qualidade de bens e serviços?
e) De que forma harmonizar riscos, incertezas e ambivalência com o princípio da eficiência? f) Como melhor manejar a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica para que os arranjos contratuais se adequem ao princípio da sustentabilidade e a repartição dos riscos proporcione equilíbrio entre as partes interessadas?

A questão, além de afetar aspectos relacionados ao Direito, é sensível aos campos da Sociologia, da Antropologia, da Ciência Política e da Filosofia. Isso porque o assunto perpassa pela evolução social, bem como pelas transformações ocorridas entre o marco da Revolução Industrial e a chamada “Era Pós-Moderna”. Ademais, a temática envolve a variação do comportamento humano ante o turbilhão de informações que se propagaram através dos meios de comunicação. O homem foi cercado por múltiplos desejos e conflitos de perspectivas. Ainda sim, há afinidade com aspectos da teoria política, uma vez que é necessário resgatar o processo decisório da Administração Pública, a fim de verificar as transmutações que se deram entre o período do governo liberal, onde o imperialismo da ação estatal era manifesto (levando em conta o protetorado da lei para defesa do interesse público); e o “Pós-Socialismo”, termo cunhado para apontar a característica da gestão contemporânea, marcada pela transferência de atribuições à iniciativa privada e pela assunção de funções regulatórias pelo Poder estatal.

O consenso, gradativamente, entrou na seara das escolhas estatais, abrindo espaço para o exercício da cidadania. A metamorfose incidente no transcurso evolutivo da sociedade acometeu a saúde psicológica das pessoas, que se lançaram às práticas de consumo exagerado e se viram reféns do mercado de produtos e serviços. Os problemas aqui assinalados são mais do que bastantes para demonstrar a relevância e a justificativa da investigação.

O teor do trabalho está intimamente ligado com área de concentração, “Direito Público e Evolução Social”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, pela singela circunstância de examinar um tema inequivocamente daquela seara pública (contratações administrativas) a partir dos influxos lançados na matéria exatamente pelo processo de evolução social que determinou a incorporação ao debate inclusive internacional, do risco como um elemento inerente à sociedade pós-moderna, e da sua necessária incorporação na

moldagem do agir administrativo. Já a afinidade com a linha de pesquisa, “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”, do PPGD-UNESA à qual se vinculou a pesquisa decorre do traço propositivo no enfrentamento da problemática acima noticiada da absorção do risco como vetor inafastável também na atividade contratual da Administração Pública, reclamando a formatação de uma racionalidade objetiva para sua incorporação ao dia a dia das entidades federadas.

Dentre os objetivos específicos, visa-se demonstrar as transfigurações sociais que ensejaram a reengenharia da organização administrativa; apontar fatores que afetaram o agir administrativo; analisar a transição do imperialismo ao consensualismo na relação público-privada; e apresentar as vantagens de um contrato de risco compartilhado para a concretização do interesse público.

O presente trabalho – é importante que se diga – restou ainda subsidiado por indagações empíricas propostas pela vinculação de seu autor ao projeto de P&D da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), denominado “Sistema de Gerenciamento de Riscos em Empreendimentos de Energia”, sob a coordenação do Prof. Dr. José Roberto Ribas. A pesquisa em si foi subsidiada pela Fundação COPPETEC (Coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos) e orientada pela Prof.^a Dr.^a Vanice Regina Lírio do Valle que contribuiu enormemente para o desenvolvimento e a conclusão deste estudo.

Como resultado parcial da pesquisa foi apresentado resumo estendido, intitulado “Contratos Administrativos sob uma nova perspectiva de risco”, no II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduação em Direito – FEPODI, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, entre os dias 19 e 20 de setembro de 2013, onde visualizamos que o insucesso no monopólio estatal reclamara o firmamento de parcerias para suprimento dos défices de eficiência. Espécies contratuais até então não experimentadas foram acomodadas à prática da governança, recomendando novas habilidades e a relativização de determinados privilégios. O consenso assumira papel indispensável no campo da contratação do Estado, proporcionando maior flexibilidade para as partes. Esses aspectos, somados as contingências da sociedade pós-moderna, exigiriam ajustes no regime de divisão dos riscos contratuais, a fim de elevar a confiança e a solidez do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos. Durante o V Seminário de Pesquisa da Universidade de Pesquisa da Universidade Estácio de Sá, realizado no

dia 26 de outubro, no Campus Menezes Côrtes fora exposto o pôster com título “Sociedade de Risco e Contratos Administrativos”, no qual constatamos que as PPP’s (Parcerias Público-Privadas) seriam os modelos contratuais que melhor se adequariam as exigências do mundo evoluído e globalizado, devido os seguintes fatores: objetividade das cláusulas, menor impacto na absorção dos riscos, reduzido grau de perdas, resultados mais factíveis, adequação ao princípio da economicidade e *accountability* mais apurado. Também nesse mesmo espaço, na ocasião do Seminário Comemorativo de 25 anos da Constituição, organizado pelo PPGD da UNESA, ocorrido no dia 25 de outubro de 2013, apresentamos resumo expandido cujo título era “O Cenário Aquoso da Sociedade Pós-moderna e a Perspectiva do Risco nos Contratos Administrativos”, ficando identificado que o consenso assumiu papel indispensável no campo da contratação do Estado, proporcionando maior flexibilidade para as partes e minimizando as consequências indesejadas. Por fim, no XXII Congresso Nacional de Direito do CONPEDI, que ocorrera na cidade de São Paulo, no Hotel *Renaissance*, entre os dias 13 e 16 de novembro de 2013, tivemos a oportunidade de apresentar o artigo científico “Eficácia Administrativa sob uma Perspectiva Pós-moderna”, trabalho no qual foi revelado que a eficiência administrativa integrou-se à esfera normativa por intermédio do Decreto Lei nº 200/67. Apesar da inovação e da reorganização nas estruturas do Estado, seus efeitos foram inexpressivos. A Constituição de 1988, ao instaurar a democracia e romper com os governos ditatoriais, também não trouxera grandes inflexões práticas no ambiente da Administração, mesmo já contendo um espírito focado no cidadão. O agigantamento do Estado fizera que o governo se mobilizasse para reformas planejadas destinadas a redução dos custos e elevação dos resultados. A EC nº 19/98 surgira como marco referencial para uma nova gestão pública, porém após inúmeras tentativas de reverter os quadros de crise, se tornara cada vez mais difícil deslocar os pesos que emperravam o gerenciamento da máquina.

Em virtude do viés teórico empregado na análise, nos valem da metodologia dialético-descritiva, assentada em apanhado bibliográfico, consubstanciado na perquirição do pensamento de catedráticos como: Anthony Giddens, Bresser Pereira, Carol Lewis, Denise Hammerschmidt, Emerson Gabardo, Franz Josef Brüseker, Frederico Lutoso da Costa, Garcia de Enterría e Tomas-Ramón Fernández, Jacque Chevallier, Jocely Bourgon, Manuel Castells, Maria João

Estorninho, Norberto Bobbio, Perry Anderson, Raffaele de Giorgi, Stephe Hill, Ulrich Beck, Vanice R. L. do Valle e Zygmund Bauman. A concepção de vários outros autores, não menos importante, também serviu de fonte doutrinária para dissertação, conforme referências pós-textual.

No Capítulo 1, serão enfocadas as concepções de Ulrich Beck em referência à “Sociedade de Risco”, destacando o olhar do ser humano em relação a si próprio e os temores decorrentes da patente insegurança vigente no mundo moderno. Ainda sim, ficarão registradas algumas percepções do autor sobre a atmosfera de incertezas e às desordens concebidas pela perseguição irracional ao poder econômico. Tratar-se-á também do agir administrativo e das circunstâncias que reclamaram reajustes na postura do Estado, para defesa do interesse público, ante as transmutações que atravessaram os últimos séculos.

No Capítulo 2, o estudo estará voltado para o processo evolutivo dos contratos administrativos, desde o pensamento dogmático clássico, cunhado com base no conservadorismo, até o erguimento da epistemologia acomodada na consensualidade. Outrossim, ficará constada a dupla aparência desse instituto e a incidência dos riscos, de naturezas diversas, sobre os pactos firmados junto à iniciativa privada. Por outro lado, serão apresentadas alternativas para que os negócios da Administração não resultem em prejuízos ao erário, bem como não tenham desdobramentos ruinosos para contribuintes e usuários dos serviços públicos. Ainda dentro desse quadrante, haverá uma singela reflexão no que tange às parcerias público-privadas e a intercessão dessa modelagem contratual com o regime de distribuição das contingências.

O princípio da eficiência será alvo do Capítulo 3, onde se terá a oportunidade de conhecer um sucinto percurso histórico, iniciado desde a Era Vargas até o período subsequente à Reforma Administrativa, entabulada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Por conseguinte, se dará ênfase à sua dupla dimensão temporal e às múltiplas expressões que o fazem de um vetor fundamental para a consagração da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o Capítulo 4 abordará as perspectivas que devem ser perseguidas pela gestão estatal contemporânea, a fim de mitigar as inconveniências presentes no ambiente contratual entre Estado e parceiros privados, tendo em conta a necessidade de estimular o crescimento do setor de infraestrutura para que a

sociedade seja assistida dentro do máximo padrão de qualidade possível e a Constituição não seja reduzida a um mero manual de boas maneiras.

Feito esse introito, convidamos o leitor a seguir na dissecação do tema para que tenha total compreensão do horizonte dos riscos na esfera dos contratos administrativos, pois só assim será possível alcançar melhores perguntas para as agruras da sociedade contemporânea e as que afetarão as gerações futuras.

Capítulo 1

1 SOCIEDADE DO CONHECIMENTO E DO RISCO

As descobertas desencadeadas pela aceleração do avanço da ciência já a partir da segunda metade do século XX ocasionaram um universo desconhecido que exigira busca profunda sobre as variadas áreas do conhecimento para tentar alcançar a compreensão de uma nova postura social instalada pelo mundo. O homem precisava estabelecer limites às suas experimentações para não sacrificar sua própria espécie. A criação de modernas ferramentas, a combinação de substâncias inexploradas e o uso desmedido dos recursos naturais potencializaram um cenário incontornável de ameaça.

Em contrapartida, o somatório da técnica com os diversos campos do conhecimento resultara no progresso social e econômico, fruto do aperfeiçoamento de processos e métodos. Desse modo, ambivalências, perigos, riscos e incertezas passaram a ser reconhecidos como parte dessa marcha evolutiva.

A ascensão da economia tivera seu momento de maior pujança quando da inserção das máquinas nos expedientes de fabricação, representada pela Revolução Industrial (entre 1760 e 1830), ciclo transformador que ocasionara uma virada nos costumes da vida cotidiana. Em síntese, a repercussão da transição de uma sociedade marcada por tradições e hábitos para um conjunto de grandes novidades trouxera não só proveitos de toda ordem, mas também inconvenientes que mais tarde seriam encaradas como fonte de crises.

Com o passar do tempo, o refinamento dos meios atingiu o estágio tecnológico, etapa em que a cibernética, a robótica, a informática e a telecomunicação provocaram uma atmosfera de estranhamento, pelo que se introduzia de mudanças no modo de desenvolvimento de ações humanas como a transmissão de ideias e conhecimento, o trabalho, etc. Consequentemente, a modernidade incipiente transfigurou-se em modernidade reflexiva, ocasionando

grandes transmutações ligadas ao trabalho, à política, à individualização e à crise ecológica. Circunstâncias como: capitalismo sem emprego, descentralização da arena política, aparecimento de novos atores não-territoriais (capital internacional e conglomerados financeiros), individualização além das classes, pluralidades de estilos de vida, internalização do medo, exploração autossustentável e universalidade do risco, demonstraram o dinamismo de um descompassado progresso científico (BECK, 1999, p. 5).

Em face dessas mutações, a “Era do Conhecimento” propiciara um caos determinístico. As mudanças foram tão extremas que os sociólogos utilizaram múltiplas especificações para definir tal panorama, valendo-se do seguinte catálogo de conceitos: a) “pós-modernidade”¹, termo utilizado por Onís (1930); b) “civilização de risco”, nomenclatura empregada por Lagadec, (1981); c) “nova intransparência”, designação usada por Habermas (1985); d) “sociedade de risco”, título escolhido por Beck (1986); e) “sociologia do risco”, expressão adotada por Peretti-Watel (2000); e f) “insegurança social”, locução adjetiva apontado por Castel (2003). Todas essas terminologias, bem como outras assinaladas por diversos pensadores, tinham por finalidade revelar a “ruptura semântica” daquele momento histórico-social (BRÜSEKE, 2007, p 69). Para Giddens (1991, p. 13) ao invés de vislumbrar uma fase de pós-modernidade, tudo não passaria de meras consequências da modernidade que, em uma época mais adiantada, se tornara radicalizadas e universalizadas em proporções maiores. Em suma, o pensamento descritivo dos referidos autores foi permeado pelo registro da cega confiança na racionalidade, como também pelo detalhamento de um ambiente cercado por incertezas econômicas, políticas, sanitárias, ambientais, culturais e biológicas (MOREIRA NETO, 2008, p.140).

As progressões da ciência superaram expectativas, as fronteiras do saber foram rompidas, as informações se proliferaram em escalas exorbitantes, as

¹ Essa terminologia ganhou notoriedade na doutrina ao referir-se a era evoluída cunhada sob as explorações científicas e tecnológicas. Um dos primeiro autores a fazer menção ao termo foi Frederico Onís, na década de 1930, na Espanha ao descrever o refluxo conservador dentro do modernismo. Já em 1954, na Inglaterra, Toynbee usou a aludida expressão para destacar os aspectos do período pós-guerra Franco-Prussiana. Essa foi também a nomenclatura dada por Charles Olson ao expor a fase posterior à Revolução Industrial. Entretanto, ganhou propagação com C. Wright Mills e Irving Home quando, em 1959, apresentaram suas constatações de que os ideais do liberalismo e do socialismo tinham falido. Em 1970, David Antin, Jean-François Lyotard, Jurgüen Habermans entre outros pensadores deram maior difusão à denominação (ANDERSON, 1999, p. 9-43).

demarcações territoriais diluíram-se, a biomedicina seguiu na cura de diversas doenças² e as regras mercadológicas afrouxaram-se. Daí se originara um universo obscuro, cercado pelo signo do medo, marcado pela dissolução das solidas tradições e, paralelamente, simbolizado pela perda de previsibilidade.

As imprecisões já eram tamanhas e os instrumentos criados para conte-las se converteram em riscos à humanidade. Terríveis catástrofes, como: acidentes nucleares, rompimento de dutos com vazamento de óleo em águas profundas, intoxicação em massa por substâncias nocivas à saúde (ex. amianto), morte numerosa de trabalhadores na extração de minério, extinção de espécies nativas da fauna e da flora e incidência de chuva ácida, serviram para ilustrar os impactos advindos da poluição atmosférica e da contaminação do solo, corolários da alucinada corrida pelo desenvolvimento.

Os aspectos da vida em sociedade mudaram drasticamente nos últimos anos, levando-se em conta a superação da “Era da Modernidade” e a transfiguração do corpo coletivo após a fase industrial, fatos que trouxeram ameaças antes desconhecidas e que passariam a exigir a redefinição dos padrões de responsabilidade, segurança, controle, comportamento e agir estatal. Tornou-se necessário estabelecer barreiras de autolimitação ao desenvolvimento devido os potenciais perigos realçados em um momento de novas descobertas científicas (GUERRA, 2009, p. 11).

Com intuito de alertar a comunidade mundial, Beck (2010, p. 7) descreveu o período marcado pelo acidente nuclear de Chernobyl, enfatizando que as ameaças enfrentadas por nós humanos seriam fruto das nossas próprias ações, chamando assim, todos para uma profunda reflexão sobre a inevitabilidade e impossibilidade de segregação dos riscos.

O referido autor ressaltou que enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riqueza dominava a geração das contingências, na fase da corporificação social do risco essa relação se inverteu, ou seja, na modernidade tardia o acúmulo de fortunas passou a ser acompanhado, sistematicamente, pela eclosão das probabilidades trágicas. O agravamento do cenário de incertezas se

² Essa reflexão encaixa-se perfeitamente nos pensamentos de Giddens (1991, p. 16), pois, segundo ele, “o desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual”.

daria também em decorrência dos conflitos relacionados à indefinição e à distribuição dos perigos cientificamente criados (BECK, 2010, p.23).

Na modernidade desenvolvida, o signo do medo apresentou-se como produto das descobertas, experimentações e invenções, caminhando lado a lado com o avanço tecnológico, conforme as escolhas feitas pelo homem. Não se tratou de mera consequência ou resíduo de uma sociedade tradicional, a qual se concentrava nas necessidades imediatas para subsistência e bem estar, mas sim da busca do aperfeiçoamento das máquinas, dos seres, dos processos, das ferramentas, da vida em geral.

A dimensão social adquirida com o progresso da ciência promoveu um choque antropológico, suspendendo os conceitos de emancipação, nacionalidade, espaço e tempo. As conversões operadas entre os séculos XVIII e XXI demonstraram que as catástrofes não foram resultados das falhas, mas sim das forças destrutivas extraídas dos sistemas transformadores. As mortes e destruições ocorridas no mundo não se deram por conta da mera falta de cuidado, mas sim pela busca ao desconhecido e a corrida pelo desenvolvimento a qualquer preço³. Os cientistas não poderiam ser equiparados a pessoas inocentes ou ignorantes e, além disso, as ações perigosas eram submetidas à medição, à análise teórica, à opinião de outros especialistas, bem como, contavam com estudos de impactos relacionados ao ambiente e ao indivíduo.

Os recursos do planeta foram subjugados e explorados no final do século XX e, assim, transformados de fenômeno externo em interno, de manifestação predeterminada em fabricada. Ao longo de sua metamorfose tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. A dependência do consumo e do mercado caracterizou um novo tipo de sujeição universal. Essa diretriz se converteu em lei do modo de vida na civilização moderna⁴.

³ Ao analisar a evolução humana, De Masi (2003, p. 98) descreveu que “durante milênios, o homem trabalhou e produziu conforme modalidades rurais e artesanais que permaneceram mais ou menos idênticas. Depois, há apenas duzentos anos, iniciou-se a experiência industrial baseada na produção em massa e mais tarde na organização científica do trabalho. Essa experiência, mais violenta e cruenta do que muitas outras, e, no entanto, extremamente vital e fecunda, estabeleceu em apenas dois séculos as premissas da própria superação e da instauração de um terceiro ordenamento social – a ‘terceira onda’ – profundamente diferente dos outros e, em muitos sentidos, imprevisível quanto a seus desdobramentos futuros”.

⁴ Isso corresponde ao reconhecimento de que os riscos e ameaças atuais são distintos dos seus equivalentes medievais, fundamentalmente, em razão da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas (BECK, 2010, p. 26).

A passagem do modelo de distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia ecoou historicamente sob os seguintes aspectos: a) na medida em que a tecnologia evoluiu para fabricação de novos produtos e serviços, despontaram-se malefícios que atingiram a comunidade; b) a carência material dos indivíduos exigiu máximo esforço do Estado para garantia dos direitos; c) cada vez mais os órgãos estatais se viam incapazes de suplantar, exclusivamente, todos os encargos impostos pelo período pós-industrial; e d) se tornara indispensável o apoio e a cooperação, consubstanciada na solidariedade social, por parte dos envolvidos nesse processo evolutivo, a fim de moderar as perdas e melhor gerir a máquina pública.

Outro aspecto relevante estaria ligado à percepção do sofrimento e opressão, decorrentes dos efeitos nocivos, provocados pelos produtos sistematicamente produzidos, por aqueles que os negavam tais desgraças. O Direito teve que ajustar suas velas na direção em que soprou o vento: sufrágio universal, direitos sociais, direitos trabalhistas e direito de participação. As anteriores fontes de riqueza (energia atômica, indústria química, tecnologia genética etc.) transformaram-se em imprevisíveis nascentes de ameaças. A evidência dos vilipêndios à vida, oferecidos pelo mercado modernizante e pelas mercadorias evoluídas, proporcionou sentido anacrônico aos discursos encobridores das suas consequências degenerativas e perniciosas (BECK, 2010, p.62).

O homem passou a temer a si próprio. O crescente consumismo extravagante cegou a sociedade, que, ao tentar olhar para o horizonte, se viu impotente e submissa aos riscos gerados pelo seu comportamento. Graus de aceitabilidade foram concebidos para confortar os temores da onda tecnológica e progressista. Assim, por mais bem formadas e informadas, as pessoas aceitaram a circunstância do irreversível aniquilamento da espécie humana, transformando a ameaça projetada em perigo real. Nesse sentido, tornava-se nítido que a luta milenar por direitos fundamentais corresponderia a uma fatigante batalha do ser humano contra si mesmo⁵.

A globalização tornou as fronteiras vulneráveis em meio ao silencioso e sorrateiro influxo repugnante da ação leviana. As decisões de cunho coletivo, e até

⁵ Em interessante passagem, Bauman (1998, p. 10) descreve que “os mal-estares da modernidade proviam de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais”.

individual, passíveis de potenciais danos ao interesse público, não mais se restringiriam as perspectivas internas ou endógenas, contextualizada perante determinada questão. A nova lógica exigira profunda sondagem quanto o alcance, o tipo e o teor das ameaças, círculos de pessoas atingidas, efeitos retardados, possíveis responsáveis, a repercussão nos casos de demandas por reparação entre outros ângulos.

Isso acabou demonstrando que o estudo do comportamento social e a teoria política da sociedade de risco seriam, em seu cerne, ciência do conhecimento e não sociologia da saber. Significa que estaríamos investigando nesse recente cenário de incompletudes, todos os amálgamas, incorporações e atores cognitivos, além das suas conflitivas absorções e enfrentamentos mútuos, seus fundamentos, suas pretensões, seus erros, suas irracionalidades, suas verdades e suas impossibilidades. Esse exercício, nem todos se esforçariam em fazer, pois, segundo os donos da sapiência, tais experiências já eram conhecidas dentro dos seus campos analíticos (BECK, 2011, p. 66).

A ocultação dos aspectos periclitantes, decorrentes das conquistas técnico-científicas, foi disseminada e se tornou patente. Os perigos invisíveis tornaram-se evidentes. Os danos decorrentes da manipulação química e biológica, antes imperceptíveis, converteram-se em um estado pungente aos olhos, o nariz e ouvido. O definhamento das florestas avançou em passos largos, as águas interiores foram contaminadas, os hidrocarbonetos foram despejados em quantidades incomensuráveis, carcaças de animais encharcadas de óleo ocuparam a paisagem das baías, a erosão desfigurou a natureza, a beleza arquitetônica dos edifícios foi desarranjada pela poluição. A mídia trouxe à tona uma sucessão de acidentes, escândalos e catástrofes causadas por materiais tóxicos. Os alimentos levados à mesa ganharam substâncias corrosivas à saúde e os bens de consumo multiplicaram em ordem numerosamente astronômica. Tudo isso ficou tão gritante que os responsáveis deixaram de apresentar argumentos convincentes às suas vítimas. “Hoje, sobram dúvidas se foram os riscos que se aguçaram ou se foi o olhar sobre eles” (BECK, 2010, p.66).

O berço dessa crise se deu no momento em que valores e tradições foram alterados. A junção da técnica com a ciência fez nascer um intenso ceticismo quanto aos pilares retilíneos da era industrial. Dessa forma, o fundamentalismo passou a

ser visto como ameaça ao diálogo, bem como abrigo para potenciais violências (GIDDENS, 1994, p.12-13). O conteúdo fechado foi aberto e submetido à análise, surgindo daí respostas plurissignificativas que gerariam inumeráveis perguntas. Os especialistas buscaram extremar seus conhecimentos, mas as incertezas se tornavam ainda mais transbordantes⁶.

A aceleração do crescimento veio nessa toada, acentuando a assimilação do risco ao lado da sua comercialização. O orçamento público sofrera frontais abalos devido às trincheiras construídas pelo Estado para combater o desequilíbrio ambiental, as epidemias, a desestabilização economia, a ineficiência das instituições etc. À medida que as contingências eram superadas se recriavam perigosas circunstâncias.

O progresso decorrente da industrialização – atingido no século XIX – fez a sociedade crer que ferramentas evoluídas conduziram à segurança total, ocasionando o fim das incertezas. De modo reverso, o avanço tecnológico originara o “risco fabricado”, conjuntura que merecera reflexão sobre as liberdades (GUERRA, 2009, p. 12).

Dentro dessa ótica, Bauman (1999, p. 113) assevera que não se encontra, na pós-modernidade, utilidade para os termos “certeza” e “segurança”. Nada é conhecido com infalibilidade e qualquer coisa que seja sabida pode ser compreendida de modo diferente. Destarte, reverbera o autor que enquanto as convicções eram procuradas em outrora, nessa sociedade despida e penetrada pelos ciclos da ciência, o ato de “apostar se tornou uma regra” e o “arriscar” substituiu a “teimosa busca por objetivos” (BAUMAN, 1998, p. 36).

Esses são os referenciais que desvelam os dissabores e as características da sociedade contemporânea, os quais devem pesar sobre as futuras propostas transfiguradoras da Administração Pública. Nessa perspectiva, interação, diálogo, participação, debates, dentre outras espécies de expressão da consensualidade, devem integrar os processos decisórios do governo, a fim de comprimir as fragilidades estatais incrementadas pela globalização e pelas contingências do mundo pós-moderno (FARIA, 1999, p.37).

⁶ Para Beck (2010, p.69), enquanto a ciência estipula riscos, a população os percebe. O autor compreende que “os desvios dessa regra revelam uma medida de irracionalidade e tecnofobia”. Dentro dessa abordagem, ele ainda destaca que “nessa bipartição do mundo entre especialistas e leigos está igualmente contida a imagem do espaço público”. Diante disso, ressalta que os protestos, temores, críticas e resistência são todos meros problemas de informação.

1.1 PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO: PRINCÍPIOS INDISPENSÁVEIS À SOCIEDADE DE RISCO

O alastramento da onda modernizante suscitou uma frenética degradação do planeta, derivando deste comportamento advertências tocante ao esgotamento dos recursos naturais, ao consumismo exagerado e à incessante fabricação de lixo tóxico. Era chegada a hora de refletir sobre o individualismo exacerbado, visto que tal postura agia contra os ideais humanitários dos núcleos sociais.

No despertar da 2ª Grande Guerra, a comunidade mundial percebeu que o Estado deveria estar à frente – ainda que sem exclusividade – na garantia de proteção à pessoa e sua dignidade. O liberalismo sem barreiras e a falsa legitimidade depositada em um único ser teria afrontado, veementemente, os direitos fundamentais. Dessa forma, a autonomia da vontade sofrera intervenção direta do Poder estatal e as pretensões passaram a ser orientadas pelo interesse geral⁷. Consequentemente, seria preciso repensar a técnica, a política, o agir administrativo e as práticas contratuais para que amarguras, instabilidades e desconfianças não voltassem a afligir os povos submersos numa vastidão de riscos.

Lamentavelmente, os esforços imprimidos para a implementação do “*welfare state*” não foram capazes de atender a crescente heterogeneidade de interesses. O moroso compasso burocrático pouco cresceu para efetivação de direitos, enquanto a avultante ambivalência retardou a definição de um ponto que equilíbrio entre as camadas sociais.

Novas estratégias precisavam ser pensadas para minimizar os contratempos da pós-modernidade. As estruturas estatais e os mecanismos de gestão tinham que ser redesenhados para reduzir a crescente desordem e a progressiva desestruturação das instituições governamentais, fatores refletidos através da gradual ineficiência das políticas públicas⁸. As vulnerabilidades derivadas do

⁷ Nessa perspectiva Bauman (2002, p. 12) enfatiza que “a coerção é legítima desde que seja aprovada pelo árbitro através do processo de arbitragem por ele aprovado. Qualquer outro tipo de coerção será considerado violento e a missão primordial, assim como a tarefa mais urgente da coerção legítima, é desenraizá-lo e extirpá-lo evitando que ocorra e punindo-o quando ocorrer. O direito de estipular um limite entre a coerção legítima e a coerção ilegítima é o primeiro objetivo de todas as lutas pelo poder”.

⁸ Ribeiro (2007, p. 269) revela que o desenvolvimento econômico escapa do controle do Estado, sob o qual incide o dever de equacionar problemas relacionados, entre outras questões, ao desemprego, à pobreza, à imigração e à violência urbana. Consequentemente, as esferas do Poder Público se tornam cada vez mais frágeis, devido os excessivos encargos a elas imputados. O somatório desses

gigantismo do Estado sinalizaram para a indispensabilidade de uma governança inteligente, planejada e executada através da participação conjunta da sociedade civil e do Poder Público⁹.

A tecnologia já é reconhecida como objeto de uma virada histórica que vem provocando giro contínuo nas assimilações notabilizadas durante o século XIX e construindo padrões diferenciados diante do forte embate contra a crescente contingência que atinge diversas esferas do Poder (BECK, 2010, p. 87). Por um lado, mutações positivas se deram nos últimos cem anos, possibilitando grandes descobertas e a sensação da cura para todos os males, porém a euforia e o encantamento ofuscou a percepção do reflexo funesto das experimentações.

As balizas normativas foram sobrepostas por uma onda ultramoderna, resultando assim, na exposição dos direitos subjetivos aos influxos das inconstâncias e dos sinistros de um universo obscuro. O sentimento de impotência do legislador se justificara pela volubilidade da dinâmica social, circunstanciada pela impossível previsibilidade dos eventos malignos. A onipresença do risco reivindicou um olhar mais aguçado dos operadores do Direito, visto que o tratamento inadequado desse fator agravaria o mal-estar da pós-modernidade¹⁰, acarretando graves problemas aos interesses da sociedade.

Dessa conscientização decorreram reflexões quanto aos contornos da ética como limite da conduta social, frente a uma sociedade tomada por riscos e incertezas, aspectos que levariam à discussão sobre os níveis de aceitabilidade desses fatores, a fim de se chegar a um consenso¹¹ quanto ao máximo legalmente permitido (DOUGLAS, 1996, p. 38). Era preciso por na balança os benefícios trazidos pela ciência e valores construídos ao longo da história (HAMMERSCHMIDT, 2002, p. 106).

fatores tem ocasionado crises políticas que colocam em risco o futuro da democracia.

⁹ É digno de nota o pensamento de Valle (2010, p. 223-224), ao destacar que “a governança é mais do que as experiências até então já havidas no campo da participação; a governança coloca a sociedade civil, a cidadania ativa no ponto central de formulação das escolhas, e não como executor ou parceiro no campo do controle. A administração da governança compartilha as decisões – para se beneficiar da legitimidade que só o concurso da pluralidade de agentes pode determinar”.

¹⁰ É nessa dimensão que Bauman (1998, p. 10) destaca: “não há nenhum ganho sem perda, e a esperança de uma purificação admirável dos ganhos das perdas é tão fútil quanto o sonho proverbial de um almoço de graça – mas os ganhos e perdas de qualquer disposição da coabitação humana precisam ser cuidadosamente levados em conta, de modo que o ótimo equilíbrio entre os dois possa ser procurado, mesmo se (ou, antes, porque) a sobriedade e sabedoria durante conquistas nos impedem, aos homens e mulheres pós-modernos de nos entregar a uma fantasia sobre um balanço financeiro que tenha apenas a coluna de créditos”.

¹¹ Para garantir a legitimidade das escolhas, não se poderia abrir mão do consenso e da resolução democrática do conflito (DE GIORGI, 2008, p. 45).

Ao lado de tais considerações seria necessário pensar sobre a teoria da responsabilidade civil que, até então, não havia levado em conta aspectos relacionados ao risco, pois a orientação se calcava no princípio do *neminem laedere* (a ninguém é dado causar prejuízo a outrem), exigindo, antes da imputação reparatória, a comprovação da transgressão à norma ou prova do prejuízo a terceiros. Com isso, se fazia imperioso certificar-se da existência dos seguintes pressupostos: a) consumação do fato; b) constatação do nexo de causalidade; c) presença do elemento anímico do infrator; e d) dano concreto (PUGSLEY, 2013, p. 1513).

Diante de um panorama de ambiguidades e iminência de infortúnios, se tornara imprescindível redefinir o arcabouço teórico, em deferência aos princípios da eticidade, sociabilidade e segurança jurídica (ALVARES, 2013, p. 38).

As novas manifestações se firmaram sobre a lógica da prudência¹², proporcionando uma conotação mais abrangente à perspectiva da responsabilização. Nessa acepção, o risco potencial passara a ser alvo de repulsa do legislador, tal como da sociedade, com esteio nos princípios da prevenção e precaução¹³ (TRONCOSO, 2010, p. 206-207).

Por um lado, a probabilidade dos incidentes se pautaria na comprovação científica, oferecendo um juízo de certeza. Já, por outro, a mensuração se firmaria com respaldo no perigo abstrato, ensejando uma decisão ancorada em indícios (LEITE e AYALA, 2002, p. 19-20). Dentro da primeira ideia, a evidência empírica da provável existência de um evento indesejado reclamaria ação preventiva para mitigação do risco (HAMMERSCHMIDT, 2002, p.111). A imposição de tal encargo

¹² Segundo Kane e Patapan (2006, p. 711), a prudência é a virtude da sabedoria prática. Uma pessoa verdadeiramente prudente julga pensativamente e age decisivamente, conciliando as demandas dos mais importantes com os dos mais prementes. A prudência é a virtude mais proeminente da vida ativa e, portanto, de política e governo (*"Prudence is the virtue of practical wisdom. A truly prudent person judges thoughtfully and acts decisively, reconciling the demands of the most important with those of the most pressing. Prudence is the preeminent virtue of active life and therefore of politics and government"*).

¹³ Um bom exemplo que retrata esse arquetipo é conteúdo exposto no artigo 3º, item 2, alínea 'b', do Protocolo do Meio Ambiente do Tratado da Antártida, firmado em Madrid no dia 4 de outubro de 1991: *"las actividades en el área del Tratado Antártico deberán ser planificadas y realizadas sobre la base de una información suficiente, que permita evaluaciones previas y un juicio razonado sobre su posible impacto en el medio ambiente antártico y en sus ecosistemas dependientes y asociados, así como sobre el valor de la Antártida para la realización de investigaciones científicas; tales juicios deberán tomar plenamente en cuenta"* (SECRETARÍA DEL TRATADO ANTÁRTICO, 1991).

dependeria de motivação consolidada na infalibilidade do perigo¹⁴, estribada em atestações periciais (LEITE; AYALA, 2002, p. 19-20).

Concernente ainda aquele raciocínio inicial, estariam justificadas providências antecipatórias a serem manejadas também pela Administração, a fim de garantir o interesse público¹⁵. Vale salientar que tais intervenções não estariam no campo da discricionariedade, mas sim da determinação vinculada. Assim, a inobservância dessa particularidade seria passível de reprimenda, fundada na conduta omissiva do Estado frente ao risco de prejuízo concreto. Dentro dessa conjuntura se externaria o princípio da prevenção (FREITAS, 2004, p. 60-61). Contudo, deveria ter em conta que os órgãos estatais, muitas vezes, não se mostrariam capazes, tanto sob o aspecto estrutural quanto intelectual, para melhor gerir as ameaças. Nesse passo, a sociedade em si se faria co-responsável na adoção de medidas que viessem a evitar prejuízos à coletividade.

Em outra medida, eventualidades não tão evidentes ou repousadas no prisma da verossimilhança se enquadrariam no conceito de risco abstrato, pois a falta de nitidez em relação à convicção da sinistralidade não permitiria um julgamento constituído de certeza (MARCHESAN, 2007, p. 29-31). Entretanto, a inação do Estado para inibição das perdas, somente poderia ser questionada diante da presença do elemento previsibilidade. Do contrário, não seria razoável reivindicar determinada postura à Administração sem que se tivesse um mínimo de nexo de causalidade entre a ameaça e o seu respectivo desdobramento.

No entanto, mesmo diante das incompletudes informacionais, o princípio da precaução justificaria a execução de medidas prévias alusivas às prováveis ameaças ao bem comum. Significa dizer que o governo estaria autorizado a embargar qualquer prática que demonstrasse risco ao bem-estar coletivo, dentro de uma realidade abstrata (VINEY; KOURILSKY, 1999, p. 11-12).

O princípio da precaução teve origem na década de 70 quando foram proclamadas no Direito alemão, regras para o enfrentamento dos riscos relacionados à degradação da natureza para suprir as angústias que surgira em decorrência das novas tecnologias da época. Cabe ressaltar que o intuito não era

¹⁴ Kourilsky e Viney (1999, p. 11) denomina essa hipótese como perigo comprovado (*risques avérés*).

¹⁵ Freitas (2007, p. 98) ensina que o princípio da prevenção, empregado na Administração Pública, sobressai quanto há: “a) altíssima e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo; e c) ônus estatal de produzir a prova da excludente reserva do possível ou outra excludente de causalidade”.

entravar a vigorosa prática comercial das indústrias em crescimento, mas reprimir as ameaças intangíveis (TRONCOSO, 2010, p. 207).

A ascensão do discernimento sobre os impactos ambientais que poderiam ser experimentados nos próximos anos motivara a implantação de uma política de contenção antecedente. Sua maior ênfase foi percebida na Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, em 1987, onde se pretendia estabelecer mecanismos de controle sobre o uso de substâncias perigosas¹⁶ (SUNSTEIN, 2003, p. 1012).

A cautela foi incorporada à legalidade, permitindo às autoridades públicas questionarem a ciência inovadora, as técnicas avançadas e as modernas engenhosidades. O intervencionismo ganhara maior robustez, com intuito de refrear os riscos e ordenar procedimentos para evitação de agravamentos à sociedade (TRONCOSO, 2010, p. 208).

A precaução¹⁷ passou a ser um dever de agir da Administração objetivando a repreensão de expedientes supostamente malignos¹⁸. Apesar desse incremento nas atribuições do Estado, as medidas precaucionais estariam a exigir justificativas razoáveis para serem aplicadas, visto que o emprego imoderado de tais freios poderiam travar o mercado e, em contrapartida, o desenvolvimento econômico e social (FREITAS, 2007, p. 98). Além disso, a proteção a valores que integram o elenco dos direitos fundamentais poderiam entrar em rota de colisão. A título de exemplo, o direito à moradia possivelmente se chocaria com a proteção ao meio ambiente e assim por diante. Em situações de contrastes como essa, o prestígio à precaução extrema poderia conduzir ao enfraquecimento da própria estrutura de proteção aos direitos daquela natureza. Nesse sentido, a proporcionalidade ocuparia a função limitadora dessa operação, servindo de norte para o juízo de valor do poder fiscalizador (GUASTINI, 1999, p. 149-150). Tudo isso se assentaria sobre a ideia evocada por Freitas (2007, p. 64-67): “o agente público está obrigado a

¹⁶ “Accepting that, in order to protect the North Sea from possibly damaging effects of the most dangerous substances, a precautionary approach is necessary which may require action to control inputs of such substances even before a causal link has been established by absolutely clear scientific evidence” (INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE PROTECTION OF THE NORTH SEA, 1987).

¹⁷ Segundo Hammerschmidt (2002, p.109), o termo precaução consiste na reformulação da exigência cartesiana da necessidade de uma dúvida metódica. Ela revela uma ética da decisão necessária em um contexto de incerteza, e sua aplicação é um dos sinais das transformações filosóficas e sociológicas que caracterizaram o final do século XX.

¹⁸ Complementando essa afirmação, Freitas (2007, p.99) ressalta a observância das regras de competência e orçamentárias.

sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficiência direta e imediata dos direitos fundamentais”.

Nessa linha de pensamento, Hammerschmidt (2002, p. 109) ensina que a postura precatada deveria se fundar numa atitude adequada, necessária e proporcional perante a um suposto desastre no qual se vislumbrasse sinal de perigo à coletividade. Além disso, não se poderia deixar de afirmar que a ação estatal se ajustaria aqui à motivação ancorada nas incertezas. A negligência, diante desse contexto, justificaria imputação da responsabilidade pelo mero fato da inobservância ao dever de cuidado¹⁹.

A grande importância da operacionalização do princípio da precaução estaria nos efeitos solidificadores dos interesses sociais coletivos, tais como a saúde e o meio ambiente e no balanceamento da pressão econômica (HAMMERSCHIMIDT, 2002, p. 110). A tensão entre liberdade pessoal e empresarial de um lado e direitos fundamentais do outro requerera certa ponderação quanto às escolhas das medidas protetivas frente aos perigos não inteiramente conhecidos. Isso se colocaria de modo a evitar a busca imoderada pelo risco zero, visto que tal comportamento obstaría a dinâmica da comunidade (ALVARES, 2013, p. 43).

1.2 RISCO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DO AGIR ADMINISTRATIVO

A extensão da dimensão dos riscos deu ao indivíduo uma posição de destaque, sendo este elevado ao ponto central da sociedade e da política. Isso lhe permitiu maior autonomia para realizar suas escolhas pessoais, porém vinculou-o a fonte do poder, ou seja, a autoridade passara a residir no seu consentimento. Entretanto, a dinâmica acelerada do processo transformador ocasionou uma crise nas instituições e nos valores da modernidade que conduziu a um novo modelo de organização social²⁰. (CHEVALLIER, 2009, P. 14-15).

¹⁹ A autora afirma que “aqui podemos observar uma primeira aproximação a um dos pilares fundamentais em que se assenta o princípio: a necessidade de atuação ante a falta de evidência científica.” (HAMMERSCHIMIDT, 2002, p. 110).

²⁰ A radicalização do mito racional ensejou um disparate no desenvolvimento científico e tecnológica. Logo, a evolução social passara a sofrer o domínio da incerteza e da imprevisão, fato que conduziu à perda da confiança na ciência. Foi instaurado um permanente estado de insegurança e colocada em questão a fé no futuro (CHEVALLIER, 2009, p. 17)

No que tange a transição sucedida na Administração Pública, num primeiro momento poderia se imaginar a imposição de um Estado intervencionista, com rígidas regras delimitadoras do mercado que pudessem controlar a vastidão das contingências. Esse desenho se fez operante até o meado de 1970, quando então fatores ideológicos, econômicos e políticos pretenderam um movimento de retração da mão forte das instituições governamentais. O rigoroso sistema acabara por inviabilizar a redução das injustiças e das desigualdades sociais. Por outro lado, a perspectiva neoliberal, sob qual toda confiança estaria depositada no espírito empreendedor e no livre comércio, traria a maximização de riquezas, porém, em contrapartida, produziria graves consequências ecológicas. As amarguras experimentadas nos dois formatos motivaram debates relacionados aos efeitos da devastação ambiental, à participação comunitária e às reformas constitucionais (GIDDENS, 2005, p. 23-29). A busca por uma terceira via²¹ se fez imperiosa para evitar o esgotamento vertiginoso dos recursos naturais e a tornar prevalente o consenso entre os diversos interesses em questão.

Fatores como a globalização tornara o Estados-nação uma instituição enfraquecida, pois as fronteiras já haviam sido devassadas pela onda tecnológica, circunstância que criara um horizonte multifacetário. A interligação entre governos externos afrouxou a soberania dos países que se afiliaram em prol da resolução dos problemas de ordem mundial e até mesmo de natureza interna.

Esse fenômeno se corporificou em razão do empenho do Poder Público, juntamente com corporações empresariais e grupos que colaboraram ativamente para os avanços da pós-modernidade. A libertação do mercado e as privatizações concorreram para a intensificação dos intercâmbios transnacionais. Dessa troca defluiu a “cosmopolitização dos riscos” (BECK, 2005) e, paralelamente, fez surgir um “criminalidade transfronteiriça” visualizada pelo desenvolvimento de uma “economia negra” e permanente instabilidade financeira proveniente da “lavagem de dinheiro” (CHEVALLIER, 2009, p. 36).

Para contornar a imensidão das ameaças propagadas nesse último século foi preciso readequar o agir administrativo não mais restrito à legalidade kelseniana, mas agora escorado também em normas-princípios, integradas ou periféricas à

²¹ Segundo Giddens (2005, p. 36) a “terceira via” seria uma estrutura de pensamento e de prática política que visa a adaptar a social-democracia a um mundo que se transformou fundamentalmente ao longo das duas ou três últimas décadas.

Constituição. Nessa perspectiva, a teoria do discurso da democracia contemporânea de Habermas (1998, p 108) ganhou realce e lançou um desafio à Administração no sentido conceber “mecanismos de fundamentação, de ação e de restabelecimento do equilíbrio da autonomia privada e pública no cenário societal” (LEAL, 2006, p. 93-96).

Dessa forma, se instaurariam estratégias políticas de regulação legítima concernente às relações interpessoais, à coordenação das ações mediante normas justificadas e à solução consensual de conflitos com base em princípios e regras. O Estado, por si só, já não dominava as operações econômicas e os riscos consumiam a coletividade, fatos que reclamavam um poder administrativo originado da comunicação. A sociedade se enquadrara nos conceitos da informação e da informatização, elementares que ratificavam ainda mais a releitura dos métodos de execução das tarefas estatais (SOUZA, 2001, p. 123).

No Brasil, alguns aspectos relacionados ao controle do mercado foram retratados nos artigos 170 a 181 da CRFB de 1988 por intermédio de cláusulas abertas que demandaram complementação normativa. Nesse sentido, alguns entraves se colocaram em pauta, devido o demorado processo legislativo para a elaboração de leis específicas. Além disso, a incapacidade cognitiva do legislador impedira a formulação de um quadro normativo consentâneo com a realidade. Assim, parte dessa atribuição fora transferida ao Poder Executivo para que os resultados pretendidos pudessem ser alcançados. A adequada aplicação dessa metódica se condicionara ao diálogo entre o administrador e a comunidade envolvida para que as requisitadas decisões se tornassem legítimas. A inobservância desse complexo processo submeteria o interesse público aos influxos perversos das incertezas.

Com isso, a segurança apelara por um constante monitoramento dos riscos produzidos pela iniciativa privada e incrementados pela própria Administração Pública, reclamando um solidário gerenciamento das ameaças. As ferramentas precisavam acompanhar a evolução tecnológica, no mesmo sentido que os agentes administrativos necessitavam de aprofundamento teórico e prático sobre as especificidades do novo contexto econômico globalizado.

Em busca de aperfeiçoamento da ação estatal, o Poder Público recorreu ao mercado para aquisição de *know-how* e reestruturação das suas instituições

destinadas à prestação de serviços, bem como dos organismos fiscalizadores das movimentações comerciais. Era preciso empreender novas técnicas para o tratamento e a prevenção de crises.

A velocidade da evolução exigia cada vez mais uma rápida atuação do Estado para que as consequências da pós-modernidade atingissem minimamente a coletividade e o meio ambiente. A voz de comando do gestor público tinha que ser antecipada, não havendo espaço para espera do incidente e posterior acionamento da máquina administrativa, pois da inércia poderiam decorrer prejuízos irreparáveis.

1.2.1 POR FORÇA DA DIMENSÃO FUTURA DO INTERESSE PÚBLICO

O agir administrativo passou a ser marcado por novos valores, tais como democracia, mutualidade, sustentabilidade e legado, razão pela qual foi concebida uma nova concepção de interesse público (LEWIS, 2006, p. 694).

A democracia incrementaria o olhar contemporâneo sobre a postura da Administração acurada pela soma de diversos interesses privados e a mutabilidade repousaria na análise constitucional voltada para a virtude cívica, o bem comum, as necessidades sociais e as vontades compartilhadas. Por outro lado, sustentabilidade e legado seriam referenciais para prospecção de um utilitarismo futuro.

Esses dois últimos pilares, adicionados aos anteriores, direcionariam o agir administrativo não só para os fatos presentes, mas também exigiriam providências para preservação de um cenário ecológico, histórico, antropológico, cultural, arqueológico e biológico capaz de ser desfrutado pelas gerações pósteras. Desse modo, a conscientização por uma responsabilidade moral se colocaria como pressuposto para a conservação de um ambiente saudável aos sucessores da atual sociedade. Por outro lado, surgiria nessa ordem de ideias, a necessidade de garantir o progresso para as pessoas ainda não concebidas, circunstância que demandaria uma visão holística da coletividade, bem como da Administração contemporânea. Nessa perspectiva, a busca de um governo preocupado com o futuro deveria estar pautada no atingimento de um ponto de equilíbrio para defesa do interesse público em uma dimensão mais ampla. Usinas, estradas, aeroportos, ferrovias, estádios de futebol, entre outras obras públicas de proporções extensas ensejariam impactos de

natureza diversa (ambiental, social, cultural etc.) e, por mais das vezes, muitos de nós estariam mortos quando do funcionamento e disponibilidade dos serviços vinculados a esses empreendimentos. Assim, a prudência serviria como eixo para as transformações que hoje importam a todos e amanhã poderão ser o ponto de partida para um novo arvorecer. Segundo Chevallier (2009, p. 40-41), isso teria si dando em razão da conscientização dos excessos da globalização, fato que conduzira uma série de regulações. Assim, novas exigências foram consagradas com intuito de se cunhar pautas éticas e códigos de conduta, os quais traduziriam a formulação de novos princípios. Nessa perspectiva, surgira o conceito de desenvolvimento sustentável (*sustainability*) que descrevera a inadmissibilidade de sobreposição do crescimento econômico em relação ao ecossistema²². Em essência, consistiria em um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estariam todos em harmonia e reforçariam o potencial atual e futuro, para satisfazer aspirações e necessidades humanas (UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, 1987, p. 57).

Desse modo, o princípio da precaução ganhou destaque como instrumento de intervenção em situações de ameaça de danos grave ou irreversíveis, mesmo diante da ausência de certeza científica absoluta (SUSTEIN, 2003, p.1006). Com esse pensamento, estaria se criando uma margem de segurança para as tomadas de decisão da Administração Pública e seus respectivos mecanismos de regulação (LUNDMARK, 1997, p. 43- 44).

Essa perspectiva reconheceu que na órbita das incertezas da sociedade contemporânea, as contingências deveriam ser analisadas sob uma abordagem estruturada, constituída pela avaliação, gestão e comunicação dos riscos (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 2000, p. 8).

²² O conceito de desenvolvimento sustentável foi definido no Relatório de *Brundtland* em 1987 que assim dispôs: “*Believing that sustainable development, which implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, should become a central guiding principle of the United Nations, Governments and private institutions, organizations and enterprises,...*” (UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 1987).

1.2.2 POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A visão do futuro não poderia ser abandonada da compreensão ampliada do presente (SANTOS, 2007, p. 25-26), circunstância que levaria a uma expectativa de redefinição dos paradigmas assentada no desenvolvimento econômico do Estado²³. Nesse aspecto, a eficiência se colocara como questão fundamental da ideia macroeconômica, porém não numa conotação estática (“ocupação da capacidade produtiva do sistema econômico e dos seus recursos humanos de forma plena”). Aqui seu significado estaria ligado à sua acepção dinâmica, representando uma permanente evolução em toda estrutura estatal, social e cultural (SEN, 2000, p. 18).

A busca pela eficiência se tornara uma regra geral da atuação administrativa do Estado, que empregara mecanismos burocráticos de descentralização para conquistá-la, criando assim as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Dessa forma, além da função interventiva, o governo acumulara a atribuição reparatória da ineficiência liberal, passando a exercer a tarefa provedora em prol do bem estar social.

Fatores como as crises energéticas ocorridas nos anos 70, a pressão das grades corporações transnacionais, o incremento da competência internacional, a complexidade crescente em amplos setores, a releitura dos dogmas tocantes aos monopólios naturais, o elevado endividamento do Estado Providência e a queda do socialismo real levaram a renúncia de muitas funções desempenhadas pelos poderes públicos desde o segundo pós-guerra, em um progressivo processo de desestatização (PUGPELAT, 2004, p. 96-97).

No início de 1980 sensíveis mudanças já eram percebidas no que tange as organizações governamentais, ocorrendo uma crescente diversificação nas estruturas administrativas. Segundo Chevallier (2009, p. 98-99), essas alterações decorreriam dos reflexos da desordem característica da pós-modernidade.

Logo, operou-se uma desarticulação do plano burocrático em decorrência da proliferação de instituições não inseridas no aparelho estatal clássico, dando origem a um formato de gestão pública ramificada. Esse modelo escaparia ao poder de hierarquia já há anos utilizado na condução da máquina do Estado. Assim, foram

²³ Na concepção de Bresser Pereira (1977, p. 21), o desenvolvimento econômico consistiria num processo de transformação econômica, política e social, pela qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo.

concebidos instrumentos de intervenção para controlar a ação autônoma dos organismos paralelos à Administração.

O esfacelamento das instituições públicas e os formatos anacrônicos de intervenção estatal conduziram a um agir administrativo mais próximo da sociedade, articulado por conhecimentos transcendentais à máquina pública. A incapacidade latente dos agentes governamentais em lhes darem com as inconstâncias do mundo pós-moderno levou ao entrelaçamento das informações pelas diferentes esferas. Isso ocasionou a flexibilidade do rígido regime de gestão dos órgãos da Administração e permitiu significativo aumento de eficiência e efetividade dos compromissos do Estado (FLEURY, 2001, p. 19-20).

Nessa dinâmica operacional, o impulso da procura pela eficiência converteu o comportamento unilateral, monopolizado, inflexível, concentrado em exercício fragmentado e desempenhado por um Estado-rede, modelo institucional embasado numa geometria política variável, capaz de processar informações e ensaiar processos decisórios compartilhados. (CASTELLS, 1998). Essa trajetória requeria profunda imersão nas práticas contratuais para que as tarefas públicas fossem repartidas com os particulares, pois a inaptidão das organizações estatais para satisfação do bem comum se tornara manifesta e dependente da colaboração da iniciativa privada para que suas carências fossem supridas (PRÉVOST, 1980, p. 1076).

Em relação aos reflexos ocasionados pelos riscos, o agir administrativo teve que se enquadrar dentro de padrões de ação capazes de minimizar as perdas. Dessa forma, além de ampliar os mecanismos de segurança, era preciso entender o cenário das incertezas. O gerenciamento das informações foi algo que representou uma mudança de paradigma na gestão pública. Ademais, o corte no orçamento, a reserva de receita, a redução dos cargos já eram medidas estimuladas pelas contingências. A devolução de determinados serviços à iniciativa privada também demonstrara a preocupação dos governantes no sentido compartilhar as responsabilidades. A abertura para o diálogo expressou um dos maiores valores agregados às práticas estatais, pois a inserção do debate no campo das decisões públicas expressara a elevação da legitimidade das escolhas definidas pelo Poder Executivo. Esse passo adiante além de se amoldar ao espírito democrático, ao

senso de cidadania e a consagração do pluralismo, garantiria uma melhor alocação das ameaças da pós-modernidade.

A salvaguarda dos direitos fundamentais faria parte do conjunto de atribuições do Estado regulador que, sob esse novo enfoque, passaria a exigir da iniciativa privada atendimento eficiente aos seus administrados. Isso se daria não só no contexto das utilidades públicas, mas também na seara das atividades econômicas. Apesar de desempenhar função controladora, a Administração colocaria seus órgãos e instituições à disposição dos cidadãos para assistência, manutenção e promoção de direitos e garantias, com intuito de reduzir as desigualdades sociais. Assim, estaria sujeita a monitoramento da sociedade civil, tal como dos Poderes Legislativo e Judiciário. Nesse passo, os níveis de eficiência cobrados pelos organismos governamentais aos particulares em colaboração teriam, no mínimo, que ser atingidos pelas organizações estatais no atendimento às demandas do corpo coletivo.

A eficiência passaria a ser uma máxima qualificadora da gestão por desempenho, de acordo com critérios eleitos pelos administradores da máquina pública, conforme a conjuntura de cada hipótese. Desse modo, a conduta ineficiente do agente público serviria como justificativa para demissão e, ainda mais, para efeito de constatação de ato de improbidade, levando em conta o desvio de finalidade e a violação aos princípios da Administração Pública.

O incremento do risco pela ação administrativa significaria atentado ao princípio da eficiência e desprestígio à defesa do interesse público, desde que comprovado o nexo de causalidade. Por essa razão, a postura do Estado foi influenciada pelo conglomerado de incertezas, imprecisões, ambiguidades e complexidades que se fez presente na “nova intransparência” (HABERMAS, 1985).

Capítulo 2

2 A ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE: DA FORÇA IMPERATIVA DO ESTADO AO UNIVERSO DA CONSENSUALIDADE

As transformações ocorridas ao longo da história, o surgimento de uma sociedade complexa e a insegurança jurídica alargada pelas incertezas da pós-modernidade colidiram com a imperatividade e a assimetria das teorias clássicas do Direito Administrativo. O Estado não mais se deparara com o tradicionalismo das relações, pois o cenário social e econômico se tornara fluído. As mudanças ocorreram numa dinâmica vertiginosa, pessoas se deslocaram em curto espaço de tempo, informações foram compartilhadas em frações de segundos. Isso significa que entramos numa fase em que os riscos não mais se relacionariam com a proporcionalidade de distribuição de riqueza, mas sim ameaçariam a comunidade de modo global. Esse panorama recomendara a união de esforços para desestimular a propagação da aleatoriedade.

A exorbitância de poderes, antes reconhecidos em favor da Administração, se mostrou incongruente, diante de um terreno prolixo e aquoso, ao ponto dos próprios governos e a doutrina propugnarem por uma releitura dos velhos dogmas. Era preciso buscar novos mecanismos de legitimação do Poder para o governo se mantivesse firme. Isto posto, as relações de natureza contratual teriam quer ser multiplicadas para evitar uma sobrecarga de contingências sobre a máquina pública.

2.1 RELAÇÕES CONTRATUAIS COM A ADMINISTRAÇÃO: DA NEGAÇÃO À NECESSIDADE DE INCORPORAÇÃO DE MODELOS FLEXÍVEIS

O Estado já foi um dia a expressão da vontade do Rei, ser supremo, inquestionável, onipresente em toda e qualquer relação. Tudo deveria caminhar

conforme seus caprichos e vaidades, sem que houvesse espaço para contrariedades, restando aos subversivos o perigo de serem executados em público.

A sociedade era formada por duas classes distintas: a nobreza, ao lado da Igreja Católica e os súditos (senhores feudais e servos). Aqui, não se pensava Administração Pública como uma estrutura composta pela vontade do povo, pois tudo estava centralizado nas mãos de um único poder, cuja legitimidade era baseada na representação divina.

Esse modelo entrou em colapso após várias investidas para a tomada do poder pelo “terceiro estado”, nome cunhado por Emmanuel Sieyès (1989, p. 28-32) ao fazer referência à burguesia, bem como as classes distintas do clero e da nobreza, no período iluminista²⁴.

A reformulação das bases do Estado e a configuração de uma estrutura liberal movimentaram o cenário social, político, cultural e econômico, dando origem a um novo padrão estatal, instituído sobre as linhas da legalidade. A reverência à divindade foi subjugada pela devoção ao primado da norma.

Enquanto no cenário absolutista a lei era a pura vontade do soberano, no ideal burguês, o Estado foi submetido à vontade geral. Significa dizer que o indivíduo alçou ao patamar de cidadão e os seus representantes foram reduzidos a meros cumpridores do direito normatizado, não restando espaço para superação dos limites das regras. Em paralelo, ao homem foram estendidas garantias ligadas à liberdade, segurança e propriedade, tríade ideológica da revolução francesa.

A força normativa da lei se tornou a máxima expressão do poder de império e o direito de propriedade ganhou posição de destaque na ordem jurídica²⁵. A libertação da autonomia da vontade e não intervencionismo sobre as transações comerciais exprimiram o paradigma liberal. A sociedade se vinculou por um contrato em prol da conservação dos direitos naturais e imprescindíveis ao homem (BOBBIO, 2004, p. 87).

A estruturação, organização e delimitação das ações governamentais (exercício da autoridade pública) demandaram um arcabouço normativo peculiar que foi delineado pelas primeiras constituições modernas (no século XVIII, França e

²⁴ O antigo regime absolutista ruiu por inteiro com a Constituição de 1791 que proclamou “não existir mais nobreza, nem pariatos, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordem ou de regime feudal; não há mais, parte nenhuma da Nação e para nenhum indivíduo, nenhum privilégio ou exceção em face do direito comum de todos os franceses” (BOBBIO, 2004, 1991).

²⁵ O direito sobre a propriedade foi considerado “inviolável e sagrado”, nos termos do artigo 17 da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 (BOBBIO, 2004, p. 88).

Estados Unidos construíram as premissas desse novo Direito que ressoou sobre o Brasil Império em 1824). Um dos maiores propósitos desse movimento era o controle do Poder Executivo através das amarras legislativas (SUNDFELD, p. 26, 2012). O fundamento de legitimidade do Estado não mais estaria centrado na concepção de divindade (na qual os poderes a ele alusivos eram inquestionáveis), mas sim assentado numa espécie de contrato social. Dessa forma, a ação voltada à concretização do interesse público se apoiaria na vontade coletiva. Em razão desse horizonte diferenciado, o Poder Público, em hipótese alguma, poderia abdicar das suas prerrogativas para fazer frente às liberdades autônomas, que haveriam de se harmonizar com os reclamos da coletividade.

Nessa perspectiva, o Direito Administrativo que ganhava corpo como ramo autônomo do Direito, e foi traduzindo um conjunto de regulamentos peculiares à operação e funcionamento do Estado. Esse processo – de diferenciação do Direito Administrativo, e do regime jurídico das relações com o Estado – se deu de forma distinta em cada Estado-Nação.

Na França, a diferenciação de regimes chegou ao extremo de determinar uma quebra até mesmo no ideal de jurisdição una, criando-se a partir do caso Blanco, uma jurisdição específica. Esse contorno deu origem à distinta sistemática do contrato na esfera pública, espécie de negócio jurídico tradicionalmente assimétrico em razão das prerrogativas unilaterais da Administração (alterar ou desfazer o acordo de vontades por sua exclusiva manifestação, fundada na supremacia do interesse público). O apego pela cultura emancipatória do Direito Administrativo naquele país não poderia render algo diferente de um formato peculiar para ordenação dos pactos na esfera do Estado. Estabelecer um quadrante para a inserção do governo francês num ambiente negocial seria, evidentemente, criar uma nova espécie de convenção, cuja característica dominante se fixaria na indisponibilidade do bem comum.

Dentro dessa metódica foi entabulado o regime exorbitante dos contratos administrativos cuja disparidade era notória, contudo legitimada sob o argumento da garantia do interesse público. Essa teorização não fora bem aceita na Alemanha, embora na prática, tenham sido reconhecidas numerosas hipóteses de relações bilaterais consensuais entre o Estado e pessoas privadas (MASUCCI, 1988, p. 413).

No Direito alemão, o pensamento administrativo-contratualista tomou vulto em 1876, com a obra de Laband (“*Staatsrecht des Deutschen Reiches*”), ocasião na qual o contrato público foi difundido como espécie de negócio jurídico (MASUCCI, 1988, p. 415). Segundo Maurer (2001, p. 132), apesar do entusiasmo dos teóricos daquela época, a tese anticontratualista de Otto Mayer (1982, p.181) prevalecera, ficando registrada a inexistência autônoma dos contratos administrativos na doutrina germânica²⁶. Isto se justificara devido o caráter repressivo do atuar da Administração, estritamente vinculado aos termos da lei.

Um olhar desconfiado pairava sobre a ideia de penetração dos contratos na esfera pública, fundado no risco de superação do interesse coletivo pela vontade privada. Ainda sim, a ação estatal não poderia tomar como referencial um acordo firmado entre o Estado e seus administrados, visto que os agentes e organismos governamentais figuravam como pura exteriorização do querer social, circunstanciada no texto legal. Se à Administração fosse de se reconhecer a possibilidade de celebrar vínculos de natureza contratual, seria indispensável que sua disciplina fosse distinta daquela que regia as relações entre particulares que, no exercício pleno da autonomia da vontade, tinha decerto a possibilidade de renunciar posições jurídicas vantajosas, tudo em nome de lograr o acordo de vontade necessário à “perfectibilização” do vínculo contratual.

A fórmula liberal – que conforme acima demonstrado, oportunizou uma cogitação quanto à possibilidade em si da Administração Pública celebrar vínculos de natureza contratual – não remanesceu, como se sabe, intocada. Afinal, os efeitos deletérios do liberalismo exacerbado revelaram-se através da manifesta desigualdade social, assim como a animosidade entre nações, as crises econômicas e a grave violação à dignidade humana. Segundo a crítica marxista, os indivíduos inseridos no contexto do “Quarto Estado” ficaram completamente desprotegidos, pois a tutela prescrita na Declaração de 1789 tivera por intuito guarnecer apenas os interesses do homem burguês. Outros observadores apontaram a excessiva abstração do eminente documento²⁷ (BOBBIO, 2004, p. 92).

²⁶ Segundo Barcellar Filho (2004, p. 308), na visão de Otto Mayer (um dos fundadores da moderna ciência do Direito Administrativo) a Administração não poderia contratar com os particulares, pois a posição submissa do indivíduo frente ao Estado proporcionava uma relação hierarquizada. Dessa forma, os módulos contratuais paritários, seriam incompatíveis com a prática estatal. Aquilo que se entendera por contrato público não passava de mero ato administrativo.

²⁷ Apesar das idiosincrasias da Administração liberal, Bobbio (2004, p. 97) faz menção à importância da Declaração de 1789 para eclosão do Estado democrático de direito.

Os alicerces da estrutura do Estado Liberal foram minados pelas revoltas populares decorrentes dos desdobramentos da Revolução Industrial. A potencialização das demandas estava relacionada com a maior abertura à manifestação da conflitualidade social, decorrente do cenário democrático (VALLE, 2011, p. 29). A incoerência do ideal burguês em relação à forma de governo empregada naquele período fora sentida na prática pelas classes vulneráveis, ficando registrado que “os cidadãos teoricamente livres se tornaram materialmente escravizados” (MALUF, 1980, p. 146).

Após a segunda grande guerra os pilares liberais desabaram diante da fundação do Estado Social²⁸, no qual se buscava, sem prejuízo do bom funcionamento do mercado; e a defesa dos direitos nas áreas da saúde, educação, alimentação e segurança. Nesse novo formato a articulação política e econômica se voltara para a igualdade de oportunidades às diversas camadas sociais. Do Estado se requeriam mais serviços – e o contrato se apresenta, no mais das vezes, como o meio pelo qual se ajusta a prestação de serviços, seja diretamente, seja pelo provimento de atividades-meio. Uma vez mais o contrato se apresentava como instrumento útil à Administração; exigindo alternativas em sua configuração que não só aquela fundada numa supremacia apriorística do Estado.

Importante destacar que mesmo fora do âmbito estrito da Administração, a compreensão teórica e normativa sobre o papel dos contratos evoluía. A verticalização interventiva do governo nas relações individuais, ora regulando os pactos por intermédio de normas, ora sujeitando-os à revisão por órgãos fiscalizadores, gerou considerável redução na autonomia da vontade. A justificativa para atenuação dos direitos subjetivos estava ancorada na função social dos contratos, ocasionando o fenômeno da “publicização”. Segundo o referido princípio, os negócios jurídicos de qualquer natureza teriam que se adequar às reivindicações da dignidade humana, bem como da vontade difusa e coletiva, concebida sob a ótica do interesse público. Dessa forma, todos os pactos firmados entre pessoas físicas ou jurídicas só valeriam se estivessem de acordo com a máxima dimensão dos direitos fundamentais.

A compreensão de proveito pessoal foi reconfigurada, o caráter inviolável (e sagrado) da propriedade teve sua amplitude sintetizada, a abrangência da *pacta*

²⁸ O constitucionalismo moderno foi marcado pela inserção dos direitos sociais na ordem jurídica, com maior expressão através da Constituição de Weimar (BOBBIO, 2004, p. 206-207).

sunt servanda ganhou matiz constitucional e a conotação da ética negocial ascendeu ao nível da boa fé objetiva (dever de lealdade). O horizonte da pessoa foi transformado em uma linha provida de atributos globais, categorizados por uma ordem sinérgica de sentimentos.

Esse quadro retratou os principais aspectos de um Estado propenso a solucionar a crise propagada pela onda liberal, contudo a complexa extensão das responsabilidades assumidas pelas organizações estatais resultara em expressiva sobrecarga no sistema democrático (BOBBIO, 2005, p. 93). As crescentes demandas sociais potencializaram a pressão sobre uma Administração Pública revestida ainda de uma estrutura arcaica, obsoleta e diminuta. A alternativa de crescimento puro e simples da máquina tinha por contraponto a circunstância de que muitas vezes, o orçamento público não comportava volumosos investimentos para o suprimento das patentes carências dos órgãos governamentais (NERY, 2011, p. 33).

Nesse cenário, ganhou força o potencial do incremento da atividade contratual pela Administração Pública, mecanismo que permitira a transferência, no todo ou em parte, de atividades-meio ou eventualmente, de atividades-fim, com acréscimo de qualidade no resultado, ganhos sociais ou mesmo econômicos. Também por intermédio dessa espécie de negócio jurídico o governo teria disponibilidade de contratar crédito junto às instituições financeiras para empreender projetos destinados à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. O exercício da atividade contratual, sob várias condições, com distintos objetos e para o atendimento de necessidades igualmente diversificadas se apresenta como relevante ferramenta para o atendimento real do interesse público, segundo o signo de eficiência que se exige do Estado. Disso decorreu – naturalmente – uma reformulação da abordagem doutrinária e mesmo normativa dos contratos celebrados pela Administração Pública.

2.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO: A BUSCA ORIGINÁRIA DE SEU TRAÇO DISTINTIVO

As primeiras acepções dos pactos no contexto público foram cercadas de reservas, devido os receios de quebra da autoridade estatal²⁹, desvirtuamento da lei

²⁹ O contrato administrativo foi compreendido como negócio jurídico-privado durante todo século

e superação da vontade coletiva³⁰ (BARCELLAR FILHO, 2004, p. 311) acima expostos. A ânsia de demonstrar aos céticos o fundamento de existência dos pactos no setor público fez a doutrina desenvolver teorias que tinham por fim apresentar o um referencial para definição dos contratos administrativos; referencial esse que de início se fundava num juízo substancial. Assim, surgiu no século XX a corrente firmada sobre o parâmetro do serviço público³¹, rechaçando as primeiras orientações (firmada sob a competência processual), bem como as suas sucessoras fundadas nas características dos atos de autoridade e de gestão³² (MOREIRA NETO, 2008, p. 578).

Dentro dessa óptica, os contratos da Administração estariam presentes na organização e funcionamento dos serviços públicos, enquanto os demais restariam inseridos no plano privado. A inconsistência desse raciocínio passou a ser alvo de críticas devido à imprecisão do termo (“serviço público”) e o risco à segurança jurídica (MARIENHOFF, 1970, p. 62-63), eis que a reclassificação do contrato determinaria uma modificação substantiva no regime jurídico a ele aplicável.

Em 20 de abril de 1956, o Conselho de Estado francês, editou o acordo “Berteim e Grimourade” descrevendo a possibilidade de se identificar os pactos administrativos quando da contratação de “serviço público”³³ ou da presença de cláusulas exorbitantes (DIEZ, 1965, p. 444-445).

XVIII. Já na metade do século XIX ganhou status de ato de soberania estatal unilateral. Em seguida, na segunda metade do século XIX, foi elevado à especificação de contrato jurídico-público pela doutrina predominante (MAURER, 2001, p. 132).

³⁰ É nesse sentido que Fleiner (1933, p. 133-135) expôs sua inquietude, afirmando que a Administração não poderia se colocar em posição equivalente ao particular, pois essa paridade enunciaria um cenário vulnerável à igualdade dos cidadãos perante a lei.

³¹ Segundo Moreira Neto (2008, p. 578), tal construção foi fruto da doutrina capitaneada pela Escola de Bordéus e impulsionada pelo Conselho de Estado francês, com o *arrêt Terrier*, de 6 de fevereiro de 1903.

³² Complementando esse contexto evolutivo, Estorninho (2003, p.36) revela o abandono da teoria dos atos de autoridade e de gestão, ressaltando seus inconvenientes relacionados à aplicação prática e a incorreta interpretação sobre os desdobramentos da atividade desempenhada pela Administração Pública. Com o declínio do Estado de polícia e ascensão do Estado-providência, o agir estatal se tornou muito mais expressivo do que o poder de impor, razão pela qual o dogma do serviço público foi conclamado “alfa e ômega” do Direito Administrativo.

³³ O referido acórdão foi mencionado, em trechos, no Parecer nº P-004, de 10 de junho de 1981, pelo então Consultor Geral da União Paulo Cesar Catado, publicado no DOU do dia 16 de junho de 1981. Ementa da consulta: “Taxa e Contribuição de Melhorias: natureza jurídica. Os conceitos de serviço público e de obra pública, suas imbricações e a distinção entre ambos. Inconstitucionalidade de lei municipal instituidora de taxa se o fato gerador é obra de pavimentação de via pública, sendo contribuintes os proprietários e enfiteutas dos imóveis beneficiados pela obra. A posição do Supremo Tribunal Federal na exegese dos incisos I e II do Artigo 18 da Lei Maior.”

No final desse primeiro embate predominou a opinião que elegeu, exclusivamente, as cláusulas exorbitantes³⁴ como elemento determinante para definição contratos públicos³⁵.

Sustentando uma posição diametralmente oposta, Escola (1977, p. 79) expôs seu ponto de vista fundado na convicção de que mesmo na ausência da exorbitância do negócio jurídico realizado com órgãos governamentais seria possível identificar a presença do contrato administrativo de caráter público, simplesmente pela participação da Administração. O referido autor, afirmara ainda que mesmo não havendo cláusulas extravagantes em um contrato, a Administração Pública faria jus às prerrogativas especiais (ESCOLA, 1977, p. 79).

Tempos depois, o próprio autor se convenceu que sua avaliação não era o bastante para dirimir a questão, pois persistiria a dúvida quanto ao regime jurídico aplicável ao caso concreto.

Outro paradigma utilizado para qualificar a avença administrativa foi amparado na teoria da subordinação, levando em conta a circunstância do interesse público se sobrepôr ao proveito privado (BERÇAITZ, 1980, p.144). A desigualdade existente entre as partes vinculadas corresponderia ao escopo do querer de cada uma delas, sendo colocada em posição inferior aquela marcada pela intenção particularizada (singular)³⁶. Não obstante a recepção desse posicionamento por autores prestigiados na doutrina, ela parte de uma premissa incompatível com o que já se pensava sobre a possibilidade ou mesmo necessidade do estabelecimento de liames de cariz até mesmo colaborativo na moderna sistemática gerencial. Erigir como administrativos só àqueles contratos onde se tenha o marcado predomínio das relações de subordinação seria excluir desse mesmo universo todas as hipóteses em que o traço mais valorizado fosse em verdade, a consensualidade.

Um dos mais expressivos critérios eleitos para a identificação do que pudesse ser o contrato administrativo foi a presença do interesse público como

³⁴ Nessa órbita, Waline (1963, p. 574) descreve que “a cláusula exorbitante do direito comum é aquela que não se encontra normalmente no contrato de direito privado, seja porque ela seria nula, como contrária à ordem pública, ou ainda porque ela é inserida no contrato pela autoridade administrativa em função de preocupações de interesse público que são estranhas às pessoas de direito privado quando contratam em si”.

³⁵ As orientações de Meirelles (2006, p. 213) são nesse sentido ao afirmar que “é a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam “*La marque du droit public*”, uma vez que, como observa Laubadère: ‘*C est en effet la présence de telles clauses dans un contrat que est le critère par excellence de son caractere administratif*’.

³⁶ Ante essas colocações, Dromi (1996, p. 314-315) explica que o contratado é subordinado às prerrogativas e condições impostas pela Administração Pública.

elemento central, consignando que a finalidade do acordo demonstraria o caráter da convenção e a incidência ou não de um regime especial³⁷. Portanto, Marienhoff (1970, p. 34) descreveu que o contrato administrativo decorreria do acordo de vontades, formulado entre um órgão estatal e outro(s) da mesma natureza, ou entre estes e instituições privadas, para satisfazer finalidades públicas³⁸.

Numa dimensão mais envolvente, Grecco (1999, p. 309-310) relata que García de Enterría³⁹, influenciado pelos ensinamentos de Gaston Jèze, fez uma leitura capaz de vencer todas as oposições, cunhando a “teoria das modulações” que reconheceu a possibilidade de adequação dos contratos do Direito Civil às exigências da Administração⁴⁰. Isso inspirou os catedráticos no assunto a sustentar a existência de um típico acordo de vontades firmado entre Estado e pessoas de naturezas distintas. A lógica da teorização residia na expressão da autonomia privada amparada pela conveniência geral, articulada por variações ligadas a presença subjetiva do Estado, ou seja, as técnicas jurídicas utilizadas de modo genérico se amoldariam em variados graus conforme as singularidades⁴¹. Em face às complexidades da pós-modernidade seria essa a proposta mais adequada para compreensão do ambiente contratual incorporado pelas instituições governamentais⁴². Em outros termos, o pacto administrativo não passaria de um desdobramento dos formatos de ajuste privado, porém como a característica peculiar de ter a Administração como parte no negócio. Ademais, deveria se levar em conta que a indisponibilidade do interesse público não poderia ser subestimada.

³⁷ Sob a lavra de Moreira Neto (1996, p. 116) os contratos administrativos “são manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, unificadas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, dos quais um, pelo menos, é público”.

³⁸ Na opinião de Franco Sobrinho (1981, p. 153-154) o compromisso firmado pela Administração com intuito de atender, precipuamente, o interesse público é o ponto peremptório para configuração do regime contratual administrativo.

³⁹ García de Enterría e Ramón Fernández (2006, p. 702-703) reconhecem a presença dos contratos administrativos nos casos em que o órgão da Administração que o celebra está diante das suas atribuições e competências específicas. Todos os demais são considerados privados, em particular, os “contratos de compra e venda, doação, troca ou permuta, arrendamento e os demais negócios jurídicos análogos sobre bens imóveis, Propriedades imateriais e títulos e valores mobiliários”.

⁴⁰ Alessi (1953, p. 244-245) defendeu que o contrato de direito público somente seria evidenciado na relação entre entidades públicas. Dessa forma, concluiu que a contratação operada entre particulares e o Estado se reduziria às regras do regime privado.

⁴¹ A presença da Administração Pública requer um incremento procedimental para formalização do pacto, exigindo habilitação prévia, aprovação do contrato, modos de conclusão, elaboração das cláusulas contratuais e formação da vontade administrativa (GRECCO, 1999, p. 311).

⁴² Na concepção de Gordilho (1998, p. XI-14), existem três pressupostos clássicos para se chegar aos contratos administrativos: a) “determinação da lei”; b) “vontades das partes”; e c) “interesse público dos usuários afetados”.

No Brasil, três tendências ditaram a conceituação da categoria negocial aplicada à atividade administrativa: numa primeira vertente os pactos administrativos estariam sujeitos às normas de direito público, cabendo aplicação subsidiária da legislação privada (MEDAUAR, 2007, pp. 225-226); uma segunda linha de inteligência considerou que os acordos realizados na órbita estatal são submetidos ao acervo normativo civil, com ressalvas consoantes ao regime publicista⁴³; por um terceiro ângulo⁴⁴, a doutrina entendeu que leis reguladoras das relações individuais recariam sobre a negociação da Administração Pública, variando de intensidade conforme o caso concreto, entretanto sempre vinculadas às prescrições de cunho administrativista⁴⁵ (BARCELLAR FILHO, 2004, p. 313). Nessa senda, Justen Filho (2012, p. 804) traz uma ampla visão sobre os contratos administrativos, ordenando três tipos distintos de manifestação do Estado: a) acordo de vontades da Administração (convênios públicos, contrato de gestão, termo de parceria, consórcios públicos, contratos de fomento e TAC); b) contratos administrativos em sentido estrito (contratos de delegação e de colaboração); e c) contratos de direito privado.

O percurso acima empreendido sobre as tentativas de cunhagem de um critério distintivo, identificador do típico contrato administrativo, evidencia uma emancipação de debate do mero elemento subjetivo, da pessoa da Administração figurando num dos polos da relação; para outros critérios que buscavam expressar atividade, objetivos e outros atributos do agir do Estado.

A recepção pela doutrina da possibilidade de outros modelos relacionais; da incidência (ainda que excepcional) de regras do regime privado no campo de contratações; bem como o reconhecimento da insuficiência do velho modelo das cláusulas exorbitantes e da posição de predomínio inarredável da Administração

⁴³ Bandeira de Mello (2008, p. 605-606) separam os contratados administrativos dos da administração, levando em consideração a finalidade do negócio jurídico. Assim, se o pacto é realizado com intuito de atender os anseios da Administração propriamente dita (interesse secundário), incidirá sobre ele as regras de direito privado. Do contrário, se o vínculo contratual se der em razão da vontade coletiva primária haverá o influxo das normas que recaem sobre a esfera pública.

⁴⁴ Esse terceira compreensão sobre os contratos administrativos é manifestamente explicitada no art. 54, da Lei nº 8.666/93: "Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

⁴⁵ Para Bielsa (1964, p. 171) "é contrato administrativo o que a Administração Pública celebra com outra pessoa pública ou privada, física ou jurídica, e que tem por objeto uma prestação de utilidade pública".

apontaram para a necessidade de se explorar a alternativa de um convívio harmônico entre distintos modelos contratuais.

Abalada ainda a premissa de que as relações empreendidas pela Administração se dessem sempre a partir de uma perspectiva vertical, como apontado no subitem 2.1; impunha-se reexaminar o tema das relações contratualizadas, já que este é um instrumento jurídico único que se ajusta tanto às relações simétricas quanto às assimétricas.

2.3 RELATIVIZADO AS ASSIMETRIAS ATRAVÉS DO CONSENSO

Com o ecoar da crise da modernidade, em paralelo à globalização e aos tratados internacionais de direitos humanos, o Estado sofrera um giro de perspectiva que colocara a pessoa no centro da ordem jurídica e elevara o valor da legitimidade. A lei formal perdera o status de fonte absoluta das relações intersubjetivas e a Constituição assumira o patamar de norma fundamental, consubstanciadas na vontade máxima do cidadão⁴⁶ (LEAL, 2006 p. 13-14).

Segundo Cassese (2010, p. 53), nessa toada, o “Estado-ente” deixara de ser fruto da burguesia e passara a produto de todas as classes. Aquela instituição que sobrepujara forças menores transmutara-se em um universo plural e compartilhado.

A Administração Pública se voltara para a tutela da dignidade, não mais cabendo cláusulas de privilégio para supressão de liberdades. As assimetrias onipresentes no governo liberal se fariam inconcebíveis diante de uma nova ordem constitucional. A finalidade de proteger o interesse público não se desprendera das atribuições estatais, entretanto o olhar sobre esse conteúdo partiria de fora para dentro, ou seja, a escolhas seriam articuladas conforme o desejo da maioria, não mais se restringindo a decisão de um único ser dominante (dotado de poder de império⁴⁷).

⁴⁶ Leal (2006, p. 21) ensina que “a concepção de poder e de governo atrela-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico e social, pois o papel do cidadão é mais elevado a que um indivíduo pode aspirar. O exercício do poder pelos cidadãos, nos estritos termos da Lei e neste período histórico, é a única forma legítima pela qual a liberdade pode ser sustentada e efetivada”. Vale salientar que o termo “Lei” é utilizado pelo autor em referência à norma constitucional e não como mero ato normativo formal.

⁴⁷ Nesse ponto merece destacar o pensamento de Arendt (1990, p. 180) que afirma ser poder político algo que não se sobressai como um mero potencial à imposição de interesses próprios ou à realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias

A eleição das políticas públicas se daria dentro de um contexto onde os próprios beneficiários deliberariam sobre a definição dos melhores projetos para atender as reivindicações da sociedade. Nessa arena, o diálogo surgiria como ferramenta para solução dos conflitos decorrentes das ambivalências do corpo coletivo.

O timbre mais emblemático dessas inovações ficara explícito no crescimento da prática contratual dentro das interlocuções entre Administração e sociedade civil. O direito de comando se deslocara para faculdade escorada no acordo de vontades, constituindo um novo hábito de negociação. Dessa forma, passara-se a reconhecer a inserção de variados atores sociais nesse espaço horizontalizado em homenagem à governabilidade cooperativa (CHEVALLIER, 2009, p. 161).

O Estado se tornara fonte de regulação da economia, assim como passara a estimular a atmosfera dos acordos e convenções. As suas perspectivas não mais seriam imposta por via de coerção, mas sim por intermédio da interação com seus coadjuvantes.

A expansão de sindicatos e organismos de interesse coletivo favorecera o desenvolvimento de negociações para a solução de gargalos de ordem social que geravam impacto sobre a máquina administrativa. A dependência da transversalidade para dirimir tais problemas aproximara os laços entre governo e particulares. Essa praxe exigiria, eventualmente, a formalização de ajustes por meio de contrato capazes de dinamizar ações de natureza conjunta⁴⁸.

Ante ao prosperar político, jurídico e social, o conceito da Administração Pública tomara uma abrangência mais elástica, pois além de ser reconhecida como conjunto harmônico e sistêmico de princípios, regras e ações reitoras dos órgãos, agentes e atividades estatais, seus fins estariam cimentados no desejo do povo, convolado na figura do Estado (MEDAUAR, 2007, p. 31). Nessa linha de intelecção, Leal (2006, p. 39) descreve que os paradigmas aqui se fundariam na “filosofia e na

coletivamente, mas apenas modernamente como uma força autorizadora da soberania popular que cria um direito legítimo e funda suas instituições, vinculando-as às razões que o fizeram exsurgir. A fonte e a origem do poder político legítimo residem no povo - “... *the conviction that source and origin of legitimate political power resides in the people*”.

⁴⁸ É nesse sentido que Chevallier (2009, p. 163) desenvolve sua visão sobre o “movimento de contratualização”. Segundo o autor, “a contratualização aparece como o meio de preservar a coesão da ação pública, corrigindo os efeitos do poicentrismo, da territorialização e da segmentação que afetam as estruturas estatais; a sua promoção revela que a concepção monolítica e piramidal do passado deu lugar a uma organização mais complexa, fundada sobre o pluralismo e a diversidade, e implicando o recurso a dispositivos flexíveis de coordenação e de harmonização”.

epistemologia da racionalidade emancipatória e comunicativa”, propugnando uma prática consolidada no consenso⁴⁹. Deste modo, o agir administrativo implicaria ininterruptos e “tensionais pactos de civilidade”.

Há de se considera que o escopo da gestão sobre estacas exorbitantes, tivera inegável relevância para a estatização econômica do período antecedente ao pós-modernismo. Os ideais da época exigiam esforços para a autossuficiência e fortalecimento do aparelhamento das estruturas públicas. A tecnologia e a competitividade não afligiam os administradores, em razão da proeminente centralização do mercado pelo governo, frutificada pelas políticas públicas dirigistas (MOREIRA NETO, 2008, p. 581).

Em síntese, a correlação entre legitimidade e a condução da *res pública* estaria condicionada “ao processo democrático de comunicação política” capaz de alicerçar entendimentos racionais para um governo calcado na transparência, compreensão e deliberação de pontos interligados, dentro de um complexo de interesses comunitários. Assim, diálogo e consenso na gestão contemporânea surgiriam como elementos neutralizantes do desvio de finalidade e moderadores das assimetrias.

2.4 CONTRATO ADMINISTRATIVO E A PRESENÇA DO RISCO: DISTINTA INCIDÊNCIA DE UM MESMO FENÔMENO

Estágio mais recente no percurso evolutivo do tratamento doutrinário no campo dos contratos celebrados pela Administração é a incorporação do cenário de indeterminações a que já se referiu no Capítulo 1. O risco como possibilidade naturalística⁵⁰, a rigor, sempre esteve presente na atuação seja da Administração, seja de seus coadjuvantes contratados; porém em proporção menor, comparando os tempos remotos ao cenário atual.

⁴⁹ Dentro dessa visão, Habermas (1992, p 213) ensina que “no sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito, não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração; ele forma simultaneamente o médium para a transformação do poder comunicativo em administrativo”.

⁵⁰ Para Keynes (2008, p. 315), risco seria a probabilidade de um benefício esperado não acontecer. Apesar desse pensamento negativo, existiria também nesse fenômeno a possibilidade de obtenção de proveitos.

O Estado também enfrentou a face oculta embreada no cenário das tratativas, isso porque, muitas vezes, não dispunha de informações específicas pertinentes à probabilidade de acontecimentos futuros. Além disso, o propósito ímpar do particular em maximizar lucros gerava forte preocupação quanto ao desvirtuamento do escopo almejado pelos organismos governamentais, fato que poderiam produzir sérios prejuízos à comunidade (ESTORNINHO, 2003, p. 56-57). A veloz informatização das ferramentas e as novas exigências técnicas representavam mais um fator desfavorável à Administração contratante, em razão da rápida obsolescência dos seus instrumentos de governabilidade.

O incremento material dos fatores de ameaça no campo social, econômico, tecnológico, e em tantos outros, suscitou a reflexão acerca de como esse fator de indeterminação deveria se por no cenário das contratações celebradas pela Administração.

Levando em consideração essa distinta incidência do risco, foi preciso dimensionar as relações contratuais sob três aspectos, apontados como de maior relevância. Assim, o primeiro referencial ficaria reservado à seara social, cabendo avaliar os impactos da avença sobre o corpo coletivo. O segundo parâmetro englobaria a extensão econômica do ajuste, exigindo prévio juízo quanto às seguintes elementares: a) capital para investimento; b) expectativa de retorno; c) tempo de execução; e d) as garantias destinadas a contenção das perdas. O terceiro fundamento residiria na conjuntura jurídica, impondo aferição das normas e das cláusulas delimitadoras do acordo (ZANCHIM, 2012, p. 73).

Fato é que remanesca a dúvida em relação ao tratamento jurídico a ser conferido a essa pluralidade de riscos possíveis, com suas múltiplas projeções. Como seria de se empreender ao tratamento jurídico do fenômeno, seja no campo da formatação dos contratos a se celebrar com a Administração, seja na seara dos possíveis incidentes a se verificar no curso da execução destas mesmas avenças?

A incorporação do acima referido aspecto tridimensional (social, econômico e jurídico) dos contratos induziu a solução da quaestio atinente ao tratamento dos riscos contratuais a um sistema de repartição das áleas concebido pelas tradições administrativistas⁵¹ cujas raízes se fixaram ao princípio da mutabilidade⁵². Nesse

⁵¹ Ensina Estorninho (2003, p. 118) que, “em razão da prossecução do interesse público, o contrato administrativo deveria ser sempre maleável, de forma a poder adaptar-se e acompanhar as próprias alterações sofridas por tal interesse”.

sentido, os pactos de duração prolongada⁵³ (de trato sucessivo ou execução diferida) receberam uma cláusula implícita⁵⁴, chamada *rebus sic stantibus*⁵⁵ que passara a admitir a manutenção do equilíbrio contratual em situações de excessiva onerosidade causada por fatos imprevistos⁵⁶ ao tempo da formação do vínculo⁵⁷.

Por outro lado, os abalos provenientes de eventos previsíveis não escapariam da seara de responsabilidade da pessoa aliada⁵⁸ ao Estado, pois os desníveis conhecidos pelos contratados fariam parte do negócio, não cabendo compensação pelas perdas e nem mesmo revisão das tratativas.

Dessa forma, ficaram cunhadas, respectivamente, as denominadas contingências de ordem extraordinária (englobando o denominado “fato do príncipe”⁵⁹, “fato da Administração”⁶⁰ e a teoria da imprevisão⁶¹), e ordinária, como principais

⁵² O princípio da mutabilidade estabelece correlação com as complexidades que cercam o regime jurídico do contrato administrativo, tornando possível a flexibilidade dos termos acordados, conforme a variação das circunstâncias (LAUBADÈRE, 1984, p. 712-715).

⁵³ Nesse ponto, Grau e Forgioni (2005, p. 102) afirmam que os contratos de longo prazo demandam interpretação comedida (não menosprezado a análise prudente sobre as avenças de execução imediata), pois estágios não previstos preliminarmente poderão surpreender as partes durante a execução das suas obrigações. Dessa forma, uma vez ocorrido eventos inesperados que inviabilize a continuidade do negócio, as partes devem buscar o realinhamento do equilíbrio econômico-financeiro, fundadas na Teoria da Imprevisão. Assim, estarão preservados os interesses dos envolvidos com apoio na segurança jurídica.

⁵⁴ Por se tratar de cláusula implícita, Grau e Forgioni (2005, p. 99), ancorados nos traçados da Lei nº 8.666/93, sustentam que os aspectos econômicos do contrato se fundam nas cláusulas de imutabilidade e intangibilidade financeira. No fundo, o pensamento dos autores não contraria a ideia descrita no texto, pois eles fazem uma inversão de sinal para manter intacta a clássica premissa da *pacta sunt servanda*. Nós optamos por fazer referência à mutabilidade porque o termo melhor se adequa à órbita complexa dos negócios jurídicos.

⁵⁵ Acquaviva (1991, p.322) conceitua a cláusula *rebus sic stantibus*, como aquela “em que as partes estipulam que o cumprimento do contrato fica subordinado à não modificação, no futuro, dos pressupostos e circunstâncias que ensejaram o pacto”.

⁵⁶ Perez (2006, p. 108-109) traz como exemplos de acontecimentos imprevisíveis: à incalculável variação cambial; a crise no fornecimento de energia; o confisco e bloqueio de depósitos em contas correntes mantidas em instituições financeiras.

⁵⁷ Merece destacar que a mutabilidade se estabeleceu no plano do antagonismo frente à *pacta sunt servanda*, mas surgiu como dispositivo de reforço, no sentido de privilegiar a conservação dos contratos. Os dois princípios foram entrelaçados para garantir uma mera equivalência tanto formal quanto material (ZANCHIM, 2012, p. 187).

⁵⁸ A palavra “aliada” é empregada no sentido de demonstrar que, apesar da haver vontades contrapostas no âmago do contrato administrativo, o particular e o Estado (partes do negócio) se vinculam ao propósito da função social, convergindo ambas as intenções para a defesa do interesse público.

⁵⁹ “Fato do Príncipe” corresponde a toda determinação estatal, dotada de caráter genérico (sem relação direta com o contrato administrativo) que causa excessiva onerosidade ao contratante ou inviabiliza a execução do negócio (ex. elevação considerável de tributos incidentes sobre materiais de construção, empregados em obras públicas).

⁶⁰ “Fato da Administração” resulta da ação ou omissão do Estado contratante que atinge diretamente o contrato, tornando-o inexecutável ou extremamente dispendioso por medida retardatária (ex. “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto”, conforme disposição do art. 78, inciso XVI, da Lei nº 8.666/93).

espécies de risco compreendidas no âmbito dos pactos administrativos. Se por um ângulo o Estado responderia pelas adversidades concentradas na incerteza decorrente do exercício potencial de suas próprias prerrogativas; o empreendedor ficaria encarregado de suportar os colapsos derivados da sua imprudência⁶² (PEREZ, 2006, p. 107-108). Ainda sim, restaria atribuído ao Poder Público, os impactos desestabilizadores manejados por ações dos seus órgãos, entidades e agentes, consoante à aplicação do princípio da causalidade adequada⁶³. Dentro dessa matriz, ficara então reconhecido que, tanto os incidentes não antevistos como inconvenientes ocasionados pela inércia ou intervenção ativa estatal estariam inscritos como aleatoriedade imputada ao governo. Daí se extraiu os significados de álea econômica⁶⁴ e administrativa (SANTAMARÍA PASTOR, 1999, p. 226). Apesar de se buscar, através desse referencial, o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro⁶⁵ das avenças, o formato ainda guardava resquícios do poder de império da Administração. A subjetividade dos termos seguia na contramão dos fins pretendido pela ordem jurídica. A razão de ser dessa configuração estava afeta

⁶¹ Segundo Mello (2008, p. 641), a “teoria da imprevisão” incide sobre “fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornem o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado”. Na opinião de Carvalho Filho (2013, p. 213), “teoria da imprevisão consiste no princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual o pacto foi ajustado.” Para Laubadère (1976, p. 214) esse fenômeno ocorre quando, “no curso do contrato, sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem a equação econômico-financeira do pacto”. Já no campo do Direito Civil, Stolze e Pamplona (2011, p. 312) ensinam que a referida teoria é um “substrato teórico que permite rediscutir preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis” Na concepção de Gonçalves, (2012, p. 52) trata-se da “possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa – o que na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*”.

⁶² Imprudência é uma das formas de exteriorização da culpa, e esta, para ser configurada na situação fática, depende de uma elementar chamada previsibilidade.

⁶³ Através da teoria da causalidade adequada se busca identificar o que efetivamente causou o dano, dentre outras causas possíveis. Significa que, diante do caso concreto, apenas uma delas é dotada de potencialidade para gerar o resultado.

⁶⁴ A álea econômica representa as incertezas que circunscreve o contrato administrativo, enquanto a álea administrativa abrange as possíveis variações, por ato direto ou indireto da Administração, assim como alteração unilateral (pelo exercício das prerrogativas – CFRB/88, art. 37, XXI e Lei nº 8.666/93, art. 65, § 6º.), que venha afetar o equilíbrio da relação obrigacional.

⁶⁵ Conforme ensina Carvalho Filho (2013, p. 199), o equilíbrio econômico-financeiro “é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste.” Vale ressaltar que esse dispositivo consiste em uma garantia constitucional para ambos contratantes, na forma do art. 37, inciso XXI, da CRFB/88, segundo a qual as condições deve haver a manutenção das condições da proposta enquanto perdurar o vínculo contratual Daí é possível extrair os seguintes mecanismos: a) reajuste; b) atualização monetária; c) revisão; e d) repactuação (GARCIA, 2010, p. 230-231).

à rigidez de um cenário ainda não transformado pela relativização das assimetrias através do consenso.

Essa modelagem fixou a regra geral do contingenciamento que, uma vez incutida na cultura da gestão pública, se manteve permanente sobre as diversas qualificações de pactos praticados no plano estatal. O problema desse formato estaria na sua inadequação em relação às categorias singularizadas de contratos que, devido circunstâncias peculiares em torno do objeto avençado (levando-se em conta as múltiplas ambiguidades da pós-modernidade), poderia suscitar inexecutabilidade das vontades anteriormente asseveradas⁶⁶. Os desdobramentos derivados desta probabilidade latente de ataque ao interesse público desvelaria uma exposição ao dano de dimensão incalculável⁶⁷.

Determinados negócios jurídicos, como contratos de empreitada para construção de usinas hidrelétricas, aeroportos, estádios, portos, rodovias, ferrovias e de prestação de serviços públicos vinculados a essas edificações exigiriam longo período de execução e demasiado volume de recursos, circunstâncias inconciliáveis com a configuração de repartição de risco supramencionada. Isso porque não haveria interesse da iniciativa privada em se lançar num universo prestes a lhe causar dissabores e prejuízos. Ademais, o Estado poderia ser obrigado a absorver maior parte das perdas, ocasionando grave descalabro nas contas públicas. Nesse sentido, os setores de infraestrutura ficariam emperrados, inviabilizado a alavancagem econômica do país e avultando a ineficiência estatal, além dos desdobramentos impactantes sobre os direitos fundamentais.

Levando em consideração a órbita ambivalente e aleatória desvelada no contexto das avenças da Administração contemporânea, a doutrina⁶⁸ e os organismos internacionais constataram, ao menos, nove espécies de riscos nos negócios de médio e longo prazo: a) risco político, ligado às mudanças das ideologias de governo e às disputas eleitorais; b) risco jurídico, decorrente das

⁶⁶ Os contratos de concessão de serviço público, por exemplo, são considerados de alta complexidade, pois exigem um estudo acurado sobre os impactos (gerações tecnológicas mais avançadas, crescimento demográfico, alteração do planejamento urbano etc.) que podem abalar a estrutura econômico-financeira do negócio (PEREZ, 2006, p. 113).

⁶⁷ Em linhas gerais, os negócios de natureza contratual na esfera pública envolveriam riscos político, operacional, ambiental, econômico e social. Ambos incidentes de uma só vez sobre a relação obrigacional, porém nem sempre as partes seriam capazes de geri-los de forma adequada, fato que implicaria prejuízos, diretos ou indiretos à sociedade.

⁶⁸ Pelo menos três autores do Direito Administrativo brasileiro se dedicam a matéria: Perez (2006, p. 146-170); Marques Neto (2008, p. 67 e ss.) e Pinto (2006, p. 158).

variações regulatórias e normativas; c) risco técnico, relacionados às falhas do projeto, reveladas em momento superveniente ou atinentes ao avanço tecnológico; d) risco econômico-financeiro, associado à variação cambial, perda de demanda, elevação de preços dos insumos; e) risco ambiental, inerente poluição de mares, rios, degradação de florestas nativas, impacto sobre a fauna e flora, desequilíbrio do ecossistema; f) risco social, alusivo às greves, manifestações, mobilizações, conflitos, entre outros; g) risco natural, tocante aos eventos da natureza como, temporais, deslocamento do solo, incidência de raios, desmoronamentos, sobrecarga de ventos, alagamentos etc.; h) risco de fraude (corrupção), relativos às improbidades praticadas por agentes públicos, tal como condutas ilícitas voltadas para o atendimento de interesses particularizados⁶⁹; e i) risco residual⁷⁰, concernentes às hipóteses não identificadas, ou fruto de circunstâncias remanescente após o tratamento das demais áleas⁷¹ (HM TREASURY, 2004, p. 17).

Frente a esse eneágono de contingências, a alocação incongruente das áleas provoca aumento desproporcional no custo global dos projetos, além de ameaçar erário público. Tais consequências acabam por atingir contribuintes e usuários, recaindo ainda, sobre o meio ambiente e o patrimônio histórico. Desse modo, a sociedade contemporânea tem convivido com essas aflições, entretanto vem buscando alternativas para minimizar os gravames e salvaguardar as gerações futuras.

2.5 AS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS

⁶⁹ O risco de fraude (corrupção) preocupa bases governamentais do mundo inteiro, razão pela qual, organizações internacionais se dedicam à edição de diretrizes para equacionar o problema, além de estabelecerem linhas gerais para o gerenciamento das demais áleas (OECD, 2013, p. 106-127).

⁷⁰ O risco residual é elencado no ISO 31.000 como uma das espécies de aleatoriedade que afeta o ambiente contratual (ABNT NBR, 2009, p. 06-07).

⁷¹ Há autores como Borges e Neves (2005, p. 96) que fazem referência ao “risco soberano”, o qual, segundo eles, “envolve aspectos políticos (credibilidade na estabilidade em uma mudança de poder), de moeda ou de câmbio (moratória ou limitações para transferências para o exterior), regulatórios (setorial, ambiental, de concentração econômica etc.) e legal (estudado aqui em separado). É também conhecido, em termos jurídicos, como Risco de Atos de Império ou Atos de Poder do Príncipe, quando interfere em relações privadas já pactuadas, como no caso de um confisco ou de um programa de racionamento obrigatório”. Eles ainda asseveram que “o risco político (soberano, regulatório, ambiental) será o centro das preocupações dos credores, uma vez que o risco advindo do setor privado não se altera em relação ao que já se conhece no mercado” (BORGES; NEVES, 2005, p. 113).

A inaptidão do equacionamento teórico tradicional para abarcar a diversidade de cenários em que se move o Estado, e de tarefas que a ele se propõe, conforme acima indicado, tem constituído preocupação da doutrina já de algum tempo. Importante destacar que a matéria da gestão das contingências foi se infiltrando na modelagem das relações que pudessem ser traçadas pela Administração Pública paulatinamente – possivelmente, mais refletindo uma angústia prática do que uma elaboração teórica mais profunda.

Assim é que, não obstante, só na Lei nº 11.079/04 se tenha a primeira referência à repartição objetiva de riscos, a matéria já se tinha presente em outros modelos contratuais, como se passará a expor.

2.5.1 CONTRATAÇÕES COM O TERCEIRO SETOR

As perplexidades experimentadas pelo Estado⁷², de forma mais expressiva, no período entre as décadas de 80 e 90, fez nascer uma cultura de aproximação e estreitamento de laços, onde, cada vez mais, os administradores perceberam a necessidade de formar parcerias para diminuir as incompletudes da Administração Pública⁷³. A integração entre Estado e organizações da sociedade civil deu maior carga semântica ao termo parceria que também surge para dar significado ao fenômeno da “concertação administrativa” (OLIVEIRA, 2007, p. 14). Nesse aspecto, afirma Vital Moreira que:

“concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas” (MOREIRA, 1997, p. 57).

⁷²A globalização econômica, segundo Fischer (2005, p. 219) forçara o Estado brasileiro “adotar políticas liberalizantes e enfrentar os desafios da modernização”. Para retratar as transformações ocorridas na virada do século, a autora faz menção aos seguintes eventos: “crise fiscal, abertura às importações, privatizações e intensificação da entrada de capital internacional”.

⁷³ Diante de um “ambiente desterritorializado”, competitivo, dinâmico, altamente arriscado, ambivalente e demasiadamente imprevisível, ficou comprometido o formato de gestão burocrático e centralizador. Não restara outra saída, ao não ser a adoção de novas estratégias de governo para prossecução do desenvolvimento econômico e a proteção do cidadão contras as desigualdades sociais (NOGUEIRA, 2004, p. 41).

No cenário brasileiro, associações, fundações e demais instituições do gênero⁷⁴ foram anexados aos órgãos governamentais para desempenhar ações dirigidas ao atendimento do interesse público⁷⁵, com o propósito de reforçar as estruturas das esferas de Poder. Esse processo foi fruto da estratégia de transição para uma administração pública gerencial⁷⁶, convergindo para a “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado⁷⁷ (BRASIL, 1995). Importante destacar que tal fenômeno abraça espaço para o denominado “3º Setor”, o qual, segundo Moreira (1997, p. 33), consistiria num plano “intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado”, cuja finalidade se voltaria para compartilhamento de “traços” peculiares a cada um deles”. Dentro da sua percepção, a referida terminologia se amoldaria ao conglomerado de serviços e bens prestados por organismo não estatais e não lucrativas (a exemplo das cooperativas, mutualidades, igrejas, organizações beneficentes, fundações de fins sociais, quase sempre subsidiadas por doações de fundos e atos de solidariedade⁷⁸. Significa dizer que instituições dessa natureza atuariam como se fossem uma “terceira via”, pois além de originarem da iniciativa privada, não comporiam a Administração Pública⁷⁹. A

⁷⁴ A terminologia “demais instituições do gênero”, refere-se aos organismos privados destinados a colaborar e cooperar com os órgãos governamentais, subsidiados através de doação de fundos e manifestações voluntárias, sem qualquer fim lucrativo (MOREIRA, 1997, p. 33). São essas as organizações que compõem o denominado Terceiro Setor, revelado pela incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil (FERRAZ, REGADAS; PIRES, 2008, p. 144).

⁷⁵ A Lei nº 9.790/99, no seu artigo 3º, descreveu as elementares da finalidade pública para que instituições sociais fossem etiquetar como OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público).

⁷⁶ Um dos objetivos lançado pela Reforma Gerencial era a descentralização da Administração Pública “através da implantação de agências autônomas e de organizações sociais controladas por contratos de gestão” (BRESSER PEREIRA, 2012, p. 258).

⁷⁷ Esse movimento consistira na transferência do setor estatal para o público não-estatal, sob a forma de organizações sociais (BRASIL, 1995).

⁷⁸ Sob o olhar de Oliveira (2009, p. 279), “o denominado ‘Terceiro Setor’ vem inserido em um nova forma de organizar a Administração e de atender ao interesse público. A Administração, em vez de utilizar órgãos e pessoas administrativas, estabelece formas diferenciadas de parcerias com a iniciativa privada para atender às finalidades públicas que o ordenamento jurídico impõe a ela. O Estado, exercendo atividade de fomento, cria incentivos com a finalidade de atrair a iniciativa privada para o exercício de atividades de relevância social.

⁷⁹ Nesse ponto, merece relevo a exposição de Cunill Grau (1998, p. 150): “O denominado ‘setor terciário’ remete, de fato, a todo aquele tecido associacional cujas práticas sociais se fundam na solidariedade e que se traduzem na constituição de âmbitos públicos voluntários de inter-relação social, capazes de auto-organizar-se para a satisfação de necessidades coletivas. Seu germe é o associacionismo voluntário – o voluntariado – mas inclui, além disso, todo o conjunto de instituições privadas de serviço público, assim como as práticas concretas de solidariedade desenvolvidas através de instâncias informais e instituições tradicionais”. O ‘setor terciário’ assim considerado e, em geral, as práticas sociais que envolvem a produção de bens públicos com base na solidariedade constituem o alicerce social da ampliação da institucionalidade pública, que dá espaço a uma pluralidade de instituições de participação.

essência das entidades inseridas nessa órbita estaria na relevância social das atividades prestadas, no vínculo legal ou negocial com o Estado e no aporte de benefícios públicos (OLIVEIRA, 2009, p. 279).

As organizações sociais⁸⁰ se mostraram verdadeiros canais de interconexão entre sociedade civil e governo, pois através desses organismos o Poder Público estabeleceu aliança com diversos setores para readequar sua política de gestão da máquina administrativa diante do paradoxo⁸¹ entre o “aumento da demanda por serviços, além da busca por resultados eficazes, e a redução da ajuda externa, adicionada à crise econômica” (FISCHER, 2005, p. 221). A solidariedade dessas instituições permitiria reconduzir-se o atuar da Administração aos temas que lhe são próprios, levando em conta a transferência de funções específicas às diversas pessoas inseridas no contexto do terceiro setor⁸².

Desse modo, atividades tais como: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e outras especificadas na Lei nº 9.637/98, passariam a ser desempenhadas pelas Organizações Sociais⁸³, em concurso com os órgãos estatais.

Ainda, as entidades da sociedade civil organizada, qualificadas como OSCIP's (Organizações Sociais Cíveis de Interesse Público), na forma da Lei nº 9.760/99, estariam aptas a assumir encargos públicos nas áreas da assistência social, cultura, conservação do patrimônio histórico e artístico, preservação do meio ambiente, educação, saúde complementar, entre outros⁸⁴. Para isso, previamente, a Administração teria que firmar ajuste através de um termo de parceria, fixando objetivos, metas e resultados pretendidos, prazo de execução, critérios de apuração

⁸⁰ A resistência à ditadura militar fora marcada pela luta por direitos através das organizações não-governamentais. Estes organismos propugnavam por uma sociedade civil dotada de ampla participação democrática e imbuída na tarefa de promover o desenvolvimento sustentável (FISCHER, 2005, p. 221)

⁸¹ A indispensabilidade da auto-sustentação e da geração de recursos próprios não coadunavam com a incapacidade financeira dos usuários em custear determinados serviços (FISCHER, 2005, p. 221).

⁸² É nessa perspectiva que Nogueira (2004, p.61) assevera que “a movimentação social torna-se virtuosa quando se projeta em termos políticos, processa politicamente suas diferenças e dá origem a soluções políticas para seus problemas e reivindicações”.

⁸³ Esse termo se refere à qualificação dada às entidades do terceiro setor (associações, fundações ou sociedades civis), que exercem atividades de interesse público, reguladas na forma da Lei nº 9.637/98 (QUEIROZ, 2011, p. 56).

⁸⁴ Copola (2006, p. 137) estabelece uma linha demarcatória para distinguir OSCIP de OS, descrevendo que aquelas são entidades privadas que atuam em áreas típicas do setor público, com o auxílio do Poder Público, enquanto estas são entidades privadas sem fins lucrativos, criadas à feição do Poder Público, para gerir patrimônio que continuará sendo público.

de desempenho, além das demais especificidades elencadas no §2º, do art. 10, da Lei nº 9.790/99 (MARINS, 2011, p. 295).

Nessas duas modalidades já se identifica certa sofisticação no tema da gestão dos riscos. Isso porque, mais do que assumir uma fórmula em abstrato e universalmente válida de que álea ordinária é responsabilidade do contratado; exige-se uma delimitação específica do que seja dever destes com a fixação das metas de resultados, adotando-se ainda um critério que é de ser minimamente objetivo, de aferição desses mesmos *outcomes*, a saber, indicadores de desempenho.

Nessa abordagem, a distribuição de responsabilidades (e consequentemente, de riscos) já se tem por explicitada para cada caso concreto, saindo do regime de abstração da fórmula anterior. Têm-se com isso o reconhecimento de que atividades distintas podem merecer distribuição diferenciada de ameaças; ou ainda que idênticas as atividades, igualmente pode se apresentar como exigível a diferenciação na partilha da álea – prover atividades públicas não estatais em áreas conflagradas pela violência, por exemplo, envolve uma parcela de risco físico e mesmo de continuidade da intervenção muito maior.

2.5.2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Embora não se situe numa linha de sucessão temporal propriamente em relação á disciplina das contratações com o Terceiro Setor, cumpre registrar ainda a edição da disciplina do chamado Regime Diferenciado de Contratações (RDC), traduzida pela Lei nº 12.462/2011 que procurou adequar a arquitetura jurídica de determinados contratos administrativos às complexidades, incertezas e exigências do cenário pós-moderno.

O propósito desse novo modelo seria tornar o processo licitatório mais célere e menos burocrático, porém sem deixar aberturas para ilegalidades. A necessidade de cumprir a agenda e cronograma para a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 demandara um procedimento ágil e capaz de abranger o conjunto de detalhes inerente aos pactos administrativos complexos. Nessa perspectiva, inicialmente, além de contemplar tal conteúdo, o referido diploma deu ênfase às obras de infraestrutura e serviços para aeroportos das capitais dos

estados da federação distantes até 350 km das cidades-sedes das competições esportivas. No ano de 2012, fora estendido o âmbito de incidência da norma, recaindo também sobre obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e do bloco de projetos abarcados pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Por fim, a Medida Provisória 630, publicada no Diário Oficial da União do dia 26 de dezembro de 2013, ampliara ainda mais a aplicabilidade da lei em comento, abraçando obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

No que tange à temática das áleas, o artigos 4º, inciso IV, reformulado nos termos da MP supramencionada, estabeleceu regra atinente à remuneração variável, com intuito de estimular a *performance* e a qualidade do objeto contratado. Nesse rumo, os riscos ínsitos ao negócio teriam menor impacto sobre a Administração Pública, já que o desatendimento de metas e objetivos, bem como a não satisfação do interesse público atingiria, exclusivamente, o contratado privado. Por outro lado, havendo eficácia, eficiência e efetividade na execução da avença a parte responsável pela entrega da obra, do bem ou do serviço obteria maior vantagem. Vale salientar que os detalhes e critérios alusivos à apuração do desempenho deveriam ficar consignados no instrumento do contrato, de modo expresso, claro e objetivo, a fim de evitar prejuízo a ambos interessados. Outrossim, os custos projetados não poderiam se afastar dos limites orçamentários, na forma da lei específica.

Uma vez mais, o que se verifica é o ingresso do tema das contingências às quais se submetem as contratações públicas na modelagem do ajuste de vontades, num esquema distinto daquele tradicional de que a álea ordinária caberia exclusivamente ao contratado, sem qualquer relativização na referida distribuição, abdicando de potenciais ganhos de eficiência, oriundos de mecanismos que possam estimular uma execução contratual voltada à eliminação de riscos. Mas não só nas hipóteses acima indicadas se tem essa invasão do tema do risco nas contratações administrativas – ainda que não expressamente nominada, e sem a pretensão de sistematizar-se uma espécie de “teoria da ameaça”. Também no que toca às relações fundadas no consenso que se estabeleça entre distintas estruturas da Administração Pública, o tema dos riscos veio a determinar nova modalidade contratual, focada na mitigação das contingências.

2.5.3 CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A reforma administrativa capitaneada por Bresser Pereira (BRASIL, 1995) instituiu força constitucional ao consórcio público, tipologia contratual⁸⁵ consagrada pela EC nº 19/98 (art. 241, da CRFB/88), ingressada na ordem jurídica brasileira por intermédio da Lei nº 11.107/05 para regulamentar a formação de convênios interfederativos, cujas finalidades seriam planejar e executar funções públicas de interesse comum aos entes conjugados (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 25). Esse instituto simbolizou mais um signo da transição da Administração imperativa para uma gestão consensual da coisa pública⁸⁶, erguido dentro da lógica dos novos paradigmas para as políticas de Estado (CASSESE, 2003, p. 159).

No campo gerencial, essa associação, além de viabilizar a execução de projetos de grande volume, oportuniza a redução nos custos das futuras empreitadas e favorece o ganho de qualidade na solução das demandas locais e regionais. Outra situação típica que pode ser atendida pelo modelo consorcial é aquela em que distintas unidades federadas, individualmente consideradas, não têm porte ou demanda para a oferta de um determinado serviço – que, todavia, se ofertado para o conjunto de várias delas (dois ou mais municípios, distintos municípios e estado; dois ou mais estados, etc.) pode se revelar sustentável. O modelo trazido pela constituição materializa sistema guiado pela descentralização de recursos técnicos e financeiros, fundado no compartilhamento de atribuições e

⁸⁵ Ainda que “a relação jurídica não seja tipicamente contratual”, os acordantes se vinculam às obrigações previamente convencionadas (CARVALHO FILHO, 2013, p. 16).

⁸⁶ Assim são as palavras de Medauar (2003, p. 211): “A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir um papel importante no processo de identificação de interesse público e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e as aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação”. Tais aspectos também penetraram nas relações “Administração Pública-Administração Pública”, carreando a gestão compartilhada de bens e serviços para melhor atender o cidadão. Dessa forma, municípios de orçamento diminuto puderam conveniar-se a outros para empreender infraestrutura capaz de elevar a qualidade de vida de seus municípios (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 34-37).

responsabilidades, cujas metas e objetivos se direcionam para a racionalização e otimização do dinheiro público.

O protocolo de intenções⁸⁷, desenho obrigacional preliminar no qual as unidades interessadas definem a conjugação de esforços e a repartição das respectivas parcelas contributivas com intuito de materializar um pacto cooperativo de interesse comum, é a uma das mais extensas exemplificações do consenso enquanto elemento de triangulação das diversas vontades enquadradas na gestão de uma sociedade complexa⁸⁸.

Esse prévio elo conectivo, após ratificação legislativa dos entes interligados, se convola no pacto consorciado⁸⁹, aperfeiçoado sob os termos do contrato de programa e de rateio. Essa duas subespécies de ajustes são também caracterizadas pela essência consensual.

O contrato de programa⁹⁰ reitera as obrigações assumidas por cada um dos participantes, as quais devem ser observadas durante o processo de gestão associada, e as sanções concernentes ao inadimplemento. Já nas tratativas de rateio⁹¹ são consignados os suportes financeiros e as regras de natureza econômica, onde as partes acordam sobre a alocação dos riscos atinentes ao negócio. Vale salientar que incumbe aos pactuantes reformar anualmente, conforme seus respectivos exercícios financeiros e vigência das dotações orçamentárias, a disposição relativa à matéria supramencionada.

Também nessa modalidade negocial, no que toca à presença em si do risco como elemento do ajuste, e aos mecanismos de solução, tem-se um afastamento da equação tradicional descrita no subitem 2.2. Primeiro, pelo aspecto mais óbvio: em se cuidando de ajuste entre entidades públicas, e ajuste multilateral, a lógica da álea ordinária cabendo ao contratado, e extraordinária ao contratante, não tem aplicabilidade prática possível; a suposta dualidade entre o defensor do interesse coletivo e o ator privado dedicado à obtenção do lucro e vantagem não se põe. De

⁸⁷ Ver art. 3º e seguintes, da Lei nº 11.107/2005; e art. 4º, do Decreto nº 6.017/2007.

⁸⁸ Segundo Carvalho Filho (2013, p. 72), a natureza jurídica do protocolo de intenções “é a de acordo plurilateral prévio, com vista à celebração do contrato de consórcio. Não tem natureza contratual típica, eis que os interesses são paralelos e comuns, e não antagônicos, como ocorre nos contratos. Por outro lado, o ajuste tem inegável caráter cooperativo, exatamente porque os pactuantes alvejam objetivos comuns”. Ver art. 2º, III, do Decreto nº 6.017/2007.

⁸⁹ O contrato de consórcio estabelece basicamente o *modus faciendi* (cláusulas de execução) para que metas e objetivos sejam alcançados.

⁹⁰ Ver art. 13, da Lei nº 11.107/2005; e art. 30, do Decreto nº 6.017/2007.

⁹¹ Ver art.8º caput e parágrafos, da Lei nº 11.107/2005; e art. 2º, VII, do Decreto nº 6.017/2007.

outro lado, inequivocamente o próprio reforço da arquitetura jurídica do ajuste de vontades entre entes públicos – desdobrado nos três instrumentos acima indicados – evidencia um esforço no sentido da mitigação das incertezas inerentes ao modelo anteriormente aplicado a esse tipo de conjugação de ações, a saber, os convênios.

Todos esses contornos fundados na lógica da consensualidade demonstram grande evolução do comando imperialista para a ação conjunta, transportada de forma eficaz, compartilhada e transparente, não só pelo Estado, mas também pelos setores empresarial e sociedade civil, com objetivo de resolver problemas de ordem social e conferir um desenvolvimento sustentável para gerações presente e futura.

Em que pese às manifestações acima indicadas de ingresso do vetor risco na formatação dos contratos administrativos e na sua respectiva modelagem jurídica, inequivocamente a matéria veio à luz com a aprovação da Lei 11.079/04, disciplinadora das parcerias público-privadas, onde não se reconheceu o risco como vetor inerente ao desenvolvimento de determinadas atividades, como se preceituou a possibilidade dessa mesma álea ser objetivamente partilhada entre parceiro privado e Administração Pública, afastando-se definitivamente do modelo tradicional de alocação a partir do caráter ordinário ou extraordinário, para remeter esse importante fator de sucesso da contratação ao campo da consensualidade.

2.5.4 AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Com a finalidade de promover melhor e maior infraestrutura estatal, o governo brasileiro procurou colocar em prática medidas que sanassem problemas relacionados à qualidade, ao custo e à distribuição dos riscos na prestação do serviço público⁹². Para isso, seria preciso criar um formato contratual que estimulasse a iniciativa privada a assumir parcela do compromisso com os cidadãos para prover o atendimento de determinadas demandas⁹³.

⁹² Segundo Oliveira, Marcatto e Scazufca (2013, p. 16), a infraestrutura é um dos principais entraves ao crescimento brasileiro.

⁹³ A intenção do Governo brasileiro era promover um ambiente flexível de contratação para que projetos de infraestrutura pública fossem implementados através do capital privado e, além disso, primava-se pela garantia da auto-sustentabilidade financeira dos empreendimentos de grande porte. Nesse sentido, a Administração passaria a subsidiar determinados intentos que fossem inviáveis economicamente ao concessionário pelos simples recolhimento de tarifas, bem como a amortização de investimentos destinados a serviços prestados ao Estado (RIBEIRO; PRADO, 2010, pp. 31-32).

Havia por trás dessa proposta a preocupação com a competitividade no comércio internacional, tal como com a atração de investimentos para o país. Apesar da pesada carga tributária, os suportes mínimos para alavancar o desenvolvimento social e econômico esbarravam numa gestão do dinheiro público que por longo tempo, não se concentrou em infraestrutura e outros vetores indispensáveis a esse resultado⁹⁴. A não reversão dessas verbas, ou, muitas vezes, a inadequada alocação dos recursos arrecadados, agregada ao incremento da demanda e incapacidade de supri-la resultou na completa ineficiência da Administração na condução dos serviços por ela prestados (PINHEIRO, 2013, p. 104-105).

A cooperação exercida pelas “OSs”, “OSCIPs” e outras organizações não-governamentais foi reconhecida como fonte para redução do problema, porém sem grandes efeitos quanto aos galopes econômicos. E é razoável que assim seja, já que não se pretendia, com a experiência das parcerias com o Terceiro Setor, substituir agentes econômicos, mas materializar a já referida “publicização” das atividades qualificadas como públicas não-estatais. Da mesma forma, a gestão consorciada, delineada pelos contratos de rateio e de programa, destinava-se à construção de laços de cooperação recíproca entre entidades estatais – restando ainda se alternativa de formatação jurídica a captação do interesse de atores privados para a materialização de atividades muitas vezes revestidas de expertise não detida pela Administração Pública, e cujo cenário de sustentabilidade econômica revelava-se ainda incerto. Se para os serviços públicos revestidos de viabilidade econômica a partir da cobrança de tarifa de seus usuários se tinha a fórmula do tradicional contrato de concessão, disciplinado pela Lei 8987/95; aqueles em que as contingências se apresentavam de maneira mais intensa não encontravam no universo normatizado, instrumento jurídico que permitisse a

⁹⁴ Destaca Pinheiro (2013, p. 111) que “o Brasil investe pouco em infraestrutura, apresentando um hiato de 2% a 3% do PIB em investimentos nessa área, em comparação a um padrão ideal para um país que deseja crescer rápido e de forma competitiva. É comum associar essa situação à necessidade de disciplina fiscal. De fato, até o início dos anos 1980, a taxa de investimento em infraestrutura era de 5% do PIB e, nos anos seguintes, caiu devido à pressão para conter o gasto público. Não só era mais fácil segurar investimentos do que gastos correntes, como políticas de combate à inflação semicongelaram as tarifas, comprometendo as receitas das empresas estatais, enquanto suas despesas financeiras explodiam pelo impacto da desvalorização cambial sobre o serviço de sua dívida, majoritariamente indexada ao dólar.”

constituição de relações de longo prazo e que viabilizassem a conjugação de esforços entre Administração e parceiro privado⁹⁵.

Assim, surgiu a Parceria Público-Privada (PPP), espécie contratual análoga às concessões, destinadas a empreendimentos de grande vulto, cujo objetivo consistiria em atrair o setor privado (nacional e estrangeiro) para investimentos em projetos de aporte financeiro exorbitante⁹⁶ (ALVES *et al.*, 2013, p. 200).

No contexto nacional, a referida matriz foi normatizada pela Lei 11.079 de 30 de janeiro de 2004, passando a incidir inclusive nas esferas municipal e distrital (SUNDFELD, 2011, p. 18). O referido diploma trouxe duas espécies distintas de parcerias: a patrocinada e a administrativa. Entretanto, a fim de melhor atender o escopo do trabalho, focaremos na análise do primeiro formato contratual. Essa modalidade de ajuste já vinha sendo utilizada no âmbito estadual, a exemplo dos estados de Minas Gerais e São Paulo, com apoio nas Leis nº 14.868/2003 e 11.688/2004, respectivamente. Foi a edição da norma de caráter federal e nacional, todavia, que tematizou a possibilidade jurídica e os limites em que se poderiam estabelecer relações de parceria patrocinada, ou seja, aquela em que a Administração Pública concorre formalmente para o financiamento das atividades, e em decorrência disso, partilha riscos com seu *partner* privado.

Sua origem se fundou no sistema de PFI⁹⁷ (*Private Finance Initiative*) anunciado pelo então chanceler, Norman Lamont, que em declaração de outono de 1992⁹⁸, firmara compromisso com conservadores britânicos em alargar os escopo

⁹⁵ A tamanha responsabilidade do Estado demandava constante mudança na maneira de gerir a máquina administrativa. Dessa forma, Rivero (1990, p. 31) afirmou que “a Administração não se limita a gerir o presente: a ela compete preparar o futuro. Esta atitude prospectiva exige instrumentos novos planos de desenvolvimento, de urbanismo, diretivas, etc. – e põe em questão um grande número de soluções adquiridas”.

⁹⁶ A PPP é uma espécie de concessão cujo objetivo principal é incentivar o investimento do capital privado em empreendimentos públicos, voltados para o setor de infraestruturas e prestação de serviços, com intuito de suprir a falta de recursos estatais no curto prazo (LIMA; PAULA; PAULA, p. 71-73, 2006).

⁹⁷ A PFI instituída como modelo de parceria público-privado (PPP) composto por um programa de compras públicas, onde o setor público adquiriria itens por intermédio do capital privado para ampliar as estruturas de prestação do serviço (HOUSE OF COMMONS, 2001, p. 10).

⁹⁸ Assim fora a declaração de Norman Lamont: “Estou em condições de anunciar três avanços significativos. No passado, o Governo estava preparado para dar o sinal verde a projetos somente depois de compará-los com projetos similares no setor público. Isso acontecia independentemente de o projeto ser ou não de fato levado a cabo no setor público. Decidi abandonar essa regra. No futuro, qualquer projeto financiado privativamente que possa ser operacionalizado de modo lucrativo terá autorização para ser implementado. Em segundo lugar, no passado o Governo muito frequentemente tratou projetos apresentados a ele como inteiramente privados ou inteiramente públicos. No futuro, o Governo vai, ativamente, estimular empreendimentos conjuntos (*joint ventures*) com o setor privado quando estes envolverem uma sensível transferência de risco para o setor privado (...). Em terceiro

do financiamento de projetos intensivos em capital⁹⁹ (Allen, 2001, p.10). No Brasil, essa modelagem ganhou força durante o governo Lula, momento em que já se havia colocando em prática outros pacotes de parcerias¹⁰⁰ (idealizados pela Reforma Administrativa), os quais não eram equiparavam às PPPs¹⁰¹ (*stricto sensu*) (GUIMARÃES, 2012, pp. 44-45).

A inserção desse tipo contratual na esfera da gestão pública garantiria a Administração à possibilidade de estender a oferta de serviços sem sobrecarregar o orçamento. Da mesma forma, a política fiscal estaria salvaguardada e não haveria comprometimento do caixa estatal com empréstimos destinados a realização de grandes obras. Ainda sim, a habilidade e a capacidade do parceiro privado de melhor gerir empreitadas e serviços, em determinadas áreas, permitiriam uma execução mais ágil e eficiente (FERNANDEZ; CARRARO, 2011, p. 04).

Um dos pontos de grande deferência estaria na definição consensual quanto ao compartilhamento dos riscos, questão que veio consignada no art. 4º, VI, da Lei 11.079/04, reforçando ainda mais a materialização do diálogo na esfera administrativa. Essa abertura, repousada sobre a democracia deliberativa, fixou um referencial para mitigação das ameaças e incertezas onipresentes no ambiente dos contratos públicos. Consequentemente, a referida norma exprimiu o propósito de

lugar, vamos permitir a utilização mais intensa do leasing quando este assegurar bom emprego de recursos (*good value for money*). Desde que se possa comprovar que o risco fique sempre com o setor privado, organizações públicas estarão autorizadas a celebrar esses contratos, sendo que os pagamentos pelo *lease* contarão como gasto, sem que haja cortes no orçamento” (HOUSE OF COMMONS, 2001, p. 14).

⁹⁹ Vale aqui fazer menção às PPPs (*Public-Private Partnerships*) do Reino Unido que, dotadas de características distintas em relação ao perfil brasileiro, se desenvolveram num contexto de duas décadas de procura pelo mercado de serviços públicos. O assentamento dessa demanda foi feito através de uma combinação da desregulamentação ou liberalização, privatização e subcontratação. Esse formato abarcou, praticamente, todo e qualquer tipo de colaboração entre os setores público e privado. Por outro lado, as PFIs se apresentaram como uma mera espécie do gênero (DAVIES; FAIRBROTHER, 2003, p. 04).

¹⁰⁰ Quando da sanção da Lei nº 8.987/95 já existiam um reclame pela integração público-privada, conforme evidenciado no discurso do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso: “A economia do País já está madura o suficiente para que se possa convocar a iniciativa privada nessa responsabilidade de financiamento do desenvolvimento. Reitero: a transformação deste país, depois da Segunda Grande Guerra, com a ação muito decidida do Estado e com a poupança nacional feita através de mecanismos de impostos e de contribuições, que permitiu um grande salto em nossa infraestrutura, hoje está estagnada pela falta de poupança pública. E a única alternativa viável é o apelo à poupança privada” (CARDOSO, 1995).

¹⁰¹ A espécie de PPP eleita pelo ordenamento jurídico brasileiro distanciou-se das *public-private partnerships* (modelo inglês), que incluíram na sua modelagem “as sociedades de economia mista; a associação entre empresas estatais e empresas privadas (*joint ventures*); a simples privatização (*devestitures or asset sales*) de bens públicos”, entre outras (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 27).

transformar esse universo obscuro e arriscado em uma órbita transparente e vantajosa para todas as partes, tal como para a coletividade¹⁰².

Percebe-se que Estado reduziu o campo discricionário para exercício das suas prerrogativas, levando em conta a necessidade de manter incólume a continuidade do serviço público e a imposição legal quanto à descrição preliminar dos poderes atinentes à alteração unilateral da avença¹⁰³. Esses fatores expuseram uma maior proximidade dos contratos administrativos (especificamente, em relação às concessões e permissões) com os pactos de natureza privada (ZANCHIM, 2012, p. 78).

O afastamento do regime jurídico exorbitante foi evidenciado com a inscrição de cláusula expressa autorizadora da transferência aos particulares, de riscos que antes estavam retidos no campo da responsabilidade da Administração, assim como a possibilidade do empresariado assumir áleas antes atribuídas, exclusivamente, ao Poder Público¹⁰⁴. Em verdade, a lógica que preside a Lei 11.079/04 é a de que os riscos devam ser objetivamente partilhados, conforme a aptidão de cada qual das partes de bem manejá-los, mitigando a chance de qualquer intercorrência que possa repercutir negativamente na execução contratual. Não se está mais no terreno de uma predeterminação subjetiva, mas sob a inspiração de que a cada parceira deva caber o risco sobre o qual tem maior capacidade de intervenção/prevenção,

¹⁰² Vale destacar que essa transição tem a perspectiva de concretizar ainda mais o interesse público. Assim, merece acento o enfoque dado por Hill (2006, p. 36-37) quanto aos aspectos da gestão dos riscos: “A incerteza em torno de eventos e resultados futuros [...], expressão da probabilidade e do impacto de um evento que pode influenciar a consecução dos objetivos de uma organização [...] Risco, portanto, é a probabilidade de que um evento, seja ele bom ou mau, ocorra no futuro [...] enfocamos o aspecto negativo do risco, mas é importante lembrar que o risco inclui tanto eventos positivos como negativos [...] A gestão de riscos frequentemente exige meios-termos. Ações e inovações que podem gerar benefícios devem ser equilibradas contra seus possíveis custos. Muitos dos riscos enfrentados na sociedade moderna resultam de benefícios gerados pela inovação social e tecnológica. A gestão de riscos reflete o desejo de melhorarmos processos decisórios em condições de incerteza, visando maximizar benefícios e minimizar custos. No setor público, uma grande preocupação em relação à gestão de riscos é o nosso dever de cuidar do público – os riscos sempre devem ser administrados, acima de tudo, com o interesse público em vista”.

¹⁰³ O art. 18, da Lei nº 8.987/95 já previa a determinação da inclusão de cláusula contratual especificando “os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação às alterações e expressões a serem realizadas no futuro para garantir a continuidade do serviço público”.

¹⁰⁴ A modelagem de distribuição dos riscos denotaria o regime de pagamentos ao parceiro privado. Assim, a entrega dos valores correspondentes à disposição do serviço consistiria na transferência dos riscos da disponibilidade. Por outro lado, o pagamento antecipado, com valor determinado, revelaria a transmissão das probabilidades indesejadas quanto à construção. Por fim, havendo remuneração proporcional à utilização da obra, estaríamos diante da alocação de contingências decorrentes da demanda (UNITED KINGDOM. HM Treasury, 1997, p. 03).

A Lei de PPP trouxera uma espécie *sui generis* de concessão patrocinada, já que estabelecera exigências distintas das entabuladas na Lei das Concessões. Apesar do custeio se dar por intermédio de aporte do governo, bem como pela cobrança de tarifa dos usuários, o emprego dessa modalidade de parceria ficaria condicionada aos mínimos atinentes ao valor (vinte milhões de reais) e ao prazo de vigência (cinco anos), além de não admitir como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (ARAGÃO, 2005, p. 06).

Com essa reengenharia, a Administração Pública aprimorou sua metodologia de gestão para fortalecer as bases estatais e dar um salto em direção ao desenvolvimento econômico e social. A horizontalidade das relações público-privadas permitiu que riscos, antes endereçados ao Estado, passassem a ser compartilhados com parceiros privados, desonerando assim o orçamento público. Ademais, vantagens como: expressivo número de competidores e ofertas de baixo custo durante o processo licitatório; permissibilidade de mensuração dos níveis de qualidade; possibilidade de financiamento por meio da iniciativa privada para construção e manutenção de novas estruturas públicas; e redução da desconfiança dos investidores, deram tangibilidade ao princípio da eficiência administrativa (BRANDÃO; SARAIVA, 2007, p. 1042). Dessa forma, o atendimento aos diversos interesses englobados na seara contratual, bem como a sustentabilidade financeira e a transparência das decisões saíram do plano retórico e passaram para o prático (VALLE, 2005, p. 58).

Se de um lado a consagração de um instrumento jurídico específico em que o risco como vetor integrante da atividade contratada se apresenta como possibilidade expressa se afigura como verdadeira resposta a uma necessidade claramente evidenciada pelo mercado e pela prática administrativa; de outro lado, a inovação vem a tematizar uma relevante questão para o administrador público: como eleger, dentre um universo agora relativamente diversificado de opções, qual o modelo contratual e ser aplicado, e por via de consequência, qual seja o regime para o tratamento do risco?

A disciplina de cada qual dos instrumentos relatados no presente Capítulo evidencia que, ainda que se tenha uma área de certeza negativa no que toca à sua aplicabilidade – não se pode celebrar, por exemplo, um consórcio público com um

particular –; resta ainda em muitas hipóteses, uma vasta zona cinzenta de incerteza, onde um mesmo serviço admitirá a sua execução, ao menos em tese, por intermédio de vários e distintos instrumentos.

Essa opção, pela modalidade adequada de execução de uma determinada atividade pode guardar evidentes implicações com o princípio da impessoalidade – essa, aliás, é uma imputação que frequentemente se faz quando se constata algum desvio ou irregularidade nas contratações empreendidas pela Administração Pública. Para contornar os riscos de malferimento à igualdade, o critério principiológico indicado igualmente pela Constituição, em seu art. 37, caput, é aquele da eficiência – e a esse tema se dedicará o próximo Capítulo.

Capítulo 3

3. EFICIÊNCIA ENQUANTO VETOR DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: BREVE PERCURSO HISTÓRICO

A tendência à transformação do processo verticalizado de tomada de decisão do Estado em um mecanismo procedimental orientado por escolhas advindas do diálogo aberto e democrático noticiada no Capítulo 1 propiciou um ambiente político cooperativo, que incorpora forças e agentes da sociedade na trilha do atendimento ao interesse coletivo. Dessa forma, os pilares estatais foram revigorados, tornando o cenário econômico e social favorável ao desenvolvimento.

O rearranjo da modelagem dos riscos no plano dos contratos administrativos apresenta-se como um mecanismo possível de estímulo e intensificação do investimento de capital privado, nacional e estrangeiro, nos setores de infraestrutura, bens e serviços geridos anteriormente pelo Poder estatal¹⁰⁵. Esse progresso pode trazer como consequência a redução da desconfiança do mercado e o abatimento de gastos impactantes sobre os cofres públicos, além da agregação de *expertise* em áreas de atuação que não se apresentam como aquelas típicas da Administração. No entanto – e essa foi a antecipação que fechou o Capítulo anterior – a multiplicação de formas possíveis de conjugação de esforços entre Administração Pública e parceiros da sociedade civil organizada ou do mercado suscitava a questão relacionada aos critérios orientadores da escolha em favor de uma ou outra modalidade negocial. A concorrência de valores a serem tutelados numa fórmula que convoca o Terceiro Setor a uma atuação republicana; ou daqueles que recomendam uma relação de parceiro com um *expert* do mercado que pode assegurar a melhor solução técnica é uma decisão complexa, que envolve muitas vezes a comparação de grandezas distintas.

¹⁰⁵ O tempo de aplicação do modelo das parcerias público-privadas (por exemplo), não permite ainda afirmar com sólida base empírica, que estes efeitos desejados se tenham efetivamente concretizado. De outro lado, tampouco se tem qualquer base para excluir os referidos *outcomes* benéficos como possibilidade, de modo que essa segue sendo a projeção.

Nesse contexto, o ideário da eficiência se apresenta como um critério racional possível a orientar esta escolha estratégica. Essa mesma opção, todavia, não se revela desprovida de dificuldades, já que o atributo eficiência é por si só, uma cláusula aberta, que não só admite variações em seu sentido, mas que também tem a sua aferição condicionada pelo resultado que se deseja alcançar. A par disso, numa perspectiva histórica, esse mesmo princípio posto formalmente à Administração Pública a partir da Emenda Constitucional nº 19, sofreu igualmente mudanças no seu conteúdo, como se passará a demonstrar.

3.1 PERSPECTIVA EVOLUTIVA DA NORMATIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA COMO ATRIBUTO DA AÇÃO ESTATAL

No Brasil, a eficiência ganhou relevo político com as propostas do governo Vargas, na década de 1930¹⁰⁶, nas quais se pretendia reestruturar as bases governamentais, dissolvendo o modelo oligárquico. Através dessas mudanças, buscava-se desonerar a máquina administrativa, conter as práticas abusivas e readequar o orçamento, por intermédio de ações inspiradas na teoria burocrática de Max Weber, porém, com características próximas aos ideais taylorista e fayoliana¹⁰⁷. Os pilares desse novo Estado estavam fundados no trinômio “material-pessoal-recursos financeiros” que, em 1940, adquiriu caráter normativo através do decreto-lei que definia as regras orçamentárias. Os pensamentos estavam voltados para uma administração pública padronizada, prescritiva, controlada e intervencionista (LIMA JUNIOR, 1998, p. 06). O crescimento da indústria, as novas funções do Poder

¹⁰⁶ De acordo com Marcelino (2003, p. 643), a inauguração do processo de reforma, dessa primeira fase, se deu, mais precisamente, em 1937, indo até 1945, período em que o governo empenhou esforços para inovação e renovação do aparato governamental. Os principais objetivos eram: a implantação e simplificação de sistemas administrativos e das atividades de orçamento, bem como reformulação do sistema de pessoal, entabulados sob a influência das ideias weberianas.

¹⁰⁷ Segundo Valle (2010, p. 24) com apoio em Wahrlich (1974, p. 28), “as novas perspectivas guardam aproximação ao ideário taylorista/fayoliano/weberiano, com franca abertura à teoria da departamentalização e às propaladas benesses da administração científica. Especificamente, é claro o traço taylorista na valorização da administração científica, construída a partir do aprendizado originário da observação, comparação e teorização abstrata da atividade do trabalhador de linha. Nesse sentido, também merece relevo a tese de que, na administração pública é a gerência que se reserva a responsabilidade pela busca da melhor forma de desenvolvimento das tarefas, próprias a cada organização. Também aqui, decerto, se pode perceber evocações weberianas, na medida em que o tecnicismo e racionalidade passam a se apresentar como elementos legitimadores do desenvolvimento da função administrativa.”

Público e a necessidade de requalificação dos agentes geraram a crise desse modelo. Apesar dos esforços empregados, as propostas varguistas não obtiveram adesão do parlamento (VALLE, 2010, p. 21-23).

Após o período de governos interinos (Café Filho - 1954 a 1955, Carlos Luz – 1955 e Nereu Ramos – 1955 a 1956), com a eleição de Juscelino Kubitschek, foram retomadas as ideias reformistas com a criação da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA) e Comissão da Simplificação Burocrática, tendo como propósito unir esforços para implementação de um Plano de metas. A corrida para o desenvolvimento acelerado, movida pelo lema “transformar 50 anos em 5”, demandou a descentralização de determinadas atividades no tocante às políticas públicas, a fim de se estabelecer funções especializadas. Juntamente com essas medidas, foi criado o Conselho de Desenvolvimento, subordinado à Presidência da República, compostos por executivos fora dos quadros da Administração Pública Direta que seriam responsáveis pela gestão das autarquias, sociedades de economia mista e outras entidades, as quais configurariam pessoas jurídicas autônomas em extensão às forças gestoras do Estado, ou como. Entretanto, apesar desses desdobramentos ainda restavam problemas relacionados à falta de transparência nas decisões dos *experts*, meios de controlá-las e o risco de instabilidades (VALLE, 2010, pp. 30-31).

Após a renúncia de Jânio Quadros e término do governo provisório de Ranieri Mazzilli, João Goulart assumiu a Presidência da República (1961). Durante o seu mandato, em 1963, nomeou Amaral Peixoto ao cargo de Ministro-extraordinário para reforma administrativa. O novel agente ministerial dirigiu os trabalhos que deram origem a quatro projetos relevantes cujo objeto era a reorganização da administração federal (Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal e o projeto referente ao Conselho de Defesa do Sistema de Mérito) ¹⁰⁸. Após seguirem para o Congresso, no ano de 1964, não chegaram a tramitar nas Casas Legislativas (LIMA JUNIOR, 1998, p. 9-11).

Naquele mesmo ano, Castelo Branco tomava posse como Presidente e instituiu uma comissão especial (Comestra) cuja principal atribuição era preparar a

¹⁰⁸ A pretensão do governo voltada para modernização do aparelho estatal, principalmente a partir da década de 1960, resultou na proliferação de entidades da administração indireta como as fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias. Buscava-se através desses organismos maior agilidade e flexibilidade para melhor atendimento das demandas do Estado e da sociedade, bem como a facilitação de aporte de recursos e simplificação dos processos de recrutamento, seleção e remuneração de pessoal (MARCELINO, p. 644, 2003).

reforma administrativa, dirigida pelo então ministro-extraordinário Roberto Campos para o Planejamento e Coordenação. Nesse momento foram realizadas pesquisas e análises para inovações na estrutura administrativa, cujo resultado foi um anteprojeto que mais tarde se transformaria no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Finalmente, consagrava-se o princípio da eficiência no Direito Positivo brasileiro (LIMA JUNIOR, 1998, p. 13). Essa proposta de modernização dos processos administrativos, patrocinada pelo governo militar, fez surgir uma Administração Pública pautada sobre quatro sistemas estruturantes: planejamento e orçamento, finanças públicas, serviços gerais; e recursos humanos (CASTOR E JOSÉ, 1998, p. 102).

As disposições do referido ato normativo não foram percebidas concretamente, pois o modelo burocrático tradicional e desconcentrado estava fincado sobre o terreno da administração estatal¹⁰⁹. Os ideais de um longo e demorado processo evolutivo de reformas administrativas, motivado pela persecução da eficiência, ainda restava distante de acontecer (LIMA JUNIOR, 1998, p. 13-14).

Passado mais de uma década, no começo do governo Figueiredo (1979 a 1984), iniciou-se a busca pela desburocratização, cujos principais objetivos eram a racionalização do papelório, focada no atendimento aos usuários de serviços públicos e na desestatização. Essa duas frentes foram reguladas pelo Decreto nº 83.740, de julho de 1979¹¹⁰. Assim, foi instituído o Programa Nacional de Desburocratização que ensejou mais de 100 normas regulatórias num período de 03 anos (LIMA JUNIOR, 1998, p. 14). O então Ministro Extraordinário, Hélio Beltrão, designado para essa tarefa, tinha em mente facilitar a vida dos cidadãos e das empresas, com a proposta de acabar com o excesso de exigências documentais relacionadas às ações da Administração Pública, tais como licitações,

¹⁰⁹ De forma mais acertada, Marcelino (2003, p. 645), complementa, afirmando que, “ao contrário das tentativas anteriores de reforma administrativa, marcadas por um sentido de condução do processo e pelas tentativas de soluções globais, o Decreto-lei nº 200 constituiu-se mais um plano indicativo ou carta de intenções, estabelecendo conceitos e princípios, do que em uma determinística.”

¹¹⁰ Segundo Wahrlich (1984, p. 73), o Decreto nº 83. 740, de 18 de julho de 1979, que instituiu, o Programa Nacional de Desburocratização, numa primeira leitura, tinha por objetivo central “beneficiar, através da melhoria formal dos métodos de trabalho e da supressão de passos e exigências desnecessários, tanto clientes quanto servidores, poupando, conseqüentemente, o tempo, a energia e a paciência de ambas as partes.” A autora complementa, fazendo referência a obra de Beltrão (1984, p. 11-12), intitulada por “Descentralização e Liberdade”, com citação à parte do texto: “...O que se pretende é retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado.”

financiamentos de aquisição de casa própria, licenciamento anual de veículos etc. (CASTOR E JOSÉ, 1998, p. 104). Apesar desses festejados ideais, era evidente a incapacidade estrutural do Estado para colocar em prática aquele ambicioso plano (COSTA, 2003, p. 73-76). Os resultados dessa fase não passaram de pontuais melhoras á classe mais favorecida, comportando disparidades no atendimento dos reclames sociais (VALLE, 2010, p. 38).

Os incontáveis números de programas governamentais para reformar a máquina pública, até então, tinham por objetivo aumentar a eficiência, a eficácia, a sensibilidade da administração estatal e incrementar o sistema de livre empresa¹¹¹ (WAHRLICH, 1984, p. 73).

Nos dois anos seguintes à edição das propostas para minimização dos procedimentos burocráticos, foi instituído um novo processo de reforma, agora intitulado como Programa Nacional de Desestatização, regulamentado pelo Decreto nº 86.215, de 15 de julho de 1981. Através dessa norma foi atribuído aos Ministros da Secretaria de Planejamento, da Fazenda e Extraordinário para a Desburocratização, o encargo de dirigir, supervisionar e acelerar a marcha da transferência de controle, transformação ou desativação de empresas controladas pelo Governo Federal, observadas as diretrizes e critérios daquele ato normativo¹¹² (WAHRLICH, 1984, p. 78).

Com o esfacelamento do regime militar, o Estado brasileiro abriu passagem para a Nova República, proporcionando um cenário distinto do sistema opressor. A ocasião era propícia à propositura de uma reforma administrativa que logo ganhou expressão, mas agora com um conteúdo mais abrangente. Além de se buscar aquilo que, por vezes reiteradas, se pretendeu por décadas, as novas pretensões

¹¹¹ Para melhor compreender o programa de desestatização, no que tange ao fortalecimento do sistema livre de empresa, vale trazer os ensinamentos de Costa (2008, p. 854) que afirma serem os pressupostos daquele modelo: a) organização exploração das atividades econômicas competem, preferencialmente, à empresa privada, na forma estabelecida na Constituição brasileira. O papel do Estado, no campo econômico é de caráter suplementar, e visa, sobretudo, encorajar e apoiar o setor privado; b) o governo brasileiro está firmemente empenhado em promover a privatização das empresas estatais nos casos em que o controle público se tenha desnecessário ou injustificável; e c) a privatização das empresas estatais, porém, não deverá alcançar nem enfraquecer as entidades que devam ser mantidas sob controle público, seja por motivos de segurança nacional, seja porque tais empresas criem, efetivamente condições favoráveis ao desenvolvimento do próprio setor privado nacional, ou ainda, quando contribuem para assegurar o controle nacional do processo de desenvolvimento.

¹¹² As especificidades das atribuições dos respectivos Ministros, os critérios para transferência para o setor privado e/ou privatização, os princípios básicos para transferência de controle, as normas de funcionamentos da comissão especial que funcionava em apoio aos ministérios e os resultados decorrentes desse Programa foram detalhadas por Wahrlich (1984, p. 78-81).

reformistas envolviam: a) vigência efetiva do império da lei; b) desobstrução do Legislativo; c) aparelhamento da Justiça; d) reforma tributária; e e) descentralização. Existia ainda a vontade subsidiária para reforma agrária, saneamento da previdência, implantação do sistema único de saúde, erradicação do analfabetismo, reforma do ensino básico e desenvolvimento regional (COSTA, 2008, p. 855).

Numa primeira etapa, foi feita uma diminuta reforma, apenas com intuito de acomodar interesses dos partidos que agiram em apoio à eleição presidencial de Tancredo Neves. Os planos mais audazes iriam vir à baila tempos depois¹¹³. Devido ao falecimento de Tancredo, após ter se afastado por doença que lhe tinha agravado a saúde na véspera da posse, assumiu o cargo o vice-presidente em exercício, José Sarney. (COSTA, 2010, p. 108).

Nesse período, a consolidação da democracia era o tema de maior expressão na agenda política. O governo Sarney inaugurou um novo processo de reforma ao recriar o Ministério Extraordinário para Assuntos Administrativos, em 31 de julho de 1985, juntamente com a Comissão Geral do Plano de Reforma Administrativa, a qual passaria a ser composta por câmaras especializadas. Este órgão ganhou notoriedade, em razão dos estudos e das propostas para melhorias na Administração, nos quais tinham por base princípios como: a) racionalização das estruturas administrativas; b) política de recursos humanos; e c) contenção dos gastos públicos. Segundo Rezende (2004, p. 62-63), aquela comissão não inovou no sentido de melhoras na *performance* do sistema burocrático.

No ano seguinte seria criada a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (SEDAP), organismo governamental que teria a atribuição de suporte ao programa de reparo naquilo estivesse afete à área administrativa (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 15).

O que se pretendia com as recentes ideias reformadoras era a modernização da administração pública, tornando-a compatível com os modernos processos de gestão; a adequação do serviço público a padrões de eficiência que dessem suporte aos planos do governo; a eficiência na prestação de serviços públicos ao cidadão, conforme pronunciava o Ministro Aluísio Alves¹¹⁴. Essas

¹¹³ Esse momento inicial foi marcado pela criação de alguns ministérios e novos cargos de direção nas empresas estatais (COSTA, 2010, p. 108).

¹¹⁴ Segundo Lima Júnior (1998, p. 16), algumas medidas representaram avanços, apresentando efeito imediato: “o Decreto-lei no 2.300, de 21/11/86, extinguiu oito estatais — dentre elas o Banco Nacional da Habitação — e estabeleceu novas bases para o processo licitador. Ainda em novembro do mesmo

propostas passariam a fazer parte do Ato de Disposições transitórias da Constituição Federal de 1988¹¹⁵.

A novel Carta Cidadã, de 1988 ergueu o Estado Democrático de Direito – mas especialmente no que toca à Administração Pública e sua estrutura institucional, o texto nascia velho. Segundo Bresser Pereira (1998, p. 174-175), os princípios da Administração Pública descritos no texto constitucional reverberaram as orientações do século passado, as quais já haviam sido desautorizadas pela Reforma Desenvolvimentista de 1967. Com ênfase, Bresser Pereira (1998, p. 175) afirmava que tais disposições normativas coadunavam com uma gestão arcaica, burocrática, centralizada, hierárquica e rígida, cuja prioridade é voltada aos órgãos governamentais diretos¹¹⁶. Uma nação evoluída demandaria flexibilidade e descentralização efetiva dos organismos estatais, nos moldes do Decreto Lei nº 200/67, para se atingir a eficiência por intermédio de empresas e dos serviços sociais. Não obstante as propostas e providências narradas acima; fato é que não se tinha por ocasião dos trabalhos constituintes, uma ideia clara em relação a um modelo de Administração Pública que pudesse atender à nova República Federativa do Brasil. De outro lado, a presença significativa dos interesses do funcionalismo reforçava uma tendência de pouca mudança nesse segmento (do desenho institucional).

Apesar de exprimir o surgimento de uma nova era constitucional, com anteparos reforçados pelo espírito democrático, fruto de uma “transição acordada”, o Estado não seria capaz de implementar direitos fundamentais da noite para o dia, sem que, ao menos, houvesse uma estrutura administrativa amoldada sob os ideais do *welfare state*¹¹⁷. Diante disso, restariam às bases governamentais redefinir

ano, foram extintos 37 órgãos, em geral colegiados, nos vários ministérios, ou por que se tornaram supérfluos, ou por perda de funções (Marcelino, 1989). A elaboração do Cadastro Nacional do Pessoal Civil tornou-se, posteriormente, um importante instrumento de administração de pessoal, o Sistema Integrado de Administração de Pessoal (SIAPE). O Cadastro resultou do Decreto no 93.213, de 3/9/86”

¹¹⁵ “Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação.”

¹¹⁶ Resumidamente, Bresser Pereira (1998, p. 177) atribui o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 ao clientelismo que contaminou a Administração durante o período de transição. Paradoxalmente, a nova estrutura resultou na afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas, incompatíveis com o *ethos* do burocrata.

¹¹⁷ Conforme os ensinamentos de Valle (2010, p. 41), o modelo de Estado de Bem Estar Social surge para consagrar “um direito reputado fundamental (e, portanto, universalizado) à saúde, à educação, à cultura, ao salário mínimo, expressa um compromisso com a mudança, sujeito, todavia, aos desafios decorrentes da sua baixa densidade normativa, a exigir ulteriores esforços de garantia de efetividade

aspectos institucionais e readequar os procedimentos da Administração Pública, a fim de permitir a materialização das garantias catalogadas no núcleo do ordenamento jurídico (VALLE, 2010, p. 41-42). Entretanto, a “oxidação burocrática” que tomara as roldanas da máquina pública inviabilizavam movimentos capazes de deslocar em um só tempo, a eficiência, a eficácia e a efetividade.

No que toca expressamente a eficiência da Administração, o texto original da Carta de 1988 não trouxera dispositivo fazendo menção ao termo, todavia era plenamente possível exigir do Estado, assim como de seus delegados, desempenho condizente com expectativas do povo. Vale lembrar que a máquina do governo tinha por finalidade promover e assegurar os direitos fundamentais. Desse modo, todos os envolvidos na condução das atribuições estatais estariam sujeitos a controles alusivos ao atendimento das demandas sociais. O art. 70 da CRFB/88 já esboçara um viés da autossuficiência do Poder Público, uma vez que se buscava um enquadramento econômico pertinente aos ideais almejados pela nova ordem democrática. Conforme elucida Pereira Junior (1999, p. 41-42), o fato de haver ou não uma explicitação do agir eficiente, seria irrelevante para justificar as reclamações decorrentes da insatisfação de usuários de bens e serviços concedidos pelo governo. Ademais, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e economicidade, já agasalhavam a eficiência administrativa. Portanto, desnecessário seria grafar qualquer aclaração no nesse sentido¹¹⁸.

Mais uma vez não se concretizava maior parte das proposituras de uma reforma e o país, em 1988 e 1989, evidenciava uma política populista e patrimonialista, atrelada as alianças conservadoras do Congresso Nacional. Para Bresser Pereira (1998, p. 174), esse cenário corresponderia à “volta ao capital mercantil”. Segundo Rezende (2004, p. 63), esse cenário sofrera influência da ausência de conhecimento sobre a realidade da Administração Pública, assim como da dimensão do setor público.

No ano de 1990, tomou assento no Planalto o Presidente Fernando Collor, intitulado “o caçador de marajás”, que já vinha pensando um projeto para a

no mundo da vida”.

¹¹⁸ Considerando essas anotações, Pereira Junior (1999, p. 42) sustenta que “ser eficiente é dever elementar da administração estatal, em seu mister de cumprir encargos, desempenhar funções, exercitar competências, fazer funcionar, enfim, um conjunto de deveres-poderes que lhe comete a Sociedade por meio da Constituição e das leis, em prol das satisfação das necessidades públicas. Se o Estado é ineficiente, o problema não estará resolvido pela explicitação do dever de eficiência na Constituição.

reorganização da Administração Pública. Os custos do gigantismo do Estado demandavam reformas pelo mundo, fato que motivou as políticas de reajuste da máquina pública. As intervenções comandadas por Margaret Thatcher (Inglaterra) e Ronald Reagan (EUA) serviram de pano de fundo para o jovem governante adotar uma série de medidas no intuito de diminuir o tamanho e o escopo do setor público. Daí nasceu o Plano de Reconstrução Nacional que objetivava a desregulamentação de mercados, a privatização de empresas públicas e a abertura para o mercado internacional. Esse processo acabou por resultar numa proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 59), encaminhada ao Congresso por Collor, em 1991, com a finalidade de instituir o Regime Jurídico Único e regular as relações de trabalho no setor público. A falta de apoio e adesão à PEC fez com que, um ano depois, o seu próprio titular a removesse da apreciação do Legislativo. O pior estaria por vir, seria a hora derradeira daquela gestão, pois aquele que caçava “ladroes do dinheiro público” teria o nome gravado na mídia como principal articulador de um grande esquema de corrupção¹¹⁹. As redes de comunicação inflamaram a insatisfação popular e o trágico desfecho se deu com o *impeachment* (REZENDE, 2004, p. 63-64).

Os planos dessa gestão, não obstante os esforços maciços em reformar o setor público no Brasil, não continham uma proposta substantivamente estruturada, a qual pudesse conferir um mínimo de segurança à preservação da continuidade das atividades públicas e do atendimento ao interesse coletivo. As intervenções tópicas, pontuais, não revelariam aptidão de promover a modernização necessária aos setores burocráticos. O enorme desassossego pelos custos do serviço público e o amadorismo administrativo refletiram na ruína da “pseudoreforma” e resultaram num desconcerto das estruturas da Administração Pública¹²⁰ (ANDRADE *et al.*,

¹¹⁹ Merece destaque o diagnóstico feito por Bresser Pereira (1998, p. 178) em referência às reformas econômicas e do Estado do governo Collor: “É nesse governo que, afinal, ocorre a abertura comercial – a mais bem-sucedida e importante reforma que o país já conheceu desde o início da crise. É nele que a privatização ganha novo impulso.” O auto já evidenciava, nessa gestão, as preocupações gerenciais, ressaltando o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Setor Público, conduzidos por Dorothea Werneck e Antônio Maciel Netto.

¹²⁰ No estudo coordenado por Andrade (1993, p. 02) sete perguntas foram apresentadas, com intuito de se elaborar um diagnóstico da Administração Pública brasileira: “qual deve ser a função e o tamanho do Estado?”; “qual tipo de funcionário público de que necessita o aparelho administrativo?”; “de que forma está aparelhada hoje a administração pública federal tanto na sua dimensão organizacional como tecnológica”; “qual divisão de tarefas deve vigorar entre os três níveis federativos no âmbito político-administrativo”; “qual é o modo de relacionamento mais profícuo entre o governo e a burocracia”; “qual a melhor maneira de se democratizar a relação entre governo, administração pública e sociedade”; “qual escopo possível de reforma”.

1993, p. 02). Vale ressaltar que o ponto crucial do problema não estava na ampla atribuição estatal, mas sim na incapacidade de se atingir resultados satisfatórios frente aos anseios sociais e econômicos, ou seja, os déficits de eficiência acorrentavam o desenvolvimento do país (COSTA, 2010, p. 179).

Em meio a uma crise econômica, momento em que a inflação chegava a elevados percentuais, Itamar Franco assumiu a Presidência da República no dia 02 de outubro de 1992, em razão da submissão de Collor de Mello ao processo de *impeachment*. Sua gestão se prolongou até janeiro de 1995 sem que houvesse expressivas reformas, restando apenas a criação de algumas entidades como: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); a Agência Espacial Brasileira; o Departamento Nacional da Produção Mineral; e a Secretaria Federal de Controle (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 17). Os perigos do patrimonialismo exacerbado e da corrupção deliberada, além de exigir a instituição desses organismos, resultou também na edição da Lei nº 8.666/93 que, diga-se de passagem, não impediu as “peripécias” dos gestores públicos.

Nesse último governo, o que se pode extrair de legado foi o interessante estudo, coordenado por Andrade (1993, p. 03), junto ao Centro de Estudos e Cultura Contemporânea, através do qual se chegou ao diagnóstico das inconsistências reformistas já transitadas no Brasil. Este trabalho também teve o condão de propor providências consubstanciadas na eficiência administrativa, tais como: a) redefinição dos papéis da União e dos demais entes federativos, restando aquela o planejamento, a coordenação e controle das políticas públicas, conforme o “federalismo de execução” alemão; b) conjugação das práticas de tributação e repasse com critérios de responsabilidade fiscal; c) novas formas de organização e cooperação entre estados e municípios, apoiadas nas experiências de consórcios entre unidades subnacionais italiana. As propostas não ficaram imunes às críticas de Bresser Pereira (1998, p. 181) que, de pronto, disparou as incoerências de caráter burocrático, afirmando que os objetivos ali almejados dependeriam da modernização da Administração Pública sob uma perspectiva gerencial, baseada em novos referenciais. Na concepção de Diniz (1998, p. 33), a crise de governabilidade que cercou o país no período de 1985 a 1995 teve relação direta com “o forte desequilíbrio entre dos poderes despótico e a infraestrutura do Estado”.

Novas estratégias de gestão já eram pensadas e a Administração Pública brasileira estava na iminência de passar por uma viragem, fato concretizado em 1995 por intermédio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), idealizado por Bresser Pereira. O teor desse documento perseguia a redefinição do papel do Estado, o qual estaria agora predestinado a promover o desenvolvimento econômico e social, deixando de lado a posição de responsável direto e se ocupado da tarefa de regulador¹²¹ (COSTA, 2010, p. 160). Além disso, se almejava a “descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas na área da prestação de serviços e de infraestrutura”. As pretensões do Ministro da Administração Federal vislumbravam a transposição da direção “burocrática, rígida e ineficiente”, centrada no controle interno para um proceder gerencial, flexível e eficiente, direcionado para a cidadania¹²² (BRASIL, 1995, p. 07). Tudo isso seria, em primeira dimensão, objeto do governo de Fernando Henrique Cardoso que assumira a Presidência da República naquele ano.

Aquilo que até então seria o plano de ação estratégica para elevar o Estado “paleontológico” ao patamar de “instituição gestora de políticas eficientes” dissipou-se. A Emenda Constitucional nº 19/98 expressou prioritariamente¹²³ questões ligadas aos servidores e agentes estatais, destituiu o regime jurídico único e realçou o princípio da eficiência (COSTA, 2010, p. 172). Não obstante a intencionalidade de ampliar a qualidade do atendimento às crescentes demandas da Administração, poucas mudanças foram evidenciadas na prática. Consoante à opinião de Cunha e

¹²¹ O PDRAE estabeleceu como objetivos globais os seguintes: a) Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando à ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos; b) Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada; c) Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União; d) Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União (BRASIL, 1995, p. 45).

¹²² As recomendações agora seriam no sentido de “reorganizar as estruturas da administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público”, bem como “investir na profissionalização do servidor, visando salários mais justos para todas as funções” (BRASIL, 1995, 07).

¹²³ Deve-se atentar para fato do constituinte reformador ter incluído disposição consoante aos direitos dos usuários de serviços públicos (art. 37, § 3º, da CRFB/88), tal como introduziu o denominado “contrato de gestão” (art. 37, §º, da CRFB/88). Quanto a primeira descrição, é certo que a leis nº 8.078/90 e 8.987/95 já traziam um conjunto de garantias aos clientes do Poder Público, todavia os resultados não teriam sido satisfatório ao interesse público. Já em relação ao segundo registro, não obstante expressa menção na Lei nº 9.649/98, a doutrina entendera por um instrumento de natureza “esdrúxula”, pois a intenção teria sido terceirizar a administração gerencial, orçamentária e financeira que se mostrara ineficiente (CARVALHO FILHO, 2013, p. 458). Tal instrumental mal aplicado seria capaz de gerar uma crise de legitimidade.

Ruiz (2008, p. 480), isso se assentaria na “falta de firmeza de atuação e cobrança de resultados por parte dos gestores públicos, pela ausência de comprometimento de parcela dos servidores, por uma tímida participação da população”. Os objetivos traçados por Bresser Pereira foram salvaguardados por atos normativos infraconstitucionais que visavam uma gestão flexibilizada, “publicização” das atividades não exclusivas dos órgãos diretos, privatização das empresas estatais e regulação setorial. A primeira perspectiva foi operacionalizada com a criação das agências executivas¹²⁴ (Lei nº 9.649/98, Decretos nº 2.487 e nº 2.488, ambos de 2 de fevereiro de 1998), porém sem avanços substanciais, devido os influxos do RJU, das Leis nº 8.666/93 e 4.320/64 (Código de Execução de Despesas Públicas). O segundo propósito era condizente com uma realidade envolvida pelo fenômeno da globalização, fato que conduziria a exigência de eficiência e produtividade e, paralelamente, fazendo com que as demandas postas à Administração envolvendo atividades qualificadas como públicas não estatais fossem redirecionada às organizações não governamentais integrantes do chamado Terceiro Setor. Tais iniciativas foram examinadas no Capítulo 2, subitens 2.4 e 2.5 acima. .

Não obstante no caso específico da Reforma Administrativa se tivesse um conjunto de iniciativas estruturadas por uma proposta técnica mais global, muitas das recomendações não prosperam em razão do receio da área econômica alusivo à elevação de gastos (ainda que inicial) inerentes à ampliação da autonomia. Ademais, as hesitações tocantes ao novo modelo de gestão se voltavam para as complexidades, incertezas e resultados imprevisíveis¹²⁵.

A terceira ordem de iniciativas relacionadas a esse movimento reformista consistiu na constrição da presença do Poder Público como executor direto de atividade econômica, sob o argumento da necessidade de ajuste fiscal e, recuperação da capacidade de investimento e gerenciamento da máquina administrativa, surgindo assim o Programa Nacional de Desestatização¹²⁶ (Lei nº

¹²⁴ Ensina Costa (2010, P. 178) que “esse novo estatuto permitiria às autarquias e fundações recuperar autonomia operacional desejada quando se sua instituição e que lhes foi paulatinamente retirada...”

¹²⁵ Numa perspectiva comparativa, Rezende (2002, p. 52) salienta que já se experimentara desarranjos fiscais inerentes às propostas de descentralização, portanto instâncias governamentais prezavam pelo modelo burocrático e controlador. Dessa maneira, projetos de reformas afinados à elevação da performance da Administração eram inibidas devido a demanda por pressupostos como: “autonomia, responsabilidade e redução dos controles tradicionais”.

¹²⁶ O primeiro diploma legal a dispor sobre o Programa Nacional de Desestatização foi a Lei nº 8.031/90, cuja vigência foi inaugurada no governo Collor. Posteriormente a referida norma foi

9.491/97) que privilegiou mudanças na ordem econômica e conferiu um moderno papel ao Estado. Apesar de otimista, esta alternativa apresentou incoerências logo percebidas¹²⁷: a) transação de compra e venda de baixo custo para os compradores e inexpressivo retorno financeiro para o cofre público; e b) falta de transparência no procedimento de alienação.

O quarto direcionamento – verdadeira medida complementar ao amplo programa de desestatização – apontaria para a criação de instituições autônomas e independentes, responsáveis por fiscalizar determinados setores do serviço público ou da atividade econômica, dotados de poder de polícia (Leis nº 9.427/98, 9.472/97, 9.478/97, 9.782/99, 9.961/00, 9.984/00, 10.233/01, 11.182/05 e MP nº 2.228/01) (COSTA, 2010, p.178-203). Assim, ainda que se tivesse operado a saída do Estado de setores em que a sua presença como executor direto não se coadunava com a opção pelo seu papel de agente subsidiário da atividade econômica (art. 173, *caput* CF); fato é que seus deveres de proteção aos princípios regedores da ordem econômica (art. 170 CF) exigiam ainda uma atuação supervisora e fiscalizadora, que se pretendia fosse desenvolvida por esse novo modelo institucional.

Os governos subsequentes não conseguiram obter grandes resultados, apesar dos esforços voltados para uma gestão planejada com título de “Gestão Pública para um Brasil de Todos” (BRASIL, 2003, p. 12-13) que objetivava a onipresença do Estado na resolução das desigualdades e na promoção do desenvolvimento, foco no cidadão e integração desse plano com as demais pretensões governamentais. A ausência de efetivos mecanismos de participação popular gerou incoerências entre as propostas políticas e o agir administrativo (VALLE, 2010, p. 65). Por trás das motivações da Era Lula havia a ideologia de se instaurar uma Administração “societal”, cunhada pela democracia participativa e deliberativa, onde o indivíduo teria voz nas plenárias e seria ator fundamental no processo decisório de políticas públicas. Isso não passou de mera utopia, pois os gestores permaneceram com poder centralizado e as decisões continuaram sendo manipuladas por interesses econômicos de pequenos grupos. É de se ter em conta que alguns fóruns, conselhos e processo decisórios seguiram naquela linha, porém sem resultados expressivos no que tange a eficiência (PAULA, 2005, P. 153-170).

revogada pela Lei nº 9.491/97 promulgada pelo Presidente, à época, Fernando Henrique.

¹²⁷ Nessa parte, Costa (2010, p. 194) ressalta que o retorno financeiro das alienações daquelas empresas estatais não correspondia ao déficit brasileiro. Os preços no período de crise foram bem reduzidos, resultado numa arrecadação inexpressiva para o cofre público.

Em síntese, a busca por uma Administração eficiente resvalou na colisão de interesses alusivos a grupos que pretendiam manter o *status quo* do Estado burocrático. Apesar de, originalmente, a CRFB/88 ter estabelecido uma dimensão de eficiência administrativa, ínsita nos artigos 70, 71, inciso VII, 74, §1º, 93, inciso X, 144, §1º e 175, a força normativa não produziu efeitos capazes de imprimir transformações imediatas. Isso porque, não havia uma pauta objetiva para funcionar como parâmetro de controle e apuração de desempenho.

No afã de alcançar melhor *performance*, o governo perseguia estratégias que levassem à racionalização dos gastos e, ao mesmo tempo, trouxessem resultados satisfatórios ao balanço final das legislaturas. A perspectiva dos planos reforma administrativa tivera como foco várias frentes, a exemplo da pretensão de reformulação do regime de pessoal, reestruturação organizacional do Estado, redefinição dos vínculos com a iniciativa privada na esfera negocial.

Todo trabalho parecia ser em vão, já que não se tinha um conteúdo prescritivo consolidado. Todavia, a movimentação dirigida à reinvenção da Administração Pública lograra saldos positivos, mas não bastante para solucionar o conflito de desígnios e conformação das demandas da população.

A EC nº 19/98 introduziu o princípio da eficiência no texto da CRFB/88, a fim de reforçar sua vinculação às atribuições do Estado. Entretanto, o seu caráter de cláusula aberta não propiciara a medida exata daquilo que se pretendia de uma instituição voltada para os interesses do povo. Com isso, os Poderes Legislativo e Judiciário, tal como a doutrina, tiveram que batalhar para esculpir as balizas da eficiência administrativa. Vale acentuar que, conforme a progressão do arcabouço normativo, o evoluir das reflexões doutrinárias e o florescer da jurisprudência, novos paradigmas foram erguidos para conjuga-lo. Desse modo, as análises se restringiriam a casos isolados, não havendo, até então, a definição de um limiar mínimo para sua evocação.

3.2 DUPLA DIMENSÃO TEMPORAL DA EFICIÊNCIA: EFEITOS PRESENTES E FUTUROS DA AÇÃO ESTATAL

Evidenciado acima que eficiência não é um conceito que se possa enunciar em abstrato; cumpre ainda sublinhar a problemática trazida pela dupla dimensão temporal desse mesmo princípio.

Numa concepção clássica, a eficiência é um atributo da atividade administrativa que se afere a partir de dados presentes, eis que essa mesma ação é instrumental ao atendimento de um interesse público identificado e medido no presente. Em suma, seu conteúdo impõe ao Estado atuação dirigida à racionalização dos recursos disponíveis, assim como planejamento e organização das suas ações, a fim de proporcionar resultados satisfatórios à defesa do bem comum. As metas e objetivos para elevação do desempenho são calcados nas experiências vivenciadas. Significa dizer as medidas para solução das demandas são implementadas na proporção que os problemas aparecem, sem que se tenham intervenções prévias. Conseqüentemente, o olhar para o hoje faz com as políticas públicas já nasçam ultrapassadas, inviabilizando a contenção das crescentes reivindicações sociais.

A ampliação das fronteiras de espaço e tempo do agir humano, noticiadas também no Capítulo 1, haveria de lançar efeitos sobre essa concepção de eficiência. Isso porque presentemente se tem por claro que uma ação estatal desenvolvida hoje pode deitar efeitos sobre a coletividade, o meio ambiente ou a economia em momento bem mais remoto no tempo. Essa previsibilidade parcial dos efeitos futuros da ação estatal determinou – já se teve oportunidade de expor no subitem 1.1 do referido Capítulo 1 – a cunhagem dos vetores da prevenção e precaução; todos eles buscando obstar resultados adversos do agir da Administração que possam ser sugeridos por um exercício prospectivo. Nesse cenário se tem inequivocamente inserida a ideia de que o interesse público, e a conseqüente contabilidade entre ele e o agir do Estado, não possam mais se circunscrever a uma visão presente, mas tem que compreender igualmente, ainda que em caráter meramente exploratório, um olhar sobre o futuro.

Nessa linha de intelecção, Lewis (2006, p. 695) assinala que os referenciais contemporâneos atinentes às expectativas da sociedade são cunhados na democracia e na mutualidade, todavia, a ação antecipada, pautada num horizonte prospectivo, deve levar em consideração, também, vetores como sustentabilidade e

legado para que seja possível garantir às próximas gerações o gozo dos direitos fundamentais.

Em síntese, a compreensão da eficiência deve ser constituída com base no pluralismo, participação universal, liberdade, tolerância, informação, respeito, alteridade, confiança e senso comum (LEWIS, 2006, p. 696-697). O eixo de toda política pública, assim como quaisquer decisões decretadas pelo Estado precisam estar conformados com o intento na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, há patente ilegitimidade na medição do contentamento cujo juízo se dá segundo interesses exclusivos de seguimentos sociais que conseguem colocar em evidência suas particulares necessidades, tal como fundado estritamente sob o prisma das pretensões contemporâneas. Isso porque, uma instituição onde o povo governa e persegue seus ideais tem no consenso a solução para as contendas que retardam a evolução social e cultural, na mesma escala que engessa o desenvolvimento econômico da nação. Significa dizer que individualidades devem ser resguardadas, entretanto as escolhas poderão reduzi-las, desde que amparadas pela decisão da maioria, com propósito de gerar o bem-estar numa ótica global. Essas deliberações não podem ficar isentas dos anseios perseguidos por sociedades pósteras, reuendo uma exegese prospectiva sobre questões que possam repercutir sobre os sucessores da contemporaniedade. O âmago desse processo merece estar alojado na conjuntura de uma sociedade justa, solidária e prudente¹²⁸.

O aperfeiçoamento intertemporal desse sistema reclama a definição de diretrizes éticas contidas nos seguintes princípios: a) princípio de confiança: cada geração tem a obrigação de proteger os interesses das gerações futuras, como sua fiel depositária; b) princípio de sustentabilidade: nenhuma geração deve privar as gerações futuras a oportunidade de gozar de uma qualidade de vida comparável à sua própria; c) princípio da obrigação sucessória: cada geração tem por obrigação prever as necessidades fundamentais para a vida das futuras gerações; d) princípio da precaução: as ações que correspondam efetivas ameaças de danos irreversíveis ou de consequências catastrófica não devem ser adotadas, exceto se houver justificativas convincente, somadas a indisponibilidade de alternativas, exigindo-se

¹²⁸ Como já retratado no Capítulo 2, a prudência está intrínseca no dever de preservar recursos naturais e o ambiente equilibrado para gerações futuras, exigindo das pessoas e da Administração uma postura condizente com a ética (KANE E PATAPAN, 2006, p. 717).

neste último caso, medidas compensatórias para as gerações atuais e futuras (LEWIS, 2006, p. 699).

Através da sincronia desse agrupamento de valores, a eficiência administrativa é fortalecida e substancialmente apta a enfreter os influxos da corrupção, das arbitrariedades e da dissipação dos recursos, eventos que resumem as principais causas das crises de governabilidade no Brasil. A intensificação do diálogo entre Poder estatal e cidadão é atributo determinante para absorção das aporias que perseguem a comunidade nacional e transnacional, assim como será uma das grandes virtudes para consagração da gestão social¹²⁹, modelo no qual se extrairão respostas para a configuração de um ambiente mais sustentável¹³⁰ (CANÇADO E PEREIRA, 2011, p. 134-135).

Por fim, há de se levar em conta o aspecto temporal porque as incertezas que emanam dos avanços tecnológicos e científicos inviabilizam decisões racionais por inteiro, demandando fatores e valorações que somente poderão ser constatados no futuro. Isso reforça a tese de que o processo de tomada de decisão deve ser flexível, sujeito a reavaliações e alterações no agir administrativo prospectivo. Nessa dimensão, é imprescindível propugnar por fóruns de debates e discussões que enfrentem profundamente as questões que transcendem a normatividade. Aqui se deve buscar a cooperação dos diversos atores envolvidos no problema e redução do campo hegemônico da técnica. Essas descrições corroboram com a ideia de que o referencial para o princípio da eficiência não pode estar preso a precedentes ou dogmas que se perpetuam na história da Administração Pública, mas sim, ser

¹²⁹ Segundo Fischer (2006, p. 796), “a gestão adjetivada como social orienta-se para a mudança e pela mudança, seja de microunidades organizacionais, seja de organizações com alto grau de hibridização, como são as interorganizações atuantes em espaços territoriais micro ou macroescalares.” Para Tenório (2012, p. 29-30), gestão social consiste em “um processo decisório no qual o outro, o alter, está presente em ato intersubjetivo.” Este autor afirma que nesse modelo “não cabe uma conexão instrumental, mas uma conexão cooperada, solidária ou negocial entre os envolvidos na ação. A relação seria sujeito/sujeito e não sujeito-objeto, tampouco objeto-objeto, como naquelas interpretações em que o ser humano é um recurso, um produto com prazo de validade; o contribuinte um número, o eleitor um número de inscrição, onde o fetiche da mercadoria a todos unidimensionaliza”.

¹³⁰ Essa conjugação consiste naquilo que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) denominou de “governo aberto e inclusivo”. Segundo este organismo, a elaboração de uma política aberta e inclusiva representa o formato mais adequado para melhorar desempenho democrático. Além disso, uma das boas razões da sua aplicação está relacionada com o aumento da transparência, da responsabilização, da participação pública e da solução cívica dos conflitos (OCDE, 2008, p. 15).

construído na medida das ambivalências¹³¹ que se instauram no presente e sucedem gerações.

Em que pese à afirmação em abstrato de uma dimensão futura do interesse público se apresente hoje como verdadeiro truísmo – a visão de futuro da humanidade amplia cada vez mais o seu horizonte – nem por isso a sua incorporação aos mecanismos de medida da eficiência do agir administrativo se torna mais simples. Isso porque o futuro é o terreno, em boa medida, da especulação – da probabilidade, e não da certeza. Incluir a dimensão do porvir no conceito do interesse público e por via de consequência, de eficiência, é trazer para a escolha pública um *trade of* entre o certo (presente) e o duvidoso (futuro); incrementando as dificuldades de legitimar essa mesma opção estratégica.

Some-se a isso, a circunstância de que eficiência – presente ou futura –; já se teve oportunidade de referir, é um conceito relacional; e nesse sentido, pode se apresentar de formas distintas, contemplando facetas múltiplas do agir administrativo. É o que se passa a demonstrar.

3.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO VETOR DE FACETAS MÚLTIPLAS

O conceito de eficiência como atributo da ação administrativa tem suas raízes nas instituições privadas¹³², levando-se em conta a redução dos custos, oferta proporcional à demanda, alocação ótima de recursos, superação dos *gaps* e competitividade de mercado. Essa acepção é utilizada para fins estratégicos, táticos, de planejamento ou outros aspectos ligados à gestão interna da empresa (TUPY; YAMAGUCHI, 1998 p. 40). A sua principal finalidade é à apuração dos resultados financeiros (o lucro).

¹³¹ Torres (2012, p. 70) a fazer referência à Meyer-Abich (1989, p. 32), ressaltando os aspectos do discurso público filosófico-securitário, afirma que “a aceitação dos riscos permitidos, com o sopesamento entre os riscos que uma certa atividade pode trazer, de um lado, e a utilidade que é revertida à comunidade, de outro, a recusa de tantos outros riscos, a definição de segurança e a implementação de medidas que a assegurem são todas resposta a serem dadas pela própria sociedade por meio de um discurso aberto, no qual políticos, cientistas, técnicos, consumidores e demais atingidos devem tomar parte.”

¹³² Não pode o leitor olvidar que Administração Pública como ciência autônoma, é uma área de expertise que tem sua origem na gestão originalmente privada; nesses termos, muitas vezes os conceitos da primeira são tomados “por importação” desta última área do conhecimento.

As empresas investem em negócios com expectativa de retorno que se operaram a curto, médio ou longo prazo, dependendo de fatores ligados à política, à regulação, à economia entre outros de natureza complexa, procurando adequar seus processos às metas e objetivos que podem variar no tempo, de acordo com as mudanças externas e internas. No campo privado, portanto, a associação entre eficiência e resultado econômico é quase instintiva¹³³.

As ferramentas utilizadas na gestão pública equivalem, muitas vezes, àsquelas usadas por empresários particulares, entretanto a finalidades são distintas. Enquanto este último busca o lucro, sem deixar de lado valores inerentes à função social da empresa, a Administração estatal investe toda sua receita, seu capital humano, seu aparelhamento e demais recursos na dignidade da pessoa¹³⁴. Todo retorno financeiro arrecadado por intermédio do seu desempenho é revertido, ou pelo menos deve ser, na promoção, manutenção e garantia dos direitos fundamentais¹³⁵.

O Estado Democrático de Direito fez surgir uma associação compulsória, na qual o corpo diretivo é eleito pelo povo e seu capital social é integralizado através do pagamento de tributos. Nesse sentido, o administrador estatal deve se ater a justa alocação do dinheiro público, mantendo serviços de qualidade e assegurando vida digna a todos¹³⁶ (SLOMSKI; AMARAL; GENI SLOMSKI, 2010, p. 941).

¹³³ Vale mencionar que conceito de sustentabilidade ecoou pelos quatro cantos do mundo. Durante a década de 1970 foi inaugurando um processo de conscientização para erguer as premissas de “Responsabilidade Social Empresarial”, tendo por escopo proporcionar maior adesão aos atos de filantropia e defesa dos direitos humanos (BM&F BOVESP, 2010, p. 07). Desse modo, os paradigmas da eficiência para delineamento das estratégias na gestão privada, apesar de darem maior ênfase ao retorno financeiro, passaram a se assentar sobre questões relacionadas à tecnologia, ecologia, economia, segmento, sociedade, política etc. O prestígio à visão holística e ao direcionamento orientado sob múltiplos critérios seriam capazes de ampliar a carteira de oportunidades, além de garantir a alocação de recursos de modo mais rentável e menos prejudicial à coletividade (MINTZBERG, 2006, p. 80).

¹³⁴ É dito de nota o contorno dado por Moreira Neto (2008, p.126) naquilo que tange à eficiência na órbita da Administração Pública.: “...a eficiência na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada, como de fato o é (art. 37), mas ser interpretada como um mandamento constitucional inafastável, de modo que o devido processo legal, por meio do qual se realiza a gestão pública, a aparelhe como meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos, verificações etc.) necessários para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, até a efetiva realização dos resultados”.

¹³⁵ Sobre a temática, Gabardo (2002, p. 18) ensina que “no Brasil, a eficiência, mais que um princípio de Direito Administrativo, é um princípio de Direito Constitucional, condicionante de toda a atividade administrativa do Estado, inclusive a enquadrada como da ordem econômica (constitucional ou não). Todavia, isso não implica que tal condicionamento se refira à imposição de meros critérios econômicos, pois é muito mais larga a natureza da sua abrangência”.

¹³⁶ A Resolução nº 1.133/2008 do Conselho Federal de Contabilidade define receita econômica como: “o valor apurado a partir de benefícios gerados à sociedade pela ação pública, obtido por meio da multiplicação da qualidade de serviços prestados, bens ou produtos fornecidos, pelo custo da

Em síntese, a eficiência, princípio orientador da Administração Pública, impõe ao governo a harmonização das suas múltiplas facetas para que o ser humano seja assistido na sua inteireza (DE GIORGI, 2008, p.44). A aplicação concreta dos efeitos desse mandado de otimização há de ser amparada pela teoria do resultado, na qual o Estado deve prezar pelo efetivo atingimento do bem comum – o que estará a sugerir, para distintos focos de ação, aproximações igualmente diferenciadas sobre qual a eficiência que se deva perseguir.

3.3.1 EFICIÊNCIA ECONÔMICA

A constatação da eficiência econômica, expressa objetivamente na conhecida fórmula do “ótimo de Pareto¹³⁷”, decorre de uma afetação de recursos ou fatores produtivos de tal ordem, em que é impossível uma nova distribuição de forma a melhorar a situação de algum agente, sem simultaneamente prejudicar a outro (RODRIGUES, 2012, p. 29). Significa dizer que numa avaliação puramente econômica, têm-se um forte viés utilitário – busca-se maximizar os benefícios decorrentes de determinados recursos (entendida a expressão aqui em seu sentido mais amplo possível) até o limite em que não se venha, com o incremento da utilidade, a prejudicar outros interessados. Outras variáveis e benefícios que não exclusivamente econômicos, e suscetíveis de tradução na grandeza moeda, restariam excluídos de uma avaliação dessa natureza, eis que o único aspecto relevante do fenômeno em exame seria o seu *outcome* econômico positivo.

Alcançar eficiência econômica é um resultado a que se chega mediante processos internos, como na análise financeira, avaliação de desempenho dos agentes e da capacidade da estrutura operacional em atender a demanda. Segundo Stober (2012, p.198), a perspectiva aqui é “alcançar maiores benefícios possíveis com os meios existentes”.

Como já se desenvolveu no subitem 3.1 acima, essa parecia a indicação emanada no art. 70 da Constituição de 1988, que exigir do órgão de controle interno a análise da economicidade da atuação estatal – sintonizado, portanto, com a

oportunidade" Disponível para consulta em:<<http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/Confirmacao.aspx>> Acesso em 01 mai 2013.

¹³⁷ Trata-se de referência ao economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto (RODRIGUES, 2012, p. 29).

orientação acima descrita – já fazia menção a essa conotação para efeito de fiscalização contábil, financeira e orçamentária da gestão dos recursos públicos. Essa leitura, todavia, com a incorporação à doutrina da orientação agora finalística do agir estatal, finalidade essa traçada pelos objetivos fundamentais da República insculpidos em todo o Texto Fundamental, logo se apresentou como reducionista. Afinal, a consecução de alguns dos resultados reclamados pela tutela de direitos fundamentais exigira um agir estatal que, ainda que não plenamente afinado com a eficiência econômica, pudesse produzir resultados sociais ou ambientais, por exemplo, prestigiados pela ordem constitucional. Indispensável, portanto, a emancipação do medir a adequação do agir administrativo, da lógica puramente economicista – que por vezes, conduzida a seu extremo pode entrar em linha de contraste mesmo com a proteção a direitos fundamentais.

Esse o quadro em que à medição economicista sugerida pelo acime referido art. 70, *caput*, foi ampliada para eficiência em sentido mais amplo adicionada às diversas partículas consonantes aos desígnios da Emenda Constitucional nº 19 que passou a preconizar uma ação rápida, precisa e apta a produzir resultados¹³⁸. Interessante observar que a eficiência no sentido econômico foi erigida mesmo como eixo principal de contratação pública – como objetivo a ser perseguido por avenças celebradas pela Administração, como se verifica no comando expresso contido no art. 23, § 1º da Lei 12.462/11, que consagrando a figura do contrato de eficiência como aquele que tem “... *por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada...*” Disso não se extraia uma compreensão de que o viés econômico seja o único a traduzir eficiência nas contratações públicas, A própria Lei do RDC contempla ainda em seu art. 4º, V, a eficiência como limite à diretriz de utilização, sempre que possível, de “... *mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra...*”; esta última, estratégia de eficiência social, eis que orientada ao fomento do produtor local.

¹³⁸ Para Pereira Junior (1999, p. 41-47), a inserção do princípio da eficiência no texto do art. 37, da norma fundamental, não passaria de mero reforço de linguagem, já que tal elementar seria um atributo natural da Administração Pública.

Essa magnitude solidificou um mandamento remetido ao Estado com propósito de exigir uma postura proativa destinada a apregoar o direito fundamental à boa administração¹³⁹. Tal abrangência transformou o princípio da eficiência em referencial multifacetado¹⁴⁰, dotado de um complexo de vetores dirigidos à contemplação de aspecto quantitativo e qualitativo das políticas públicas¹⁴¹ (VALLE, 2009, p. 79).

3.3.2 EFICIÊNCIA JURÍDICA

As leis incorporadas à ordem jurídica, no contexto da Administração Pública, têm por finalidade pré-definir as competências, atribuições e o *modus operandi* dos órgãos, entidades e agentes que a integram. Todavia, o legislador antecede aos fatos e, nem sempre, é dotado de previsibilidade para editar regras que sejam imunes à força da dinâmica social. O apego pela legalidade extremada pode causar entraves aos resultados almejados pelo Estado. Nesse sentido, o princípio da eficiência se mostra com maior grau de amplitude e capacidade para conter a falta de aderência dos atos administrativos à norma-regra reitora do comportamento estatal.

Diante dessa reflexão inicial, Di Pietro (2012, p. 305) sustenta que vem ocorrendo no Brasil um “desprezo” ao conteúdo normativo, somada ao “nepotismo, ao apadrinhamento, aos ideais neoliberais e ao Estado subsidiário”. Nesse sentido, a autora deixa registrado que a essência da Administração Pública passa por um processo de decomposição, fruto da busca desenfreada dos governantes por novos instrumentos de atuação, ora promovendo verdadeira inovação, ora transgredindo a lei. Nesses termos, é evidenciado um embate entre “tecnocratas” e “burocratas”, tal como um choque entre princípio da eficiência e o princípio da legalidade.

¹³⁹ Inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹⁴⁰ Na opinião de Cunill Grau (1998, p. 181), para que princípio da eficiência não ficasse registrado como discurso leviano seria imperioso fortalecer a capacidade institucional do governo, com incremento de valores políticos referentes à austeridade, à transparência, à ética e à responsabilidade social.

¹⁴¹ É digno de nota o apontamento de Valle (2009, p. 81): “Dessa nova dinâmica pode facilmente decorrer que a ação mais eficiente do ponto de vista de articulação das forças sociais não mereça esse mesmo signo na lógica economicista – mas nem por isso se poderá desqualificá-la”.

O pensamento supramencionado, diante da “Era Pós-Positivista” e “Pós-Modernista”, mostra-se demasiadamente conservador. É certo que o protetorado da lei fora fundamental para manutenção da ordem, segurança jurídica e garantia das liberdades (TORRES, 2012, p. 07). Já afirmara Montesquieu (1871) que “tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena”. No Brasil, quando da renúncia à Presidente da República por Jânio Quadros, ocorrerá a chamada “Campanha da Legalidade”, revolta política em resistência ao golpe civil-militar que se dera em 1961, sob a liderança de Leonel Brizola e José Machado Lopes, com objetivo de restabelecer a ordem e permitir a posse do então Vice-Presidente João Goulart (PADRÓS; *et. al.*, 2009, p. 46). Nesse passo, tal mandamento tivera a finalidade precípua de controlar o Poder do Estado e impor limites às liberdades individuais.

A concepção da legalidade como medida de todas as coisas perdeu força e, segundo Torres (2012, p. 17), a partir da década de 1970, já se falavam em “decadência do processo legislativo”, “inflação do direito” e “crise da legislação”. À medida que as complexidades, ambivalências e incertezas avançavam sobre o agir da Administração a leitura do texto positivado ganhava uma nova forma, até que, no apogeu da democracia, a pessoa (na figura do cidadão) ocupara a o centro da ordem jurídica. Tal fato demandara um redimensionamento do Direito (agora dúctil), fenômeno que resultara na flexibilidade da legalidade exacerbada. Conseqüentemente, ocorrera ofuscamento do fulgor legislativo e crise do legalismo.

Esse panorama elevava o prestígio da eficiência jurídica, já que, através da sua abrangência se tornaria possível eleger métodos e mecanismos mais adequados às exigências do mundo globalizado e ultramoderno. As complexas relações multilaterais, a velocidade do avanço tecnológico e a evolução social como um todo seriam melhores atendidas pelos governos calcados em uma juridicidade conformada com a realidade fática. Assim, os novos referenciais da ação estatal se ancorariam na razoabilidade e na proporcionalidade, com a finalidade de atingir a máxima satisfação do interesse público.

A verificação de matiz formalista, como exigência de carimbos, preenchimento de ficha de próprio punho, entre outros protocolos, não mais coadunariam com a gestão voltada para o desenvolvimento socioeconômico.

Nesse sentido, os tribunais, em respeito aos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, em algumas hipóteses, têm identificado a ineficiência de regras específicas e as afastado no caso concreto, em caráter excepcional, para reverenciar os ideais da República Federativa do Brasil, maximizar benefícios e minimizar custos à Administração e aos administrados¹⁴² (MENEGUIM; SANTOS, 2013, p. 10).

¹⁴² “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. UNIÃO FEDERAL. EXÉRCITO. ALIENAÇÃO. IMÓVEL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FORMALIDADES. REVOGAÇÃO. LEIS Nº 5.651/70 E Nº 9.636/98. 1. Trata-se de Apelação em Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal, em face do Município do Rio de Janeiro e da União Federal, na qual objetivava fossem anulados todos os atos administrativos que permitiram e viabilizaram a alienação, com dispensa de licitação, de imóvel da União jurisdicionado ao Exército, em virtude da ausência das formalidades preceituadas na Lei 9.636/98. 2. O pedido foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a Lei 9.636/98, que trata da alienação dos imóveis da União, não revogou a Lei 5.651/70, que trata especificamente dos imóveis do Exército, razão pela qual as formalidades exigidas pelo Ministério Público seriam inaplicáveis. 3. O Ministério Público Federal, perante esta Corte Regional, ofereceu parecer, destacando-se “Deve-se frisar, ainda, que é entendimento administrativo da União, conforme nota de esclarecimento da CGU, que a Lei 9.636/98 não revogou a Lei 5.651/70, que estabelece disposições especiais quanto à alienação de bens da União de utilização do Exército. A lei de 1998 fixou normas gerais sobre o assunto. Assim, tem como se representar, de forma prognostica, que a anulação do ato, para adequação às formalidades, somente traria prejuízos, violando o princípio da Eficiência, já que se pretenderia manter situação consolidada, cuja anulação teria se dado por conta do apego à forma.” 4. Correto o parecer. Adoto-o, como razão de decidir, a par da fundamentação da decisão de piso, pois harmônica com a orientação dos Tribunais Superiores (STJ, Resp. 1073952, DJ 12/6/09), o que conduz à manutenção da decisão primária. 5. Recurso e remessa necessária desprovidos” (TRF-2 - AC: 200851010161542, Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 19/10/2010, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 28/10/2010). “CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE ALHO DA ARGENTINA. PEDIDO DE ANUÊNCIA PRÉVIA PARA O LICENCIAMENTO DE IMPORTAÇÃO. PRAZO DE 60 DIAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. A Instrução Normativa nº 13, de 25 de junho de 1999, da Secretaria de Defesa Agropecuária, dispõe que o Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal processará os pedidos de anuência prévia para o licenciamento de importação de alho no prazo de 60 dias, desde que firmado Termo de Compromisso pela empresa, o qual deve conter informações sobre o porto de descarga, serviços de atracação, a utilização do produto após a autorização do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, além da disponibilização de toda a carga para a fiscalização. 2. A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim, resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. 3. Ao fixar um prazo elástico de 60 dias para processamento do pedido de anuência prévia para licenciamento de importação de alho, a Administração malferiu o princípio da eficiência, mormente tratando-se de mercadoria perecível. 4. Deve ser assegurado ao Apelado o direito de obter a apreciação do requerimento administrativo de anuência prévia formulado perante a autoridade coatora no menor prazo possível, em observância ao princípio constitucional da razoável duração do processo. 5. Apelação e à remessa oficial desprovidas” (TRF-1 - AMS: 159 DF 2000.34.00.000159-2, Relator: JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA, Data de Julgamento: 23/04/2013, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.706 de 03/05/2013). “PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO DE EDITAIS E CONTRATOS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO. 1 - Até que seja editada lei dispondo sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista, devem estas observar os preceitos da Lei 8.666/93. 2 - É legal a utilização de procedimentos licitatórios

3.3.3 EFICIÊNCIA TÉCNICA

A outorga do signo de eficiência às atividades administrativas revestidas de um mínimo de sofisticação técnica tem por fundamental a adequação dos métodos aos propósitos de se pretende atingir. Desse modo a Administração deve avaliar antecipadamente as técnicas e ferramentas que são necessárias a determinado objetivo, já que deve primar pelo menor custo operacional e a maior qualidade na entrega do bem ou serviço à coletividade. Isso requer conhecimento não só sobre o possível custo financeiro, de material, mão de obra e insumos; mas também do leque de benefícios não só econômicos, mas de toda ordem que uma mesma atividade possa proporcionar. Finalmente, é preciso conhecer as alternativas de execução de uma mesma atividade, para que a análise comparativa possa apontar qual seja a solução mais adequada.

Esse juízo de comparação torna-se particularmente sensível em atividades onde se identifica um viés técnico – eis que se constitui verdadeira regra de experiência, aquela segundo a qual a solução técnica mais sofisticada normalmente determina maior oneração econômica. Disso decorre que a existência em si da opção técnica mais sofisticada, não trará como conclusão inevitável que deva ser essa a alternativa esposada pela Administração. A conjugação entre eficiência técnica e eficiência econômica pode conduzir a uma opção pela *second best solution*, sem que disso decorra qualquer desdouro ao interesse público.

Muitas vezes a tecnologia mais evoluída ou metodologia revolucionária não serão indispensáveis à proposta da instituição estatal, restando ao gestor se valer daquilo que atenderá às expectativas almejadas. Por outro lado, em casos específicos haverá, o administrador terá que obter o que se tem de melhor no mercado para ser útil às intenções do Poder Público.

padronizados, desde que atenda aos princípios da legalidade, da eficiência, da proporcionalidade e que o gestor verifique a conformidade entre a licitação pretendida e a minuta-padrão do edital e do contrato previamente examinados e aprovados pelo órgão jurídico. 3 - Recurso a que se dá provimento para tornar insubsistente determinação contida no acórdão, que prescrevia a obrigatoriedade da submissão de todas as minutas de editais e contratos à apreciação da assessoria jurídica da empresa” (Plenário/TCU, Acórdão n. 392/2006, Processo n. 008.107/2005-4, Relator: MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES, DOU 31/03/2006).

Obras de infraestrutura, parques tecnológicos, centros de comunicação, sistemas informatizados de maior sofisticação, viaturas operacionais, tal como outros objetos peculiares, certamente irão requerer maior preocupação com detalhamento da escolha, pois a falta de prudência pode gerar danos de proporção imprevisíveis. Já insumos utilizados no desenvolvimento de atividade meio nem sempre terão os mesmos requisitos.

O campo da informática, por si só, traduz exemplo bastante ilustrativo. Inequívoca a existência de grandes variações no padrão técnico de equipamentos ou estruturas nessa seara. Igualmente evidente que nem sempre se precisará da solução técnica ótima para o desenvolvimento de uma atividade. Assim, os atributos de segurança, por exemplo, de uma rede informatizada que promove à comunicação entre computadores num serviço de protocolo de documentos de uma repartição pública não serão os mesmos necessários à mesma e exata rede, por exemplo, na área de segurança pública.

Os processos internos de estruturação e organização da atividade administrativa requerem contínuo aperfeiçoamento e reaparelhamento (investimentos em tecnologia e ferramentas mais eficazes); treinamento, atualização e capacitação de pessoal. A otimização do capital deve fazer parte do planejamento estratégico da Administração Pública para o atingimento de metas e objetivos. É fundamental que o gerenciamento dessa reestruturação corporativa seja sério, constante, transparente, flexível e hábil a solucionar gargalhos intercorrentes¹⁴³.

Do ponto de vista tecnológico, a eficiência se mostra quando da alocação mínima de recursos com nível máximo de produção segundo as necessidades específicas da atividade, gerando consequências satisfatórias no aspecto econômico. Apesar disso, organizações tecnicamente eficientes são suscetíveis a desajustes financeiros que repercutem na seara economicista (PEÑA, 2008, p. 85). Nesse sentido, Tupy e Yamaguchi (1998, p. 42) afirmam que a ineficiência técnica equivale ao desdobramento do uso demasiado de insumos para se chegar a um “determinável nível de produto”. Desse modo, é crucial que o Estado maximize

¹⁴³ Em termos gerais, Peña (2008, p. 85) assevera que a eficiência (tradicionalmente) consiste na “combinação ótima dos insumos e métodos necessários (inputs) no processo produtivo de modo que gerem o máximo de produto (*output*)”. Em síntese, “é a capacidade de fazer certas coisas, de maneira a minimizar a relação insumos-produtos”. Sua finalidade precípua é “assegurar a otimização da utilização dos recursos e, portanto, relaciona-se com os meios e não com os fins”.

serviços, ao ponto de atender as demandas proporcionalmente ao grau das necessidades, sem despendar receita adicional.

Cabe à Administração projetar escopos que visem a compatibilização entre a dimensão de gastos e o quilate dos serviços disponibilizados à coletividade, tal como definido nas correspondentes políticas públicas. Para tanto, os gestores podem tomar por parâmetro instituição que se destacam pelo excelente desempenho e por resultados surpreendentes (*benchmarks*) (SOUZA *et al.*, 2009, p. 32).

Esse transcurso carece da coleta de informações, as quais servirão de orientação para a compilação dos critérios a serem aplicáveis à avaliação da *performance*, em torno dos *inputs* e *outputs*. Concomitantemente, oportuno se faz a criação de expedientes que facilitem a captação de fundos direcionados à elevação das percentagens de ganhos.

Por último, sob o horizonte da “sociedade de risco”¹⁴⁴ é requisitada uma postura consertada do Poder Público, tomando por base os erros e as escolhas equivocadas cometidas no passado, exigindo assim, a adequabilidade do agir estatal para que melhores resultados possam ser atingidos no presente e seja dado um novo sentido ao futuro. Nesse ponto, a relação entre meio e fim deve ser ótima para que seja concebida uma ação eficiente numa acepção técnica.

Todo esse percurso está a evidenciar que o signo de eficiência, reclamado pela Constituição, não se apresenta de maneira única, imutável – mas é atributo que guarda significativa relação com os propósitos e as possibilidades postos à Administração Pública.

¹⁴⁴ “A sociedade moderna é a sociedade do risco não no sentido ameaçador e apocalíptico que a moda difundiu. É a sociedade do risco porque somente essa sociedade criou condições para se construir futuros diferentes, para manter elevada a contingência dos eventos, vale dizer, para manter possibilidades sempre abertas quando, em razão de uma decisão, verificou-se um eventual dano que se queria ter evitado e que uma outra decisão poderia ter evitado” (DE GIORGI, 2008, p. 44)

3.4 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO VETOR DE ORIENTAÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS

Eficiência é um conceito relacional – significa dizer, será ditada tendo em conta a atividade que se está desenvolvendo e o resultado a que se quer chegar; isso restou afirmado e demonstrado neste Capítulo, em subitens anteriores.

Assim, diferentemente do que se dá no plano estritamente econômico, a eficiência não pode ser definida a partir de um critério abstrato universalmente válido, que se aplique a qualquer atividade administrativa – porque por vezes, o melhor resultado econômico não se revelara compatível com os compromissos constitucionais relacionados à dignidade da pessoa humana.

Ações estatais orientadas à inclusão dos vulneráveis, preservação do meio ambiente e da cultura; todos eles podem se revelar incompatíveis com uma eficiência econômica – mas são revestidos de eficiência constitucional (por assim dizer).

Nesse horizonte de valores tutelados pelo quadro normativo, que não traduzam necessariamente o ótimo de Pareto na perspectiva puramente econômica; a Lei nº 12.349/2010 alterou a Lei 8.666/93 e passou a exigir da Administração Pública, a observância ao princípio da sustentabilidade nas suas contratações¹⁴⁵. No fundo, essa expressão já ecoava da associação entre os artigos 37, 170, inciso VI e 225 da CRFB/1988 que estendiam ainda mais a concepção de eficiência administrativa já desenvolvida neste mesmo Capítulo. O objetivo dessa explicitação como princípio orientador das contratações públicas era atentar a Administração, assim como o mercado de bens e serviços para as consequências das mudanças ocorridas no ecossistema, a fim de preservar o bem-estar humano em consonância com as bases científicas e conservar o *habitat* para as gerações prospectivas¹⁴⁶. Esse ponto merece destaque porque há correlação direta com a sociedade de risco

¹⁴⁵ Esse contorno é ensinado por Ferreira (2012, p. 24) que afirma que licitações sustentáveis (também chamadas “compras públicas sustentáveis”, “ecoaquisição”, “compras verdes”, “compra ambientalmente amigável” ou “licitação positiva”) consistem naquelas em que há uma “preferência a ser dada em processos licitatórios aos produtos socioambientalmente corretos, com menor impacto ambiental, cujo processo de produção incorpore padrões sociambientalmente sustentáveis. Trata-se da aquisição de bens e materiais que geram em seu ciclo de vida menor impacto ambiental”.

¹⁴⁶ Dentro dessa linha de inteligência, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento dispôs, por intermédio de termo produzido pela Conferência das Nações Unidas sobre a matéria (princípio 8º), que “os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo” (ONU, 1992).

em conjunto à crise de segurança evidenciada na órbita dos contratos administrativos.

Em síntese, essa recomendação se terá por atendida mediante a apuração dos impactos decorrentes dos pactos firmados pelo Estado, que nada mais é do que uma análise destinada à quantificação e qualificação das contingências. Isso requer um olhar acurado sobre questões não só ambientais, mas também ligadas à saúde humana e aspectos sociais, tais como emprego de mão-de-obra infantil e trabalho escravo (FERREIRA, 2012, p. 24). Nessa ótica, erigiu-se a ideia de “ecoeficiência”, exprime o conceito de “criar mais valor com menos impacto” ou “fazer mais com menos”¹⁴⁷ (WBCSD, 2001, p. 9).

Fixada essa premissa, é possível retomar o tema dos riscos administrativos; a diversidade de modelos contratuais hoje postos à Administração Pública, e o critério de que se possa valer o administrador para formular sua escolha. Isso porque as distintas fórmulas segundo as quais hoje se pode constituir uma relação contratual estão, evidentemente, à disposição como meios possíveis para o alcance do resultado ótimo na perspectiva do interesse público presente e futuro.

A opção por uma fórmula contratual que atraia para a Administração uma parcela maior de risco é hoje legítima e preceituada – isso se demonstrou no Capítulo 2 acima; mas a escolha por uma delas não se constitui juízo discricionário livre do administrador. A discricionariedade se põe sim, para permitir que num universo tão múltiplo de contratações e demandas postas ao Estado, possa o gestor empreender a avaliação de qual seja o modelo que efetivamente assegurará o melhor equilíbrio entre vetores relevantes na perspectiva da eficiência, como demonstrado no presente Capítulo.

¹⁴⁷ No documento editado pelo o organismo internacional *World Business Council for Sustainable Development* – WBCSD - (2001, p. 9) foi mencionado que a OCDE designou a “eco-eficiência” como “a eficiência com a qual os recursos ecológicos são utilizados ao serviço das necessidades humanas” e define-a como um *rácio* de uma ‘saída’ (o valor dos produtos e serviços produzidos por uma empresa, sector ou economia, como um todo), dividido pela ‘entrada’ (a soma das pressões ambientais geradas pela empresa, sector ou economia)”. No mesmo trabalho foi feita a descrição sobre o conceito elaborado pela *European Environment Agency* (Agência Europeia para o Ambiente), que define a “eco-eficiência” como “mais bem-estar a partir de menos natureza” e afirma que isso é possível através da separação da utilização de recursos e descargas poluentes do desenvolvimento económico”.

Embora a eficiência como resultado desejado seja um dos elementos orientadores da escolha pelo modelo negocial a se aplicar no que toca ao risco como elemento de uma contratação; ela não se traduz num critério abstrato fechado, que possa gerar respostas objetivas a cada escolha posta diante do administrador. Remanesce, portanto, a dúvida acerca de qual seja o mecanismo efetivamente legitimador da escolha que esse mesmo gestor venha a empreender no que toca à contratação cogitada – esse é o tema do próximo Capítulo.

Capítulo 4

4 LEGITIMANDO UMA OPÇÃO CONTRATUAL OTIMIZADA, SOB A PERSPECTIVA PÓS-MODERNA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez superada a fase industrial e propagada a onda tecnológica, vazios se estenderam quanto à pretensão de onipotência e onisciência do regulador. Ao mesmo tempo, a complexidade da sociedade pós-moderna ampliara as hipóteses do atuar administrativo impulsionado pelos riscos, assim com o emprego de recursos técnicos e jurídicos destinado a mitiga-los. Cada vez mais a Administração Pública tem diante de si alternativas variadas de concretização de seu agir. Isso instaurou em contrapartida, um profundo debate em torno da legitimidade.

Merece salientar que o termo legitimidade consiste no consentimento dado pela comunidade em relação ao exercício do poder de autoridade do Estado. Durante o iluminismo sua essência era extraída da correlação entre Direito e moral, ficando consignado na lei aquilo que se revelara expressão da vontade geral¹⁴⁸. Na prática, essa compreensão fora eivada de sofismas, pois, aquilo que o ordenamento jurídico exprimira não passara de meros interesses da burguesia. Em contrapartida, com o erguimento do “Estado Social”, abnegado da divisão entre classes, o conceito foi reformado para integrar-se aos valores consubstanciados na dignidade de pessoa humana, onde a base fundamental do governo estaria assentada no consenso da massa cidadã. Nessa perspectiva, cada indivíduo seria dotado de uma fatia do poder e capaz de dissentir das escolhas públicas por meio de seus contra-argumentos ¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Segundo Gabardo (2003, p. 71-72), no despontar da “modernidade legal” a adesão do cidadão se dera por força do “formalismo positivista”, característico da época. O autor, apoiado no pensamento de Goyard-Fabre (1999, p. 280), afirma que, diante dessa realidade, o resultado era um dado irrelevante para configuração da ação estatal, pois o poder era “racionalmente legitimado pelas regras que definiam as competências dos órgãos do Estado”.

¹⁴⁹ Traçando um paralelo concernente à matéria, Moreira Neto (2008, p. 41) ensina que se de um lado se tinha uma acepção de legitimidade cunhada em “valores próprios da organização política”, por outro, a nova clivagem absorveria os “valores próprios da pessoa humana”

Seguindo essa lógica, a legitimidade assumira uma posição relevante para a Administração Pública, já que seu conteúdo daria a qualificação das instituições políticas para a “estabilização das tensões no convívio social”. A ação estatal autorizada não mais se revestiria de uma legitimação fundada numa presunção absoluta, conforme sua ancoragem na lei. Mais do que isso, a postura administrativa direcionada aos fins do Estado se faria legítima, desde que manifestada com base na harmonia dos múltiplos ideais comunitários (VALLE, 2013).

A legitimação preconizada na pós-modernidade se arvorou na otimização da *performance* do aparato estatal tendo em conta as finalidades perseguidas pela própria Constituição para essa mesma estrutura organizada de poder político. O resultado ganhou posição de destaque, servindo como referencial para constatação dos níveis de satisfação dos cidadãos. Em síntese, a eficiência normativa deixara de ser indispensável aos fins da Administração Pública, visto que o utilitarismo econômico assumira proeminência diante dos novos paradigmas (GABARDO, 2003, p. 80-81). Cabe salientar que numa sociedade imersa em contingências e incertezas, não mais poderia se centrar num olhar sobre fatos hodiernos, mas focalizar suas lentes para circunstâncias prospectivas. Dessa forma, os métodos e procedimentos articulados pela Administração teriam que ser pensados sob a consciência do risco, com intuito de afastar consequências indesejáveis (VALLE, 2013). Significa dizer que o produto do agir do Estado exigiria prévio diagnóstico das questões a serem enfrentadas, bem como a avaliação dos desdobramentos daí decorrentes. Cumprida essa fase, com esteio nos dados deduzidos desse processo, se estabeleceriam os meios para equacionamento das demandas.

O universo fluido inviabilizara a predefinição das estratégias de governo para dirigir os anseios incorporados ao interesse público redimensionado. As regras atinentes aos contratos administrativos sofreram forte influência do ambiente líquido circunscrito sobre as relações privadas e públicas. Isto posto, se as normas perderam eficácia frente à realidade volúvel, a motivação das decisões governamentais ganharam prestígio¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Vale destacar o apontamento de Moreira Neto (2008, p, 47) no que toca ao tema: “O direito, como a Ciência da convivência valiosa, não poderia deixar de refletir essas mudanças, a começar por seu próprio conceito, retemperando e redivivo pelo valor da legitimidade, e em sua aplicação, pelo advento de uma nova hermenêutica, temperada e humanizada pela transigência, pela flexibilidade e, sobretudo, pela possibilidade de ponderação justificada de valores, desenvolvida nas sociedades culturalmente plurais que se difundem planetariamente”.

A evolução do princípio da eficiência em paralelo a extensão das complexidades e das incertezas trouxeram à tona a desconexão entre a tradicional teoria da álea (introduzida pela Lei nº 8.666/93) e sua proposta repartição; e os contratos administrativos, mais especificamente, em relação às concessões de médio e longo prazo, caracterizadas pela imprescindibilidade de vultosos investimentos. Uma fórmula única, uniforme, distanciava-se da sofisticação das atividades geridas pela Administração, o que ocasionou a diversificação de possibilidades negocial, conforme demonstrado no Capítulo 2 acima.

A técnica se tornara um requisito indispensável aos negócios dessa natureza, exigindo assim, acúmulo de informações, reformulação dos processos, qualificação dos agentes, mapeamento das contingências, avaliação das variáveis entre outras circunstâncias relacionadas com os avanços da ciência e da tecnologia. Quanto maiores os riscos potenciais da atividade, maiores as ameaças no campo da própria modelagem da atuação administrativa. Escolher a natureza do negócio que se celebrará se apresenta como decisão fundamental ao incremento das projeções de eficiência.

A superação da Administração imperialista, burocrática e vertical pela horizontalidade deflagrada com a ascendência do consenso, oportunizou o florescimento do diálogo nas relações público-privadas. Assim, as parcerias ganharam força e o Estado intensificou a função reguladora, reduzindo, em contrapartida, o papel de fornecimento de bens e serviços. A contramão desse movimento é o incremento de relações negociais; e para conseguir realizar essa manobra com rapidez e menor esforço financeiro, o Poder Público precisava elevar as garantias e diminuir os riscos nestes mesmos negócios, para atrair empresas nacionais e internacionais, que teriam maior interesse, confiabilidade e segurança para firmar pactos direcionados, por exemplo, ao aprimoramento das infraestruturas e obstinados a impulsionar o desenvolvimento econômico e social.

4.1 RELAÇÃO INDISSOCIÁVEL ENTRE REPARTIÇÃO DE RISCOS E GARANTIA DA EFICIÊNCIA

O império das leis foi parcialmente mitigado por obra de frenética mutação social, fato que impedira o legislador de prever a turbulência daquilo que ainda estava por vir (GUERRA, 2008, p. 50). A pura legalidade, vazia de intervalos reflexivos, além de revelar-se contraproducente, passou a ser um risco a própria existência do Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000, p. 23).

As barreiras normativas e a tradicional dogmática perderam potência coercitiva (e referencial) com o advento da globalização e o romper da pós-modernidade. Concomitantemente, o espaço destinado às escolhas imparciais, ancoradas exclusivamente na conveniência e oportunidade - seara onde a opção política tinha caráter complementar ao conteúdo prescritivo – ficou retraído e, em contrapartida, as zonas cinzentas de incerteza foram dilatadas. A composição da ordem jurídica passou a depender muito mais de diagnósticos fundados em dados, por vezes imponderáveis à autonomia vinculada do gestor público, do que do genuíno mérito administrativo¹⁵¹. O enquadramento do processo decisório na moldura das regras técnico-científicas abrandou o subjetivismo residente na discricionariedade propriamente dita¹⁵² (MOREIRA NETO, 1995, p. 142).

Sob a lógica da eficiência administrativa, o gestor público tem que agir de modo diligente, primando pela defesa do bem comum. Portanto, a escolha de uma espécie contratual deve ser motivada de acordo com objeto e a dinâmica de cada negócio (ZANCHIM, 2012, p. 78). É fundamental apurar, antecipadamente, os influxos de natureza técnica, econômica, operacional, financeira, mercadológica, ambiental, regulatória, fiscal, política, jurídica e tecnológica que possam incidir sobre o projeto¹⁵³. Assim, será resguardada a continuidade do ajuste e a conclusão do

¹⁵¹ As novas designações dependiam de juízos intrincados, de difícil decisão, muitas vezes, obscuros aos olhares do governante.

¹⁵² Krell (2004, p. 23) ensina que a discricionariedade é fruto da intenção do legislador, o qual percebe as suas insuficiências em descrever determinado plano de ação na sua inteireza. Entretanto, a doutrina tem variado quanto ao referido conceito. Assim, para Karl Engisch trata-se de uma das formas mais plurissignificativas e difíceis da teoria do Direito (2001, p. 214). Sob o juízo de Queiró, o termo enquadra-se na ideia de faculdade para escolha entre várias significações contidas em um conceito normativo prático, relativos às condições de fato do agir administrativo, escolha feita sempre dentro dos limites da lei (1946, p.77-78).

¹⁵³ Nesse sentido, dispõe o art. 21, da Lei 8.987/95: “Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos

escopo, a fim de proporcionar um recorte enquadrado nos fins perseguidos pelo Estado (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 53).

A modelagem cunhada pela repartição ordinária de riscos e incertezas, mormente, se aplicada na concessão pública, contrapor-se-á as perspectivas do desenvolvimento nacional (CRFB/88, art. 3º, II), tendo em conta as instabilidades, complexidades, vulnerabilidades e alto custo que circunscrevem essa espécie de convenção. A disparidade entre direitos e obrigações, adicionada à iminente ameaça de ruptura da avença indicam um retorno duvidoso, desestimulando, assim, investimentos privados e renúncia à formação de parcerias (ZANCHIM, 2012, p. 79).

O regimento das áleas, exposto na Lei nº 8.666/93 exalta uma rigidez que, muitas vezes, não se adequa as circunstâncias do caso concreto. Assim, é evidenciada sua quase que total incompatibilidade com a perspectiva de mitigar prováveis eventos de consequência prejudicial ao interesse público e às partes envolvidas¹⁵⁴. Dessa forma, as discrepâncias desse clássico referencial justificariam sua aplicabilidade meramente subsidiária, ou seja, cabível apenas nas hipóteses não suscetíveis à deliberação, em virtude das especificidades do pacto (equiparados a contratos por adesão).

A certeza da implementação dos projetos de caráter complexo só poderia ser maximizada conforme a mitigação dos riscos e das ambiguidades, fato que careceria de convenção deliberativa para fragmentação das contingências. Vale salientar que a tomada de decisão para escolha do delineamento do pacto dependeria de prévia justificativa da Administração, uma vez que a motivação para contratação da iniciativa privada se fundaria no consentimento público. Há que se terem justificativas plausíveis quando a Administração Pública tem um histórico de contratações, comumente utilizado e, em uma dada situação, pretende formalizar pacto que destoaria da modalidade usual¹⁵⁵. Tornar público as intenções do governo consistiria em atitude intrínseca à atividade administrativa, cuja finalidade estaria

interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

¹⁵⁴ A falta de clareza do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, ensejara inúmeras dúvidas quanto ao que se teria por risco ordinário e extraordinário, tais como: a) Quais hipóteses seriam compreendidas pela álea negocial? b) Como poderia ser evidenciado o fato do príncipe? c) Quais espécies de atos da Administração seriam consideradas para efeito de desequilíbrio econômico-financeiro? d) No que consistiria o caso fortuito e a força maior? e) De que maneira se distinguiriam as situações previsíveis das imprevisíveis e estas das de consequências incalculáveis?

¹⁵⁵ Nesse ponto, merece destaque a disposição expressa nos artigos 5º, da Lei nº 8987/95 e 10, inciso VI, da Lei nº 11.079/04.

voltada para a interferência de diversos atores sociais *ex ante* a ação estatal. Esse arranjo calcado no agir comunicativo se assentaria na ampliação da previsibilidade, diante da percepção das inconveniências sob múltiplos olhares. Isso se demonstraria demais vantajoso para as partes envolvidas no acerto, em razão dos *gaps* existente na gestão da máquina, tal como no gerenciamento de bens e serviços por empresa particulares. Os vazios cognitivos seriam assim supridos pela sociedade civil, economistas, especialistas e potenciais interessados. Dentro desse horizonte, a eficiência se amoldaria a uma dimensão plurissignificativa, muita mais próxima das expectativas do cidadão¹⁵⁶. Partindo desse ponto, as partes firmariam um contrato regido por disposições objetivas, nas quais ficariam previamente delineadas as responsabilidades, as condições, os objetivos, as metas, assim como outras matérias relacionadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Levando em considerações tais anotações, a consagração das metas e resultados dependeria da clareza do objeto, da nitidez dos objetivos, da prévia análise quanto ao conjunto de regras vigentes durante a execução do acordo (impacto regulatório – legislação aplicada e interpretada), da transparência no tocante ao processo licitatório, da estruturação realista do orçamento, da permeabilidade regulamentar pelas respectivas entidades reguladoras, da capacitação do Poder Público para conhecer da matéria (tornando viável a fiscalização efetiva) e da submissão dos expedientes de reequilíbrio e repactuação às consultas públicas. Nesse panorama, Sampaio (2013) ensina que três preliminares perguntas deveriam ser feitas para tonificar esse entrelaçamento voltado para garantida da eficiência: a) “O que se quer contratar?” b) “Aonde se quer chegar?” e c) “Quais os objetivos pretendidos com aquele contrato?” Com isso, variações de cunho tecnológico, mercadológico, científico, economicista, político e social atingiriam a base do negócio com menor intensidade (HILL, 2006, p. 39).

Essa ordenação daria azo à concretização da eficiência, em razão da otimização das perdas e do adequado, razoável e proporcional gerenciamento das

¹⁵⁶ Traçando um paralelo com o conteúdo já tratado no Capítulo 3 e as interferências da sociedade sobre os contratos administrativos, mais especificamente nas concessões patrocinadas, arriscaríamos em afirmar que a eficiência perseguida pela Administração Pública, sob um prisma constitucional, nada mais seria do que aquilo que o cidadão entende por eficiente, ou seja, o atendimento às suas demandas de modo a proporcioná-lo uma qualidade de vida dentro de um padrão mínimo, capaz de garantir a sua dignidade.

oscilações¹⁵⁷. Consequentemente, haveria redução no custo global, o Estado se exoneraria da álea distante do seu domínio, a sobrecarga fiscal seria aliviada e a modicidade de tarifas viabilizaria o acesso universal aos bens e serviços delegados à iniciativa privada¹⁵⁸. Desse modo, a reconfiguração do rígido regime (estatuído na Lei nº 8.666/93) se alinharia melhor ao direito fundamental à boa Administração (ROCHA, 2012, p. 119).

O extrato da ideia até aqui discorrida, tem como núcleo a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O que se propõe é uma maior blindagem da base do negócio, propugnando-se por modelagens de alocação de riscos aptas a evitar consequências que possam impedir a execução do objeto ou trazer substancial decréscimo para os coobrigados. Portanto, compactuando com a orientação de Sampaio (2013), a partilha das áleas deveria se dar conforme a possibilidade das partes em melhor geri-las ou, de outro modo, de acordo com a disponibilidade de avançar com seguradoras a menor custo. A conexão dessas premissas, adicionadas à inteligibilidade das cláusulas dos ajustes oportunizariam uma sintonia entre o pacto administrativo e a eficiência¹⁵⁹.

Isto posto, há de se ter em conta que nem sempre seria conveniente e oportuno à Administração assumir riscos dos quais comumente, em decorrência das especificidades do acerto, já estariam incorporados à iniciativa privada. Ou seja, nas circunstâncias em que uma distinta divisão de contingências fosse visivelmente sem efeito para a satisfação da eficiência, não se faria justificável ao Poder concedente obrigar-se pelos desdobramentos alusivos à aleatoriedade econômica. Um clássico exemplo se daria na concessão de transporte municipal onde em nada agregaria o compartilhamento das imprecisões, uma vez que as condições do serviço já estariam maturadas, tal como a rentabilidade e as alternâncias. Todavia, em se

¹⁵⁷ Assim se torna mais fácil minimizar os custos e maximizar o valor agregado (value for money), oportunizando a consagração da eficiência contratual. (ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 292).

¹⁵⁸ Nóbrega (2010, p. 13) enfatiza que aqui não restam dúvidas, pois a melhor forma de aproximar os princípios constitucionais da realidade fática é fazer com que as eventualidades circundantes aos negócios jurídicos do Estado sejam distribuídas, conforme a aptidão dos envolvidos.

¹⁵⁹ No Acórdão do TCU nº 1465/2013 – nº interno do documento: [AC-1465-21/13-P](#). Colegiado: Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº 045.461/2012-0. Sumário: AUDITORIA. LICITAÇÃO PARA AS OBRAS DE RESTAURAÇÃO E DUPLICAÇÃO DA BR-163/364/MT. CONTRATAÇÃO PELO RDC. OFERECIMENTO DE PREÇOS ACIMA DO PREVISTO. REVOGAÇÃO DO EDITAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO CLARA SOBRE A DIVISÃO DOS RISCOS NA EXECUÇÃO DO PROJETO. CIÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. APENSAMENTO. Publicado no DOU na ATA 21 - Plenário, de 12/06/2013. - ficou asseverada a indispensabilidade de uma matriz de riscos no instrumento convocatório e na minuta contratual “de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo principalmente a isonomia da licitação e a segurança do contrato”.

tratando de uma PPP, cujo objeto se destacaria pela vultuosidade do capital a ser investido e a complexidade da técnica a ser empregada, motivação não faltaria para sustentar uma matriz de repartição das probabilidades indesejáveis e incertezas, consoante às habilidades de cada envolvido¹⁶⁰.

Por outro lado, a subjetividade dos termos legais poderia levar a dissensos predispostos a se converterem em *lides*, as quais seriam submetidas ao crivo judicial (SOUSA, 2012, p. 63). A inconsistência desse desdobramento estaria relacionada com a falta de *expertise* do magistrado para solução mais justa do conflito, pois, apesar da cooperação de auxiliares, consultores técnicos e de audiências públicas¹⁶¹, os propósitos do contrato se mostrariam abalados e a *affectio* entre as partes se desvelaria enfraquecida. Assim, com intuito de salientar o problema, nos valem dos apontamentos de Fiuza (2009, p. 241-242) que, através de uma análise economicista, demonstrara que do total de contratos de obras civis, manutenção e reforma dos entes públicos assinados entre 2002 e 2007 (registrados no ComprasNet), 33,6% sofreram aditamentos. Ademais, aqueles não abarcados neste percentual – os quais tiveram seus cronogramas físico-financeiros preenchidos -, 61,2% foram considerados não finalizados.

¹⁶⁰ Alguns exemplos que merecem destaque são: As Usinas Hidrelétricas de Santo Antonio e de Jirau que são PPP e orçam, respectivamente, 13,5 e 9,3 bilhões de reais, a Hidrelétrica de Belo Monte com 19 bilhões de reais, Metrô de São Paulo (em PPP) com 23 bilhões de reais, Trem-Bala com 34 bilhões de reais, Plataformas de Petróleo (em PPP) com 12,6 bilhões de reais, Usina Nuclear de Angra 3 (em PPP) com 8,5 bilhões de reais, dentre outras, tais como: Ferrovia Norte-Sul, BR-101 (trechos nordeste e sul), Porto de Santos (em PPP) com 6,5 bilhões de reais, Gasodutos, Ferrovia Nova Transnordestina, Ferrovia Leste-Oeste, Transposição do Rio São Francisco, o Complexo Petroquímico da Petrobrás do Rio de Janeiro, com 19,2 bilhões de reais (PIMENTEL, 2010) Ainda sim, vale mencionar a licitação para a implantação do sistema de Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) da Região Portuária e do Centro do Rio de Janeiro. “A previsão é de que as seis linhas estejam em operação até 2016. A implantação do novo meio de transporte tem custo avaliado em R\$ 1,167 bilhão, sendo R\$ 535 milhões financiados por recursos federais, do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) da Mobilidade, e R\$ 632 milhões viabilizados por meio de uma Parceria Público-Privada (PPP)” (CEDURP-RIO, 2013).

¹⁶¹ Essa questão é bem elucidada por Garapon (2001, p. 162-163) ao afirmar que “diferentemente do médico ou do empresário, o juiz não pode exercer seu poder senão em circunstâncias bem definidas, as da audiência, e ao final de uma troca de argumentos regulada pelo direito processual. Seu contato com a realidade é sempre intermediado pelo direito, pelo processo ou pelo quadro ritual da sala de audiência. Não existe julgamento ‘puro’, livre das condições físicas de sua realização. O jurista considera os problemas do direito livre de sua dimensão humana. É preciso desconfiar das representações ideais que concebem o julgamento ao final de um debate completo e bem argumentado. A realidade é outra: mais do que um processo, trata-se de uma evolução; mais do que um sentido sobre uma norma aplicada a uma situação, trata-se de uma construção comum do sentido de um caso”.

4.2 ASPECTOS TEÓRICOS PARA UM REGIME JURÍDICO DE RISCOS FUNDADO NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

. Evidenciado no subitem anterior, que a eficiência se revelará o vetor de orientação à distribuição de riscos a ser empreendida pela Administração em seus contratos – e, portanto, elemento chave na legitimidade das escolhas correspondentes, resta examinar como poderá concretamente a Administração revestir-se desse signo legitimador, quando se está a cogitar de um conceito (eficiência) que não tem, como demonstrado no Capítulo 3 acima, um significado ou conteúdo único.

O vertiginoso avanço tecnológico e as complexidades pujantes exigiram sistemas mandamentais abreviados e pragmáticos. Da mesma forma, a eficiência administrativa sujeitou-se à observância de metodologias de natureza tecnicista, diante da obsolescência dos mecanismos clássicos de gestão (BRUNETTI, 2012, p. 4).

Os conceitos jurídicos indeterminados¹⁶² seguiram numa crescente equidistante à discricionariedade do administrador¹⁶³. Esta liberalidade voltada para integralização normativa, condicionada ao ato administrativo orientado pela lei, não se desprendera dos princípios, valores e finalidades constitucionais, porém sofrera forte interferência do pluralismo e da fragmentação dos poderes do Estado¹⁶⁴. Os conflitos se tornaram ainda mais ambivalentes e as opções políticas insuficientes à satisfação do bem comum (DI PIETRO, 2007, p. 75).

No curso evolutivo da Administração Pública, a despolitização das decisões cresceu rigor técnico-científico à propriedade das escolhas para adequá-las aos parâmetros de eficácia, efetividade e eficiência. A relevância desse deslocamento estaria no afastamento dos aspectos partidários, ideológicos e emocionais,

¹⁶² Assevera Bacigalupo (1997, p. 195) que dentro da concepção de conceito jurídico indeterminado é possível realizar juízos seguros, mas entre juízo positivo (a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe) e negativo (a Administração só pode fazer o que a lei determina) existe um terreno limítrofe de mera possibilidade escolhida pelo Administrador Público.

¹⁶³ O termo discricionariedade gera certa ojeriza nos administrativistas porque durante o Estado de Polícia ele era reconhecido como poder político eivado de arbitrariedades inerentes às monarquias absolutistas, sem qualquer controle de natureza legal ou judicial (DI PIETRO, 2007 p. 76). Porém para confortar os mais desconfiados, o surgimento do Estado de direito promoveu um giro de cento e oitenta graus, fato que o tornou um poder jurídico sujeito a intervenções.

¹⁶⁴ Para García de Enterría e Tomás-Ramon (2006, p. 463-469), o conceito jurídico indeterminado estaria num quadrante bastante distinto da discricionariedade, já que não restaria alternativa ao decisor, mas apenas uma escolha estabelecida pela lei.

favorecendo assim a observância do princípio da impessoalidade (MOREIRA NETO, 1995, p. 143).

A terminologia discricionariedade técnica foi empregada por Bernatzik, em 1864, para indicar as decisões escapáveis ao controle judicial, devido às exorbitâncias de cunho científico. Na sua ótica, os melhores veredictos estariam nas mãos das autoridades administrativas, pois seriam estas pessoas capacitadas e habitualmente ligadas aos casos reais e concretos da Administração¹⁶⁵ (SOUSA, 1994, p. 105-106). Entretanto, o excesso de atribuição do Estado somada à falta de informação não mais comportaria análise de mérito apoiada em leituras individualizadas. O administrador, outrora eleito senhor das decisões, revelou-se indivíduo desprovido de previsibilidade, carecendo na contemporaneidade, de pareceres minuciosos por ato de verdadeiros especialistas (peritos)¹⁶⁶.

Hiatos legislativos incomuns foram entregues à ciência e alocados no âmbito das agências reguladoras, organismos especializados, responsáveis pelo controle das atividades consideradas de alta complexidade e delegadas à iniciativa privada. Uma das prerrogativas dessas entidades se voltara para edição de atos normativos, dotados de caráter auto-executório e não sindicável pelo Judiciário (TORRES, p. 74, 2010).

Isto posto, os contratos administrativos (tecnicamente complexos) teriam agora que se submeter a regimes de riscos fundados em critérios objetivos, visto que, do contrário, se abririam margens e embaraços capazes de obstruir a efetivação do interesse público (CAVALLI, 2009, p. 74).

Na perspectiva teórica, portanto, o juízo discricionário reconhecido ao administrador haveria de encontrar na justificativa técnica, o seu principal elemento fundante. Se no horizonte delineado no subitem 4.1 se faria necessário apurar as minutas dos editais e os termos dos contratos aos resultados de um mapeamento de riscos (descrição quantitativa e qualitativa/ prováveis eventualidades *versus* impacto

¹⁶⁵ Vale salientar a explicação de Guido e Potenza (1978, p. 12): “a discricionariedade administrativa se contrapõe à discricionariedade técnica. A primeira se explica pela escolha dos meios e modos mais eficazes e oportunos para realizar o interesse público. A segunda se consuma pelo emprego das noções e dos métodos próprios das várias ciências, artes ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental relacionada ao exercício da ação administrativa”.

¹⁶⁶ Para Levita (2008, p. 142), a escolha técnica não seria em si exercício da discricionariedade, mas uma decisão completamente vinculada. Ainda sim, estaria sujeita a controle jurisdicional em caso de erro notório, arbitrariedades ou atitudes desconformadas com a onisciência regrada. Nessa trilha, Puigpelat (2004, p.188-189) sustenta que o juiz não pode se valer de critérios extrajurídicos para anular tais decisões discricionárias, ficando estritamente preso as delimitações da regra.

financeiro) e incertezas (apontamento meramente qualitativo), concluiríamos que as informações dali extraídas, assim como pareceres periciais e assentamentos de consultas públicas vinculariam a escolha do gestor da máquina estatal. Desse modo, quanto mais específica e detalhada a motivação de caráter científico, maior será a transparência e, conseqüentemente, a protuberância do controle.

Levando em conta os atributos supramencionados, os prospectivos conflitos seriam muito mais fáceis de serem dirimidos, tendo em vista que os lapsos intelectivos do Judiciário já estariam minimizados conforme as minúcias tecnicistas dos ajustes. Outrossim, questionamentos posteriores ao acerto se mostrariam débeis, dado que a opção contratual se assentara numa preferência legítima (após debates, audiências, consultas públicas, pareceres dotados de *expertise* e consenso).

Empenhado na proposta de redefinir os aspectos procedimentais das contratações públicas, Moreira Neto (2008, p. 142) acentua que a expansão do controle, “tanto em sede política, quanto em sede jurídica”, fariam ascender a “eficiência”, a “economicidade” e, sobretudo, a “legitimidade” dos resultados. Por fim, vale mencionar as orientações de Valle (2013), naquilo que tange as “escolhas públicas num cenário de sociedade de risco”, no sentido de atribuir às ações do Estado três predicções fundamentais:

1º) Abertura cognitiva aos vários agentes que possam contribuir à eleição da estratégia mais adequada; 2º) Abertura democrática no exercício da prognose de identificação e mitigação de riscos, e na ponderação que os riscos indicados possam reclamar; e 3º) Clareza procedimental no mecanismo de formulação das escolhas públicas, reforçando a presunção de legalidade que tradicionalmente favorece à Administração (VALLE, 2013).

4.3 CONCEPÇÃO PRÁTICA PARA FORMATAÇÃO DE UM REGIME COMPARTILHADO DE RISCOS, ANCORADO NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Inicialmente, consoante aos pontos retratados no subitem antecedente, é preciso frisar que até aqui ficou evidenciado que a Administração Pública não está adstrita à teoria da álea enrijecida pelas tradições e pela doutrina clássica do Direito Administrativo, pois o processo decisório destinado à definição das ancoras das transações estatais depende do diálogo entre fontes de caráter normativo, econômico, político, gerencial, técnico e social, surgindo desse entrelaçamento a demarcação do aquinhoamento dos eventos abomináveis, a fim de servir às diversas vontades encadeadas pela tratativa¹⁶⁷. Essa percepção baseada na dialética, especialmente para os negócios de grande vulto, exige amplo cuidado e aguda análise assentada na ciência (VIEHWEG, 1979, p. 5).

Partindo dessa observação, em primeiro lugar, é imprescindível que a Administração Pública e os demais contratantes conheçam o perfil do negócio que pretendem realizar a fim de que possam modelar adequadamente o regime de divisão objetiva das áleas. Além disso, ambos devem compreender as disposições clausulares para que não sofram dissabores tocantes a abrupta ruptura da base do acordo. Isso nos reporta ao posicionamento de Sampaio (2013), destacado no subitem 4.1. O entendimento entre as partes (incluindo a sociedade civil e os potenciais interessados) numa fase pré-contratual (estágio de *puntução*, edital e proposta) demonstrará maior grau de transparência e certeza quanto conclusão da execução pacto definitivo. Conseqüentemente, a confiança se estabelecerá por todo período de vigência da convenção, satisfazendo assim, as balizas constitucionais alusivas aos contratos administrativos e favorecer um *accountability* mais acurado.

Numa segunda ordem, é preciso que se saiba qualificar as alternativas postas no mercado para minimizar as perdas. Aqui é primordial entrelaçar adequação, proporcionalidade, razoabilidade e necessidade, em conformidade com os aspectos de natureza técnica. Dessa maneira, contratos correlatos de seguro devem ser apurados com certo rigor, de modo que a garantia seja alinhada ao objeto

¹⁶⁷ Em inteligente passagem García-Pelayo (2005, p. 206) descreve que decidir consiste em eleger entre duas ou mais opções, com um mínimo de margem de possível de incerteza. Assim, segundo o autor, em termos gerais, para controlar os fatores de instabilidades é preciso que haja formulação e organização das decisões estatais apoiadas na discussão entre organizações empresarias, sindicatos e organizações de interesse público.

primário do acerto e a capacidade financeira das partes permita a reversão de eventuais prejuízos não assegurados. Contudo, é imperioso ponderar que a quantificação do risco afeta o custo da contratação das garantias, pois quanto maior a álea, mais elevado será o valor do prêmio a ser pago pela apólice. Diante disso, deve-se mensurar se o caso concreto demanda efetivamente salvaguarda, bem como o quanto do empreendimento requer essa proteção. Esse esforço tem por propósito sanear os riscos, otimizar recursos e propiciar modicidade de tarifas.

Conjugando essas dois intervalos iniciais, o ponto chave para diminuir as despesas dos contratos de concessão e PPP patrocinadas é remeter a elaboração do projeto básico e executivo do empreendimento ao parceiro privado¹⁶⁸. A razão de ser dessa afirmação é fundada no fato de residirem na modelagem do plano (por ser mal estruturados ou pela realização extemporânea), as falhas que emperram a execução do negócio. Sob a ótica de Garcia (2013), o “principal” infortúnio para execução dos acordos de parceria não se situa na escassez de crédito, mas sim na arquitetura dos seus planos.

Um dos instrumentos de relevante magnitude para os tratos de natureza prolixa seria o “Procedimento de Manifestação de Interesse” – PMI (ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP) já adotado pela Comunidade Europeia como “Diálogo Concorrencial”, pois seu escopo se direcionaria ao oferecimento de estudos, projetos, levantamentos e investigações capazes de auxiliar o Poder Público na tarefa de delimitar adequadamente o objeto da concessão ou da parceria público-privada (GARCIA, 2013). Dependendo dos critérios estabelecidos para condução desse expediente e definição do conteúdo a ser firmado, por intermédio desse mecanismo, se tornaria possível obter avaliações de áreas diversas e sob olhares variados¹⁶⁹ (ambiental, engenharia, financeiro, regulatório, entre outros). Segundo Belem (2013, p. 26), as principais vantagens do PMI seriam: a) agilidade do processo de produção dos estudos; b) não comprometimento imediato de

Segundo Garcia (2013), conforme a complexidade empresarial do empreendimento (técnica e econômica) é conveniente deixar a cargo do *expert* tanto a confecção do projeto quanto a sua execução. Esse perfil configuraria a modalidade típica contratação “*turn-key*” Em contrapartida, Zanchim (2012, p. 143) traz o pensamento de Trujillo *et al.* (1997, p. 4) que rebate essa tese, sustentado que a fragmentação do contrato prestigia o melhor desempenho em cada uma das etapas do empreendimento (só assim “seria possível contratar o melhor projetista, o melhor construtor e o melhor operador...”).

¹⁶⁹ Vale mencionar os art. 21, da Lei nº 8987/95, art. 31, da Lei nº 9.074/95², art. 2, §1º e art. 3º, do Decreto Federal nº 5.977/2006, Decreto nº 43.277/2011 do Estado do Rio de Janeiro, art. 2º da Lei nº 11.922/2009 e art. 9º, §1º, da Lei nº 12.642/2011.

recursos orçamentários; c) possibilidade de acessar modelos inovadores de provisão de serviços públicos e de novas soluções tecnológicas; d) economia na elaboração de projetos; e e) possibilidade de testar o interesse do mercado em determinados tipos de empreendimentos de interesse público. Este mesmo autor ainda expõe as utilidades do procedimento ao setor privado: a) maior aproximação com agentes públicos direta ou indiretamente envolvidos com o empreendimento, o que pode ser um fator relevante na obtenção de informações que geralmente poderiam ser acessadas pelos demais competidores; b) possibilidade de influir nas decisões que o Poder Público necessariamente deverá tomar ao longo do processo de estruturação da parceria; c) possibilidade de adquirir e dominar o conhecimento acerca de informações técnicas e financeiras envolvidas; e d) mais tempo para preparar suas propostas econômicas e/ou técnicas, se for o caso (BELEM, 2013, p. 27).

Lembra-nos Zanchim (2012, p. 122) a prática mais usada comumente que seria o *brainstorming* através do qual, especialistas descreveriam possíveis ocorrências em cada projeto. Daí se deduziria os riscos, e ainda, suas avaliações e respectivas classificações. O autor também faz menção aos questionários e pesquisas feitas por *experts*. Esses métodos em especial, são considerados delongados demais para se aplicar à nossa proposição.

A lógica *fuzzy* (*fuzzy logic*) também se mostraria como mais um recurso para identificação dos riscos, por meio do qual se chegaria às áleas “administráveis, médias”, “severas” e “muito severas” em face à ocorrência do impacto (ZANCHIM, 2012, p. 124). Na concepção de Ribas (2012, p. 592), a metodologia *Fuzzy Analytic Hierarchy Process* (FAHP) seria outro meio alternativo para a mitigação das perdas potenciais baseada em uma apuração “multicriterial”¹⁷⁰. Zanchim (2012, p. 130-131) aponta suas críticas a esses formatos matemáticos, levando em conta a indisponibilidade de “dados na mesma quantidade e com a mesma qualidade para os contratantes”, questão que resvala em inúmeras variáveis que podem acabar gerando desajustes na equação dos riscos.

¹⁷⁰ O metodologia é explicada por Ribas (2012, p. 592) que o descreve, em síntese, da seguinte maneira: “O método FAHP é baseado na definição de critérios e alternativas de escolha. Os critérios surgem a partir da decomposição do processo decisório em diferentes aspectos e são representados pelo vetor $C_n = (C_1, C_2, C_3, \dots, C_n)$. As alternativas de escolha, por seu lado, constituem as diferentes alternativas que serão analisadas e hierarquizadas pelo método FAHP no processo de tomada de decisão. Essas são representadas pelo vetor $A_n = (A_1, A_2, A_3, \dots, A_n) \dots$ ”

Dentre esse, nos parece que o PMI representaria a mais eficiente ferramenta para coleta de informações e soluções para estruturação de projetos caracterizados pela natureza complexa. Contudo, essa perspectiva estaria vinculada à capacidade da Administração quanto à definição dos objetivos, promoção e gerenciamento do procedimento, com eficiência e eficácia. Esse pensamento se alinharia às conclusões de Belem (2013, p. 31).

Feita essa digressão, o terceiro passo envolveria a definição das cláusulas propriamente ditas e a descrição dos termos do contrato para posterior publicidade. A linguagem empregada no texto, por mais que se fossem impregnadas de expressões técnicas deveriam conter um glossário no sentido de se conformar a princípio da acessibilidade à informação, consubstanciado na Lei nº 12.527/2011, para todos pudessem fiscalizar o cumprimento das obrigações asseveradas¹⁷¹. O préstimo da discricionariedade técnica para o regime de distribuição da álea consiste na adequada gestão das consequências negativas decorrentes dos riscos do contrato, a fim de torna-las minimamente prejudiciais ao negócio jurídico. Os reflexos desse procedimento remeterá a atenuação das perdas para as partes contratantes, bem como para os contribuintes e demais envolvidos (ex. investidores, financiadores, seguradoras etc.) (RIBEIRO, 2011, p. 81). Não há como deixar de lado a inteligência de que os negócios jurídicos da Administração, com relevo empresarial, devem se adequar a dinâmica do mercado e, ao mesmo tempo, seguir os contornos normativos tocantes a sua estabilidade, pois as transações variam de perfil para perfil devido o tempo de vigência, a complexidade do objeto, o tamanho do projeto, o local, as pessoas abrangidas, as ferramentas empregadas, as consequências jurídicas etc. Alinhado a esse pensamento, Yuan (2011, p. 25) afirma que os planos de grande escala demandam apuração minuciosa relacionada à quantidade e qualidade dos riscos, onde, muitas vezes, são utilizados métodos orientados por técnica de abordagem e simulação probabilística. Aqui devem ficar constatadas ameaças de natureza genérica e específica e os seus graus de ocorrência. O autor ainda destaca que, para fins de quantificação, é certo encontrar uma variação padrão (alteração nos preços unitários, quantidades e dias

¹⁷¹ Não é demais frisar que a Administração Pública tem o dever constitucional de manter seus cidadãos informados quanto aos atos praticados por qualquer órgão ou entidade a ela vinculados. Conjugando os artigos 3º, inciso II e 8º, ambos da Lei nº 12.257/2011 conclui-se que tal atribuição independe de solicitações. A inobservância dessas disposições poderá ensejar responsabilidade civil e administrativa.

praticáveis), sob a qual se incorpora os custos do projeto e a estimativa de duração, e outras consideradas específicas, ligadas a eventos incertos não calculados.

Dentro dessa consciência, Richer (2008, p. 669-673) reforça a importância da dilatação do ambiente público negocial para alcance da materialização do bem comum, fato que reclama uma aproximação entre as complexas modificações da pós-modernidade e a vontade universal. Dessa forma, o autor salienta a imprescindibilidade da adoção de meios que viabilizem o enfrentamento do desequilíbrio contratual, amparados sobre pilares científicos e financeiros por intermédio de uma real ponderação entre interesse público e privado sitiados pelos riscos. Fica claro aos olhos de qualquer cidadão que o gestor estatal é incapaz de definir, por is só e antecipadamente, aspectos tecnicistas de projetos inseridos em setores que exigem construção e manutenção das infraestruturas do Estado. Há de se adicionar a isso *gaps* tocante à escassez de recursos para implementação de grandes empreendimentos e de serviços tecnologicamente avançados.

Não é ocioso sublinhar a questão que envolvera a repartição dos riscos nos contratos de exploração de petróleo, onde ficou demonstrado que o regime eleito pelo legislador se mostrara inadequado, uma vez que, nas áreas localizadas no pré-sal, se teria a certeza da existência de vastas jazidas. Com isso, se tornara razoável ampliar o controle da produção pela União, tendo em conta a diminuição da alíquota exploratória atribuída ao concessionário. A inovação normativa, por meio da Lei nº 12.351/2010, não dissolve o problema, pois a equação estabelecida pelos parlamentares não representava (exatamente) aquilo que se vivenciaria na prática. Ficou assentado que, diante daquele cenário, as inconveniências da contratada seriam mínimas e a probabilidade de lucro certo. Essa lógica desconsiderou as contingências de natureza distinta, tais como: a) existência de tecnologia hábil à realização das perfurações na profundidade necessária para extração de petróleo; e b) quantidade de petróleo capaz de ser extraída nas novas jazidas (FREITAS, 2012, p. 146-150). Isso demonstraria que as divisões das instabilidades contratuais mereceriam ser detalhadas no âmbito de cada negócio, sob o amparo de decisões técnicas e especializadas em torno dos conceitos de eficiência daquele segmento.

4.4 UMA DIMENSÃO APLICATIVA DO EXPOSTO: ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À LEGITIMAÇÃO DA OPÇÃO PELA MODALIDADE CONTRATUAL CONCESSÃO PATROCINADA

A Administração Pública é, sob um viés constitucional, provedora de direitos e garantias, assim como fornecedora de bens e serviços. Se a sociedade contribui para que máquina administrativa funcione a seu favor, nada mais coerente do que a estrutura organizacional do Estado ser modelada para atender aquilo que se propôs por intermédio do pacto social. A burocracia gerencial, a má empregabilidade dos recursos financeiros, a crise fiscal, o disparate da inflação e os atos de apropriação da coisa pública poderiam ser citados como eventos ensejadora da ineficiência estatal, conforme já discorrido no Cap. 3.

A perda da autossuficiência do governo resultara na transferência de parte das suas atribuições à iniciativa privada, como forma de redefinir as competências, reorganizar as finanças e retomar a eficiência. Nessa direção, os contratos de concessão ganharam tamanho relevo, já que por meio deles se tornara possível delegar aquilo que antes recaía sobre o eixo do Poder Público. O movimento centrífugo aliviaria a sobrecarga da Administração e elevaria, em tese, a *performance* governamental.

A perplexidade dessa virada estaria no aumento da carga tributária, em paralelo ao custeio de determinados serviços por meio de tarifas cobradas aos usuários. Apesar de parecer paradoxal, esse desenho se fez em um cenário real. O ponto crucial se assentaria sobre a definição daquelas atividades que, por mais que estivessem sendo disponibilizadas pelos parceiros privados, continuariam sendo subsidiadas pela receita do Estado. Por outro lado, resistiria um hiato quanto à eleição das demais prestações que ocasionariam cobrança de preço público e a modelagem de repartição dos riscos. Nesse ponto, merece salientar que a delegação de serviços públicos, antes de qualquer coisa, deveria se dar em razão do incremento gerado à satisfação das necessidades individuais e coletivas da sociedade civil.

Nessa rota, as concessões patrocinadas se integrariam aobloco estratégico para solver problemas ligados à infraestrutura do Estado, com um propósito maior voltado ao alavancamento do desenvolvimento econômico e social. A proposta foi pensada sobre um formato capaz de promover o encontro dos *gaps* estatais e o

know-how dos parceiros privados. Essa conexão se encaixaria na perspectiva de Administração ampliada, convertida em um aparato triunfante para suprimento das vicissitudes da pós-modernidade. Dentro desse quadro, Pliscoff e O. Araya (2012, p. 175-176) descrevem que fatos como inabilidade dos organismos públicos para lidar com demandas cujo objeto depende de suporte especializado, pobreza regionalizada e disparidade na condução das práticas para atendimento do interesse geral, influenciaram a entrada desse instituto no universo dos contratos administrativos. Complementando a inteligência dos referidos autores, as ambivalências inseridas no ambiente desses negócios tornara inevitável o caminho para as parcerias que logo tomariam forma de técnicas de gestão para melhor administrar os exíguos recursos governamentais¹⁷².

Segundo Fernandez e Carraro (2011, p. 2), devido o insucesso dos regimes gerenciais em atingir razoáveis patamares dentro de uma concepção pautada no referencial de bem estar social, coube à comunidade inclinar-se sobre experimentos destinados a solução de embaraços e obstáculos para concretude das balizas fundantes do *welfare state*. O passo inicial se dera no começo da década de 1980 com as privatizações cuja finalidade era a transformação dos serviços ineficientes em prestações de alta qualidade para o corpo coletivo. Em seguida, a contratação de pessoas jurídicas particulares, figurada nos pactos de concessão, ocupara a agenda social-democrática como proposta de reestruturação dos bens públicos e transferência de responsabilidades.

A consagração e o êxito dos ajustes dessa natureza, compostos pela interlocução de vontades mixadas, estariam submersos na adequada alocação de riscos, correspondente à capacidade de gerenciamento dos contratantes, bem como na objetiva fixação das respectivas obrigações. Desse modo, o propósito ali delineado estaria elevado a um grau de probabilidade soberana de adimplemento. Este arranjo permitiria uma flexível governança sobre o planejamento dos recursos, o monitoramento dos serviços e a avaliação dos resultados, desonerando também a

¹⁷² Aproximando o desenvolvimento da ideia transposta para o texto, merece analisar o elenco exposto pelos autores chilenos ao fazerem menção às motivações que fomentaram o acordo político público-privado, acionando um plano de parcerias: a) “ainsuficiência de recursos públicos para enfrentar a escassez de infraestrutura pública”; b) “o estabelecimento de parcerias no financiamento e gerenciamento de infraestrutura reduziria este déficit”; c) “a experiência internacional apoiou a eficácia destas disposições institucionais; d) Para resolver os déficits em infraestrutura”; e e) “O estabelecimento de parcerias tornaria possível liberar recursos do estado para outros investimentos de alto impacto social” (V. PLISCOFF E O. ARAYA, 2012, p. 188).

parcela de ônus carregada exclusivamente pelo Estado. (DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT, HERITAGE AND LOCAL GOVERNMENT, 2004, p. 9).

Os acordos jurídicos mais ambiciosos demandariam aplicação de expressivos valores, tecnologia avançada e prazo extenso, se colocariam numa cavidade fluida sob a qual plurais flutuações influenciariam a base do trato realizado, características que demonstrariam a incompletude dessas transações, ensejando a inserção de cláusulas mutáveis a serem sacadas, caso necessário, no decorrer da execução. (E.BOARDMAN E R. VINING, 2012, p. 123).

Assim, a opção pela contratação da iniciativa privada para prestação de serviços de utilidade pública requereria uma escolha motivada, não só quando a justificativa pelos ajustes (tais como a necessidade do serviço, a inadequação/incapacidade do Estado provê-lo, por si só, e a aquisição de eficiência), mas também quanto ao arranjo de repartição de riscos a ser adotado. Trazendo para cá a metódica e o pragmatismo examinados no subitem 4.3, a legitimação da decisão se ancoraria nos seguintes quesitos: 1º) o que justificaria a partilha objetiva dos riscos de uma maneira ou de outra? 2º) quais riscos deveriam recair efetivamente sobre a Administração? 3º) quais seriam as alternativas para desonerar a máquina administrativa? 4º) como controlar os eventos indesejáveis, assumidos pelo Poder Público? 5º) quais resultados se buscaria com o formato selecionado? 6º) qual técnica se mostraria mais adequada para atender o regime eleito?

Na primeira inquirição, haveria que se aferir se objeto da concessão reclamaria a alocação de determinados riscos ao governo. A importância de referencial estaria no refinamento dos editais e propostas contratuais para evitar licitações desertas ou, quando eficazes, inibir a procrastinação do empreendimento e minimizar a probabilidade de inexecução.

A segunda indagação estaria a precaver os impactos de toda ordem que poderiam atingir o orçamento público e os direitos fundamentais. Isso permitiria a articulação de medidas de precaução e prevenção, tema já retratado no subitem 1.1, para mitigar os desdobramentos prejudiciais ao corpo social. Essa engenharia harmonizaria o apelo da sociedade de risco aos valores traçados pela Carta de

1988, numa lógica garantista¹⁷³ tanto na acepção positiva quanto negativa (política integral de proteção dos direitos). Na terceira questão se buscaria desvelar potenciais interessados em assumir parcelas de responsabilidades no que tange as âleas, como seguradoras e empresas especializadas em gerir parte dos riscos. Isso, de certa forma, aliviaria as inconveniências e possíveis perdas durante a execução do contrato. Dependendo do escopo e do objeto do pactuado não se teria por necessário esse expediente, uma vez que a experiência e a *expertise* já adquirida pela Administração dariam conta do gerenciamento das prováveis eventualidades.

O quarto quesito teria por finalidade estabelecer os procedimentos, processos e mecanismo de controles alusivos ao andamento da empreitada, em observância ao devido processo legal e obrigatoriedade da prestação das contas públicas. Aqui o termo “transparência” ganharia maior amplitude, em consonância com a máxima entonação do princípio da publicidade. Ferramentas de divulgação do desenvolvimento das atividades (cronograma, etapas das obras, desempenho da construtora, metas por estágios, valor estimado, capital já empregado, partes envolvidas, custo global, balanço, entre outras matérias indispensáveis de serem conhecidas pela coletividade) e canais de interação com o Poder Público, tais como ouvidorias, audiências, fóruns, sítios virtuais (*websites*) abertos à comunidade e demais meios de participação popular. Ademais, entrariam nessa lista os regimentos regulatórios, jurisprudência do TCU, normas técnicas, centrais especializada no monitoramento das ações governamentais, relatórios de entidades (de organismos estatal e não-estatal), órgão responsáveis pela fiscalização do contrato etc.

No quinto questionamento, se acomodaria a uma espécie de balança sob a qual seriam ponderadas as perspectivas de maximização e de minimização. Assim, determinada modelagem poderia ter por objetivo (no toca aos interesses da

¹⁷³ O termo é um neologismo do Séc. XIX que, segundo Ippolito (2011, p. 35) ganhara significado expressivo com Fourier (*garantisme*), autor que afirmara que a denominação consistiria num “sistema de segurança social que procurava salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada”. Ippolito (2011, p. 35) ainda revela que De Ruggiero entendeu por garantismo a concepção “da liberdade política [...] como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado” (De Ruggiero, 1984, p. 63), ou seja, a “concepção das garantias da liberdade” (De Ruggiero, 1984, p. 57) que começara a tomar forma com Montesquieu, em torno da análise da constituição inglesa e da correlativa teorização sobre as técnicas de limitação dos poderes públicos face à tutela dos indivíduos. A maior influência sobre a interpretação da palavra foi de Ferrajoli (1989) que a consagrou como teoria do Direito Penal, voltada para proteção dos direitos fundamentais. A fim de dar um novo contorno à expressão nos valemos desse título para afirmar que o conceito seria uma inflexão do direito fundamental à boa administração, conforme exposto no art. 41 da Carta de Nice.

Administração) mitigar o risco ambiental. Já em outra, o escopo estaria voltado para diminuição dos riscos geológico, hidrológico e financeiro. Numa terceira hipótese, seria possível estabelecer como objetivo a maximização o abastecimento à região específica, ou potencializar a tecnologia em um setor particular, intensificar a segurança e assim por diante.

Por fim, restaria eleger, dentre vários artifícios, aquele que melhor afastasse a incidência de riscos, sob o ponto de vista técnico. Poderíamos citar como exemplo a circunstância em que se encontram as obras da Linha 4 do Metrô, em andamento na cidade do Rio de Janeiro. Esse tipo de empreendimento exigiria um apurado corpo de especialistas para evitar consequências de enormes proporções. Isto posto, os métodos empregados foram pensados de acordo com situações que seriam enfrentadas durante a execução. Dessa forma, o procedimento convencional de “detonação” com dinamites fora utilizada ao longo do cronograma para escavação de túneis. Entretanto, devido à densidade populacional da área submetida à perfuração subterrânea, houvera a necessidade de se adotar um moderno procedimento: o “Tatuzão”. Esta máquina teria sido idealizada para minorar os impactos alusivos à construção e adequar as ações implementadas ao tempo do contrato. Entre todos os mecanismos, aquele se mostrara mais eficiente. Outro apetrecho menos impactante fora o “Fio Diamantado”, ferramenta que ajudara no corte das rochas de modo a evitar perturbações à comunidade do entorno (CCRB, 2013, p. 4).

Em relação a esse último tópico, é bem verdade que muitos dos planos de caráter técnico se aperfeiçoariam à medida que os empecilhos fossem evidenciados. Todavia, os aspectos ínsitos à previsibilidade deveriam compor todo delineamento concebido na fase preliminar do negócio.

Em síntese, essa plataforma serviria como matriz para legitimação da transferência de riscos à Administração Pública nos contratos administrativos tipo concessão patrocinada, a fim de garantir a adequada prestação dos serviços, a modicidade das tarifas e a eficiência fundada na dimensão constitucional. Isso nos remeteria às observações de Pereira Junior e Dotti (2010, p. 316) que enunciam “a busca do consenso prévio à definição de prioridades, objetivos e metas, bem como a adoção de técnicas adequadas de planejamento, execução e controle” em alusão aos princípios e vetores inscritos na Constituição.

Conclusão

A partir da análise desse diálogo entre autores dos campos da Sociologia e do Direito, pôde-se concluir que os avanços da ciência e da tecnologia trouxeram maior comodidade, tal como elevaram a expectativa de vida da espécie humana. Entretanto, um grande mal-estar se estendeu pela pós-modernidade, em decorrência do fenômeno da globalização e do universo desconhecido que varreu as tradições enrijecidas. As barreiras da ética e da moral foram arrebatadas, e as leis perderam força coercitiva, uma vez que o homem deixou de lado princípios e valores consolidados na história para adotar postura distinta, em busca do poder econômico. As individualidades passaram a prevalecer sobre a vontade geral e o Poder estatal foi incapaz de conter as veementes violações aos denominados “direitos fundamentais”.

Na tentativa de recompor as estruturas da Administração e fortalecer os pilares do governo, os gestores da máquina pública não souberam definir um plano estratégico focado na otimização dos processos para promoção de direitos e garantias. Já era tarde para reverter o quadro crítico que avançara sobre a sociedade, caracterizado por ameaças, ambivalências, obscuridades, incertezas e riscos de naturezas diversas.

Faltavam sustentáculos destinados à redução das perdas atinentes à “mão invisível” do Estado e aos privilégios concedidos às oligarquias. Perigos concretos e abstratos surgiam continuamente, tornando as relações ainda mais arriscadas e desprovidas de segurança. Prejuízos de toda ordem (econômico, ambiental, social, estrutural etc.) colocaram em xeque a vida e a liberdade das futuras gerações.

A consagração dos princípios da prevenção e da precaução fez surgir uma nova perspectiva para a salvaguarda do interesse público e da dignidade. Contudo, os mandamentos cunhados sobre o prisma da prudência não poderiam servir de arena para um dissenso desmedido. O descuido no balanceamento dessa matéria ocasionaria desencontros com os objetivos ligados ao aperfeiçoamento da

infraestrutura estatal, engessando assim, o progresso da nação. Apesar de todas as medidas de contenção, não haveria como dizimar o risco, pois seria ele inerente ao convívio coletivo. O discurso de eliminação total de incidentes gravosos se revelara mera utopia.

O agir administrativo foi realinhado para se encaixar a uma órbita aquosa, a fim de manter as bases do Estado democrático de direito e evitar *déficits* hábeis a macular a confiança do país. A junção das forças público-privadas, somada aos estímulos para exercício da cidadania, entrou na agenda política contemporânea, com intuito de atender o bem comum na sua dimensão presente e prospectiva. Essa reconfiguração tomou por referência o princípio da eficiência que, ante ao direito fundamental à boa administração, impulsionou a perseguição por melhores resultados.

A Administração Pública rompeu com o imperialismo exacerbado e se rendeu às tendências do mercado, pois o modelo isolado de gestão desvelou-se ultrapassado. Os atos unilaterais e os preceitos normativos tinham perdido sua legitimidade. Os órgãos governamentais não tinham mais condições de atender os reclames da massa. Nessa toada, o contrato foi inserido na esfera administrativa para permitir a formação de elos entre o Estado e os demais organismos privados, tais como: empresas, fundações solidárias e pessoas físicas, com propósito de elevar a qualidade dos bens e serviços fornecidos à população. Esse entrelaçamento aguçou olhares desconfiados sobre o perigo de deturpações e desvirtuamento das justificativas assentadas no anseio universal que, no fundo, trariam por trás um desvio de finalidade para favorecer pequenos grupos. A despeito das dúvidas e ambiguidades, não restara saída para alavancar a economia, a cultura, a saúde e a educação, a não ser suportar os inconvenientes da atmosfera fluida que atormentara a conjuntura negocial.

Com o fito de minimizar os influxos dos riscos presentes nos ajustes firmados pelo Poder Público, foram concentrados esforços para estagnar as consequências concernentes à má formulação dos termos e ao inadequado gerenciamento das perplexidades. Nesse sentido, um formato foi tracejado pela Lei nº 8.666/93, ficando definido que as probabilidades indesejadas deveriam ser separadas em áleas ordinárias e extraordinárias. Todavia, este contorno revelou-se descabido aos empreendimentos de grande vulto, a pretexto da subjetividade das

descrições normativas que desencadeara uma sobrecarga de gravames à Administração e extensos desfalques ao orçamento. Por outro lado, as cláusulas exorbitantes colocara em questão o efetivo cumprimento das obrigações contraídas pelo governo. Dessa forma, desvelou-se necessário apurar, com mais afinco, a repercussão das contingências, tendo por escopo a prévia acomodação dos riscos, conforme a capacidade de abrandamento das perdas por cada contratante.

As concessões, permissões e autorizações ganharam regramento específico através da Lei nº 8.987/95, ficando asseverado que o parceiro privado, uma vez assumindo o compromisso de prestar serviços à coletividade, faria por sua conta e risco. A primeira impressão foi no sentido de que só a ele caberia o peso da quebra do equilíbrio econômico-financeiro. Não obstante esta equivocada interpretação, os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da vedação ao enriquecimento sem causa e a teoria de imprevisão deram outra conotação ao conteúdo. Nestes termos, aquela leitura destoara completamente da *mens legis* e da *mens legislatoris*, já que sua designação voltara-se para devolução das atividades desempenhadas anteriormente pelo empresariado ao seu antigo executor. Isso significava reduzir às incumbências das instituições governamentais e transformar, algumas delas, em agências reguladoras.

Em seguida, foram instituídos tipos diferenciados de convênios por intermédio de OSs (Organizações Sociais), OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e Sistema “S” para que serviços não essenciais fossem prestados por essas associações em cooperação e colaboração com os entes federativos, funcionando como mais uma alternativa de desoneração das atribuições e encargos dos órgãos públicos. Os consórcios também se enquadraram nesse propósito, culminando em um método de compartilhamento de ônus entre União, estados, distrito federal, municípios e demais pessoas jurídicas coligadas.

Apesar da edificação desse arcabouço, na prática, a *performance* do Estado não chegara a alcançar os níveis desejáveis. Preliminarmente, isso se deu em razão das mudanças, meramente, internas, focadas na desburocratização dos processos e no encolhimento do aparelho estatal. A partir de 1995, foram implementados no Brasil, pacotes de reforma administrativa que tinham por escopo elevar o desempenho do país, tomando por base os programas neoliberais de Margaret Thatcher (Grã-Bretanha), Ronald Reagan (Estados Unidos) e Tony Blair (Grã-

Bretanha). Após inúmeras propostas de replanejamento, ficara constatado que todas tinham falhado. A desigualdade econômico-social e letárgico transcurso para o manejo eficiente dos recursos públicos permaneceram assombrando a sociedade. A ausência de uma matriz democrático-participativa fizera com que a distância entre governante e governados fosse mantida. A insuficiência de troca de ideias e de coletas de informações, fatores indispensáveis para construção de um comando sólido e dotado de legitimidade, atrasara ainda mais o desenvolvimento nacional.

Isto posto, a aleatoriedade dos contratos públicos se tornara patente, dado que a carência de conhecimento tocante às eventualidades de categoria peculiar ampliara a face oculta dos negócios jurídicos. Os reflexos da instabilidade político-econômica, do mesmo modo, contribuíram para a extensão das contingências. Os pactos se tornaram mais onerosos ao Poder Concedente, assim como para usuários e contribuintes. Esse cenário acabara inviabilizando o acesso das camadas de baixa renda aos bens e serviços delegados, além de suscitar ameaça de descontinuidade e de inadequada prestação.

A reengenharia da Administração Pública fora um dos itens de maior relevância para o enfrentamento das agruras da Era pós-moderna, requerendo assim, a transfiguração das estratégias de gestão. Com isso, a consensualidade ganhou prestígio no Direito Público, sendo exigida a sua predominância em qualquer tipo de negociações, exceto nos casos firmados por adesão. Destarte, a rigidez da sistemática contratual se ajustaria aos percalços da sociedade de risco e do conhecimento, oportunizando a estabilidade dos acertos, amoldando o expediente assimétrico à tônica constitucional e abrindo espaço para a discricionariedade técnica.

Nesse arranjo contemporâneo, seriam suspendidas as cortinas encobridoras dos prenúncios orquestrados por impostores travestidos de agentes políticos. Pormenores como: desapego ao tom poético da legislação, a releitura dos dogmas, o amadurecimento da prática e o diálogo aberto, favoreceriam a ascendência da legitimidade. As escolhas não mais seriam motivadas por uma única concepção de interesse público, mas sustentada por perspectivas diversas quanto ao conceito de bem comum.

As PPPs (Parcerias Público-Privada) entraram na ordem jurídica brasileira para se agregar ao perfil regenerado do Estado, trazendo na sua essência uma

ordenação para partilha objetiva dos riscos. Essa tipologia contratual fora pensada com a finalidade de estimular o investimento em infraestrutura, sem comprometer a economicidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade. Ademais, havia a intenção de transferir ao particular, além da incumbência da confecção dos projetos, também a construção, a operação e a manutenção dos bens e serviços de utilidade pública. Tudo isso, obrigatoriamente, teria que estar minuciosamente detalhado nos termos do ajuste, sob pena de dilatar as imprecisões e contaminar o vínculo obrigacional. O conjunto de garantias discriminadas na Lei nº 11.079/04, adicionado aos estudos prévios de impacto financeiro, operacional, fiscal, regulatório, ambiental e social, se sobressaía como dispositivos de mitigação “riscológica”.

Diante da complexidade dos empreendimentos de grande vulto (pertinente ao elevado valor investido, bem como às especificidades técnicas), ficou constatado que as concessões na modalidade PPP (administrativas e patrocinadas) seriam mais suscetíveis à otimização dos resultados, contemplando os envolvidos, diretos e indiretos, de maneira mais satisfatória. Por conseguinte, a capacidade de atração de novos negócios estaria expandida, proporcionando uma factível aceleração do crescimento e gradativa diminuição do custo global dos contratos.

Nessa mesma linha de intelecção, as concessões patrocinadas deveriam ser modeladas de modo a permitir um regime compartilhado de riscos, conforme a capacidade gerencial de cada contratante. Nesse aspecto, ficaria para o Poder Público parcela das áleas de fácil gestão e, em contrapartida, o parceiro privado teria sob sua responsabilidade as contingências inseridas dentro do seu universo hábil. Por consequência, as tarifas se tornariam mais acessíveis à população de baixo poder aquisitivo, bem como elevaria a qualidade, a regularidade e a segurança dos serviços prestados à coletividade. Com isso, metas e objetivos seriam mais facilmente alcançados, da mesma maneira que os resultados se acomodariam à eficiência sob suas diversas dimensões.

Um instrumento fundamental para depuração das contratações pública ficara conhecido como “Procedimento de Manifestação de Interesse” (PMI), ferramenta capaz de dotar o Estado de informações conferidas por *experts*, além de permitir a coleta de dados junto à sociedade civil e potenciais interessados. O conjunto de referências daí extraído suscitaria congruência entre objeto, objetivo, justificativa, finalidade pública e viabilidade do empreendimento conforme acordado. Dessa

forma, as escolhas governamentais se mostrariam mais legítimas, tendo em conta seu caráter dialógico e consensual. Ademais, o arranjo de divisão das contingências se alinharia às circunstâncias concretas em torno do negócio proposto.

Seguindo a rota da eficiência, o governo federal lançou o chamado “Regime Diferenciado de Contratação”, propondo uma nova concepção quanto aos pactos firmados pelo Poder Público. A finalidade desse modelo negocial hodierno se voltara para a ampliação da competitividade, incentivo à inovação, incremento da tecnologia, aquisição de *know-how*, fortalecimento da infraestrutura nacional, readequação dos procedimentos licitatórios e realinhamento das decisões do gestor público às premissas para o desenvolvimento.

Parece ser esse o marco que inaugura a trajetória dos contratos administrativos para os resultados perseguidos pela sociedade contemporânea e pelas gerações prospectivas. Antecipar-se aos eventos futuros significa primar pela perpetuação da dignidade da pessoa humana, por isso aperfeiçoar os métodos deve ser tarefa contínua. A única certeza que temos é que as respostas daqui extraídas, em breve, não responderão nossas dúvidas.

Referências Bibliográficas

ABNT NBR. *ISO 31.000: Gestão dos Riscos: princípios e diretrizes*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://gestravp.files.wordpress.com/2013/06/iso31000-gestc3a3o-de-riscos.pdf>> Acesso em 13 dez. 2013.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Novíssimo Dicionário Jurídico*. Vol. I. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Bosh, 1970.

_____. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milão: Giuffrè Editore, 1953.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 335-349.

ALVARES, Mariell Antonini Dias. Princípio da Precaução como instrumento adequado para resolução dos problemas ambientais de segunda geração. *Revista de Direito Ambiental*, ano 18, vol. 71, jul./set, 2013, p. 35-52.

ALVES, Denisard C. O.; LOSSO, Rodrigo de; GIOVANETTI, Bruno C. Aspectos Práticos das PPPs em Brasil com Grandes Obras. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Org.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 199-223.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. Vol. III. Lisboa: Lições Policopiadas, 1985.

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no Serviço Público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ANDRADE, Regis de Castro (Coord.). Estruturas e Organizações do Poder Executivo frente à opção pelo Sistema de Governo. *Boletim CEDEC (Centro de Estudos de Cultura Contemporânea)*, São Paulo, nº 13, jan./mar, 1993, p. 01-04.

ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. Agências Reguladoras na sociedade de riscos. *Revista Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10629. Acesso em 21 jun. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005, pp. 293-310.

_____. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, nº 2, maio/junho/julho, Salvador, 2005.

ARENDDT, Hanna. *On Revolution*. New York: Pinguim Books, 1990.

ATHAYDE, Augusto de. *Poderes Unilaterais da Administração sobre o contrato administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Forense, 2002.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguiar; _____ (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 307-326.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Sitiada* Trad. Bárbara Pinto Coelho. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BELEM, Bruno M. F. M. O Procedimento de Manifestação de Interesse como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. *Fórum de Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, mar. 2013, p. 23-32.

BELTRÃO, Hélio. *Descentralização e Liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 1984.

BETONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; KNOERR, Viviane Coelho de Séllos. Cidadania, Dignidade e o Princípio da Eficiência. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, jan./jun., 2011, p. 237-257.

BECK, Ulrich. *Qu'est-ce que le cosmopolitisme?* Paris: Alto-Aubier, 2005.

_____. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____. Sociedade de risco. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 23 mai. 1999. Caderno Mais! Pag. 5. Entrevista. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/fsp/1999/05/23/72/>> Acesso em 03 dez. 2013.

BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoria General de los Contratos Administrativos*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. t.2. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BITTENCOURT, Sidney. *Parceria Público-Privada passo a passo: comentários à Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP na Administração Pública*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BM&F BOVESPA. *Novo Valor: sustentabilidade nas empresas. Como começar, quem envolver e o que priorizar*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/download/guia-de-sustentabilidade.pdf>> Acesso em 12 jan. 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; NEVES, Cesar das. Parceria Público-Privada: Riscos e Mitigação de Riscos em Operações Estruturadas de Infra-Estrutura. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, p. 73-118, jun. 2005.

BOURGON, Jocelyne. O cidadão no coração da reforma do setor público. In: _____. *Em busca de uma nova síntese para a administração pública: textos para discussão*. Caderno NS6. Brasília: ENAP, 2010, p. 09-20.

BRANDÃO, Luiz. E. T.; SARAIVA, Eduardo, C. G. Risco Privado em Infra-estrutura Pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos. *Revista de Administração Pública (RAP-FGV)*, novembro/dezembro, 2007, Vol. 41, nº 6, pp. 1035-1067.

BRASIL. *Diário Oficial da União*. Medida Provisória nº 630 que altera a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC e dá outras providências. Publicado em 24 de dezembro de 2013:

_____. *Diário Oficial da União*. Taxa e Contribuição de Melhorias: natureza jurídica. Os conceitos de serviço público e de obra pública, suas imbricações e a distinção entre ambos. Inconstitucionalidade de lei municipal instituidora de taxa se o fato gerador é obra de pavimentação de via pública, sendo contribuintes os proprietários e enfiteutas dos imóveis beneficiados pela obra. A posição do Supremo Tribunal Federal na exegese dos incisos I e II do Artigo 18 da Lei Maior. Parecer nº P-004 da Consultoria Geral da União, de 10 de junho de 1981, publicado no publicado em 16 de junho de 1981.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em 04 ago. 2013.

_____. *Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de*

suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm> Acesso em 03 dez. 2013.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Gestão pública para um Brasil de todos: um plano de gestão para o Governo Lula*. Brasília: MP, SEGES, 2003.

_____. Presidência. MARE. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Oficial, 1995.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: _____; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7ª ed. 9ª tir. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

_____. *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

_____. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

BRUNETTI, Martino. Discrezionalità tecnica e sindacato del g.a. tra tradizione e innovazione. *Rivista Giuridica Telematica Diritto e Scienza*, n. 3, marzo, anno 2012, p. 4-16. Disponível em: <<http://www.dirittoscienza.it/2012-marzo.pdf>> Acesso em 20 ago. 2013.

BRÜSEK, Franz Josef. Risco e Contingência. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* Vol. 22 nº 63. São Paulo, 2007, p. 69-80. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v22n63/a06v2263.pdf>>. Acesso em: 03 de mai. de 2012.

CANÇADO, Airton Cardoso; PEREIRA, José Roberto. Gestão Social: por onde anda o conceito? In: FERREIRA, Marco Aurélio Marques (Org.); EMMENDOERFER, Magnus Luiz (Org.); GAVA, Rodrigo (Org.). *Administração Pública, Gestão Social e Economia Solidária: avanços e desafios*. Viçosa: Suprema, 2010.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Discurso na solenidade para sanção da lei de concessão e permissão de prestação de Serviços Públicos*. Brasília, 13 fev. 1995. (16 min 48 s), Betacam, son., color. Disponível em: <<http://acervo.ifhc.org.br/ModuloPesquisador/pesquisa/palavraChave.do?init=true#TR10415>> Acesso em 12 dez. 2013.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública: de acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98. In: MORAIS, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios Públicos: Lei nº 11.107, de 06.04.2005, e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Supremacia do Interesse Público e Estado de Direito. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 41, jul./set., 2011.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: _____. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: fim de milênio*, v. 3. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. ¿Hacia el Estado red? Globalización económica e instituciones políticas en la era de la información. In: *Seminário Internacional sobre Sociedade e Reforma do Estado*. Anais... Brasília, Mare, 1998.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antônio Age. Reforma e Contra-reforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. *Revista de Administração Pública*, v. 32, nº 6, nov.-dez. 1998, p. 97-111.

CAVALLI, Cássio. O Controle da Discricionariedade Administrativa e a Discricionariedade Técnica. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, vol. 251, 2009, p. 61-76. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>> Acesso em 30 dez. 2013.

CCRB, Concessionária Rio-Barra S/A. *Informe da Linha 4 do Metrô*. Edição 7, ano 2. Disponível em: <<http://www.metrolinha4.com.br/wp-content/uploads/2013/05/informe-7edicao.pdf>> Acesso em 18 jan. 2014.

CEDURP-RIO, Prefeitura do Rio. *Porto Maravilha*. Veículos Leves sobre Trilhos. Disponível em: <<http://portomaravilha.com.br/web/esq/projEspVLT.aspx>> Acesso em 16 jan. 2014.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*. Brussels, 2000. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf> Acesso em 13 out. 2013. COPOLA, Gina. *Desestatização e Terceirização*. São Paulo: NDJ, 2006.

COSTA, Frederico Lutosa da. Estado, Reforma do Estado e Democracia no Brasil da Nova República. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Fundação Getúlio Vargas, Vol. 32, nº 4, jul/ago., 2003, p. 71-82.

_____. *Reforma do Estado e Contexto Brasileiro: crítica do paradigma gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

_____. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de Administração Pública; 200 anos de Reformas. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Fundação Getúlio Vargas, Vol. 42, nº 5, set/out., 2008, p. 829-874.

CRETELLA JR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

C&T BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. *Convenção sobre mudança de clima*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0005/5390.pdf> Acesso em 20 jan. 2014.

CUNHA, Marcos André da; RUIZ, Ivan Aparecido. O Princípio da Eficiência na Administração Pública: propostas para a otimização da cobrança judicial da dívida ativa. In: PEIXE, Blênio César Severo et al. (Org.). *Gestão de Políticas Públicas no Pará: coletânea de estudos*. Vol. 1. Curitiba: Progressiva, 2008.

CUNNIL GRAU, Nuria. *Repensando o Público através da Sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Tradução Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan/ENAP-DF, 1998.

DAVIES, Steve; FAIRBROTHER, Peter. Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources. *Working Paper Series Paper 39*. Cardiff University, Pryfisgol Caerdydd, School of Social Sciences, jun. / 2003. Disponível em: <<http://www.cardiff.ac.uk/socsi/resources/wrkpaper39.pdf>> Acesso em 12 dez. 2013.

DE GIORGI, Raffaele. O Risco na Sociedade Contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, nº 1, mar/jun., 2008, p. 37-49.

DE MASI, Domenico (Org.). *A Sociedade Pós-Industrial*. Trad. Anna Maria Capovilla, Luiz Sérgio do Nascimento Henriques, Marco Aurélio Nogueira, Maria Cristina Guimarães Cupertino, Renato Ambrósio. 4ª ed. São Paulo: Editora SENAC, 2003.

DE RUGGIERO, G. *Storia del liberalismo in Europa*. Roma-Bari, Laterza, 1984.

DEBBASCH, Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française. In: *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*. Tome 2, Paris: L.G.D.J., 1974, pp. 343-354.

DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT, HERITAGE AND LOCAL GOVERNMENT. *Local Authorities and Renewable Energy: A Framework for Public Private Partnerships*. First published February, 2003. Revised May, 2004. Disponível em:

<<http://www.environ.ie/en/Publications/DevelopmentandHousing/PPP/FileDownload,1750.en.pdf>> Acesso em 04 ago. 2013.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Vol. 2. Buenos Aires: S.L.R, 1965.

DINIZ, Eli. Uma Perspectiva Analítica para a Reforma do Estado. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política / CEDEC*, 1998, nº. 45, p.29-48.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, Belo Horizonte, ano 5, n.17, p. 75-96, abr./jun. 2007.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessões, permissões, Franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOUGLAS, M. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona: Paidós Studio, 1996.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel: La Théorie générale de l'Etat*. Tome III. Paris: Acienne Librairie Fontemiong & Cie., 1930.

E. BOARDMAN, Anthony; R. VINING, Aidan. *The Political Economy of Public-Private Partnerships and Analysis of their Social Value. Annals of Public and Cooperative Economics*, v. 83, n. 2, Published by Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, Oxford OX4 2DQ, UK and 350 Main Street, Malden, MA, MA 02148, USA, 2012, pp. 117–141.

ENAP (Escola Nacional de Administração Pública). *Seminário Regime Diferenciado de Contratações: dois anos de RDC*. Realizado pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), em 25 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1892> Acesso em 20 jan. 2014.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. Tradução J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Vol. 1*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA). *Making sustainability accountable: Eco-efficiency, resource productivity and innovation*. Topic report No 11, Copenhagen, 1999. Disponível em: <http://www.eea.europa.eu/publications/Topic_report_No_111999> Acesso em 13 jan. 2014.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 364*, publicação em 18 dez 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em 28 abr. 2013.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Globalização econômica e reforma constitucional. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 736, fev., 1997.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 1989.

FERRAZ, Leonardo de Araújo; REGADAS, Joana Maciel Oliveira; PIRES, Maria Helena. Terceiro Setor: aspectos relevantes das organizações da sociedade civil de interesse público e o controle externo pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 66, n.1, jan./mar. 2008.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente: fundamentos jurídicos para a sua efetividade. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio, 2012, p. 23-34.

FERNANDEZ, Rodrigo Nobre; CARRARO, André. A Teoria Econômica das Parcerias Público-Privadas: uma análise microeconômica. In: *XIV Encontro de Economia da Região Sul, ANPEC-SUL*, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.anpecsul2011.ufsc.br/?go=download&path=2&arquivo=4_974973041.pdf>. Acesso em 31 jul. 2013.

FISCHER, Rosa Maria. Brasil: compreender influência da cultura organizacional no desenvolvimento de alianças. In: AUSTIN, James (et. al.). *Parcerias sociais na América Latina: lições e colaborações entre empresas e organizações da sociedade civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

FISCHER, T. M. D. (et. al). Perfis Visíveis na Gestão Social do Desenvolvimento. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, V. 40, nº 5, set./out., 2006, p. 789-808.

FIUZA, Eduardo P. S. Licitações e Governança de Contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lucia Helena; _____ (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

FLEURY, Sonia. Reforma del Estado. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 35, nº 5, set/out, 2001, p. 7-48.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Regulação de Estado, Sustentabilidade e o Direito à Boa Administração. *Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ)*, Edição Especial, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), 2012, p. 173-185.

FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de Riscos nos Contratos Administrativos e a Lógica Econômica dos Contratos. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro* Ano XXVIII, n.48 (set/2011). Rio de Janeiro: TCMRJ, 2011. Disponível: <http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/5371/Revista_TCMRJ_48.pdf> Acesso em 20 mar. 2013.

_____. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados – Os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set., 2012, p. 139-157.

FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. *O princípio da Precaução no Direito do Ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: obrigações*. Vol. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARBADO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações & Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 13 ed. t. I. Madrid: Thompson Civitas, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. Título original: *Curso de Derecho Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000.

GARCIA, Flávio Amaral. A Participação do Mercado na Definição do Objeto das Parcerias Público-Privadas – O Procedimento de Manifestação de Interesse. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr. / jun. 2013,

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. Undécima reimp. Madrid: Alianza Universidad, 2005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato: supremacia do interesse público versus igualdade, um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiro, 2011.

GIDDENS, Anthony. Admirável Mundo Novo: o novo contexto da política. *Caderno CRH*, Salvador, UFB/CRH, n. 21, p. 9-28, jul./dez., 1994. Disponível em: <<http://www.cadernocrh.ufba.br/viewarticle.php?id=314&layout=abstract>> Acesso em 06 set. 2013.

_____. *As Consequências da Modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. *A Terceira Via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Claudio Cairo Gonçalves. *Contrato Administrativo: tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GÓMEZ, Luis Alberto. Coelho (et. al). *Contratos EPC Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, A empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiro, 2005.

GRECCO, Carlos Manuel. Contrataciones del Estado. In: MUÑOZ, Guillermo Adrés; _____. *Fragments e Testimonios del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: estúdios de teoria y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUERRA, Sérgio. Transformações do Direito Administrativo e a (In) Segurança Jurídica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

GUIDO, Landi; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de Diritto Amministrativo*. 6ª ed. Milão: Guiffé Edit, 1978.

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

HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O Risco na Sociedade Contemporânea e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental. *Revista Sequência. Universidade Federal do Paraná. Estudos Jurídicos e Políticos*, nº 45, p. 97-122, 2002. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317/13912>. Acesso em 03 mai. 2012.

HILL, Stephen. Guia sobre gestão de riscos no serviço público. *Caderno ENAP (Escola Nacional de Administração Pública)*, nº 30, Brasília, 2006, p. 36-50.

HOUSE OF COMMONS. *The Private Finance Initiative (PFI). Research Paper 01/117*, December, 18th, 2001. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>> Acesso em 12 dez. 2013.

INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE PROTECTION OF THE NORTH SEA, 1987 London. *Ministereal Declaration. Stockolm: Government Offices of Sweden*, 2008.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Trad.: Hermes Zaneti Júnior. Luigi Ferrajoli's garantism. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.3 (1): p. 34-41 jan./jun. 2011.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución. Traducción Christian Förster*. Título original: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1991.

J. FRIEDRICH, Carl. *Nomos I: O Interesse Público*. Título original: *Nomos V: The Public Interest*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KANE, John; PATAPAN, Haig. In Search of Prudence: The Hidden Problem of Managerial Reform. *Public Administration Review*, v. 66, Issue 5, sep./ oct., 2006, p. 711-724.

KEYNES, John Maynard. *A treatise on probability*. [s.l.]. Rough Draft Printers, 2008.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier Ministre*. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004000402/0000.pdf>> Acesso em 22 set. 2013.

KRELL, Adreas J. A recepção das teorias alemães sobre conceitos jurídicos indeterminados e o controle de discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23, p. 21-49, 2004.

LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: L.G.D.J, 1976.

_____. *Traité de Droit Administratif*. Vol. I, 9ª ed. Paris: L.G.D.J, 1984.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, José Rubens Morato (Org). *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

_____; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Forense, 2002.

LEVITA, Luigui. *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione: forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo*. Matelica: Halley Editrice S.r.l., 2008.

LEWIS, Carol W. In Pursuit of the Public Interest. *Public Administration Review*, vol. 66, Issue 5, Set.-Out., 2006, pp. 694-701. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6210.2006.00634.x/abstract>> Acesso em 10 mar. 2013.

LIMA, Avelino Ferreira. *Da culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos, fracassos. *Revista do Serviço Público*. Ano 49, nº 2, abr./jun., 1998, p. 05-32.

LIMA JÚNIOR, Melquiades Pereira de; ALDATZ Ramiro Jorge. Análise de Investimento do Segmento de Transporte em Condições de Incerteza e Risco. *Revista Ambiente Contábil – UFRN – Natal-RN*. v. 5. n. 1, p. 224 – 240, jan./jun. 2013, pp. 225-240. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/ojs/index.php/ambiente>>. Acesso em 23 mar. 2013.

LIMA, J. B. S.; PAULA, L. M. A. M.; PAULA, R. C. *Entendendo a Parceria Público-Privada no Brasil: Uma análise Preliminar*. *Revista Gestão Pública e Controle*, v.1, p. 79-111, 2006.

LONG, Marceau (Org.). *Négocier, Gérer et Contrôler une Délégation de Service Public*. Paris: La Documentation Française, 1999.

LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LUNDMARK, Thomas. Principles and instruments of German environmental law. *Journal of Environmental Law & Practice*, v. 4, 1997, p. 43-44.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 11ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 32, abr./jun. 2008, p. 121-132.

MARCELINO, Gileno Fernandes. Em Busca da Flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Fundação Getúlio Vargas, Vol. 37, nº 3, maio/jun., 2003, p. 641-659.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira (et. al). *Direito Ambiental*. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MARCOU, Gerard. La Experiencia Francesa de Financiación Privada de Infraestructura y Equipamentos. In: OJEDA, Alberto Ruiz. *La Participación del Setor Privado en la Financiación de Infraestructura y Equipamientos Públicos: França, Reino Unido y España*. Madrid: Civitas, 2000.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. III-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

MARINS, Túlio César Pereira Machado. Análise das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público à luz da Lei de Licitações Públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 81, nº 4, ano XXIX, out/nov/dez, 2011, p. 289-306.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e Revisão nas Parcerias Público-Privadas. Revisando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parceria Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 67 e ss.

MASSUCI, Alfonso. La Quaestio nel Diritto Tedesco dell' Ammissibilità del Contratto di Diritto Pubblico fra Amministrazione e Privato. In: *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini. Tomo I*. Milano: Giuffrè, 1988.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. 2ª ed., t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Fernando Ribeiro. Serviços Públicos em Parceria com Privados. *Revista Brasileira de Administração Política, Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia*, Vol. 5, número I, abril de 2012, p. 87-105.

MENEGUIN, F. B.; SANTOS, P. F. O. Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência? Brasília: *Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado*, ago./2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-133-ha-incompatibilidade-entre-eficiencia-e-legalidade>> Acesso em 22 dez. 2013.

MESQUITA, Arlan Mendes; MARTINS, Ricardo S. Desafios logísticos às redes de negócios no Brasil: o que podem as parcerias público-privadas (PPPs)? *Revista de Administração Pública (RAP-FGV)*, vol. 42, nº 4, jul./ago., 2008, p. 735-763.

MEYER-ABICH, Klaus Michel. *Von der Wohlstandsgesellschaft zur Risikogesellschaft. Aus Politik und Zeitgeschichte*, B36, p. 31-42, 1989.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As Garantias nas Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINTZBERG, Henry (et al.) *O Processo da Estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados*. Trad. Luciana de Oliveira da Rocha. 4ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o Princípio da Eficiência. *Revista do Serviço Público/Fundação Escola Nacional de Administração Pública*. Ano 51, n. 2, abr./jun., Brasília: ENAP, 2000, p. 105-117.

_____. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviço de relevância pública e serviço de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Processo Administrativo e Princípio da Eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUNOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As Leis de Processo Administrativo: Lei*

federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98. 1ª ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 320-341.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Globalização e o Direito Administrativo. In: _____ (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 543-563.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 571-592.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Sociedade, Estado e Administração Pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

MOTTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte. Fórum, 2007.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O Princípio da Eficiência na Administração Pública Brasileira. *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, 2007, p. 85-100. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/1130>> Acesso em 19 dez. 2013.

NALINI, José Renato. O juiz e a privatização. In: PINHEIRO, Armando Castelar Pinheiro; FUKASAKU, Kiichiro. *A Privatização no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 340-354.

NATAL, Tatiana Esteves. Teoria dos Contratos Incompletos e a Natural Incompletude dos Contratos de Concessão. *XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Direito Administrativo*, 2009. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-administrativo/A%20TEORIA%20DOS%20CONTRATOS%20INCOMPLETOS%20E%20A%20NATURAL%20INCOMPLETUDE%20DO%20CONTRATO%20DE%20CO>>

[NCESSaO.pdf/view?searchterm=teoria%20dos%20contratos](#)> Acesso em 17 mar. 2013.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. *A causa do Contrato Administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2013.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a Sociedade Civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004.

NIGRO, Mario. *Giustizia Amministrativa*. 3ª ed., Bolonha: Il Mulino, 1983.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Focus on Citizens Public Engagement for Better Policy and Services*. Paris, OCDE, 2008. Disponível em: <<http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC%282008%298/REV2&docLanguage=En>> Acesso em 17 dez. 2013.

_____. Integrity risk management. In: OECD *Integrity Review of Italy: Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust for Sustainable Growth*. OECD Publishig, 2013, p. 107-126. Disponível em:<http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-integrity-review-of-italy/integrity-risk-management_9789264193819-9-en> Acesso em 13 dez. 2013.

Organização das Nações Unidas – ONU. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 20 jan. 2014.

OLIVEIRA, Francisco Corrêa de; CHACON, Suely Salgueiro. Administração para o Desenvolvimento: novos rumos no Brasil. *Revista Brasileira de Administração Política, Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia*, Vol. 4, número I, abril de 2011, p. 87-112.

OLIVEIRA, Gersner Oliveira; MARCATO, Fernando S.; SCAZUFCA, Pedro. Como Destruir as Parcerias Público-Privadas. In: _____; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Org.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 11-47.

OLIVEIRA, Gercina Alves de. Cooperação e Eficiência Político-Administrativa. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Fundação Getúlio Vargas, Vol. 2, nº 3, 1968, p. 11-46.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Governança Pública e Parcerias do Estado: novas fronteiras do Direito Administrativo. *Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ)*, Edição Especial, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), 2012, p. 113-120.

_____. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor (RDTS)*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-38, jan./jun. 2007, p. 11-38.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PADRÓS, Enrique Serra (Org.) (et al). *Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória*. Porto Alegre: Corag, 2009.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública. Limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Reimp., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os Contratos da Administração Pública. *Revista de informação legislativa*, v.27, nº 105, p. 129-152, jan./mar. de 1990.

PEÑA, Carlos Rosano. Um Modelo de Avaliação da Eficiência da Administração Pública através do Método Análise Envoltória de Dados (DEA). *Revista de Administração Contemporânea (RAC)*, Curitiba, v. 12, n. 1, jan./mar. 2008, p. 83-106.

PEREIRA JR, Jesse Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renova, 1999.

_____; DOTTI, Marinês Restellato. Alterações do Contrato Administrativo: Releitura das Normas de Regência à Luz do Gerenciamento de Riscos, em Gestão Pública Comprometida com Resultados. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasil. Ano 41, número 114, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056872.PDF>> Acesso em 20 mar 2013.

_____. *Limitações Constitucionais da Atividade Contratual da Administração Pública*. Sapucaia do Sul: Notadez/Datadez, 2010.

_____. Notas acerca das repercussões no novo Código Civil sobre os contratos administrativos. *Revista da EMERJ*, v. 7, nº 27, Rio de Janeiro, 2004, p. 19-41.

PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PERICO, Giuseppe. Note in Tema di Attività di Diritto Privado della Pubblica Amministrazione. In: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*. Milão, 1966, p. 108 e segs.

PIMENTEL, Nilson. Investir em Infraestrutura para Desenvolvimento Econômico Sustentável. Artigo publicado no *Jornal do Commercio do Amazonas (JCAM)*, em 15 e 16 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.seplan.am.gov.br/arquivos/download/argeditor/Investir_em_Infraestrutura_para_Developimento_Economico_Sustentavel.pdf> Acesso em 16 jan. 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar. Momento de Definição na Infraestrutura Brasileira. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Org.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Revista do BNDES*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 155-182.

PIRES, Maria Coeli Simões. Reforma Administrativa: reflexões sob a perspectiva político-filosófica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 233-251, jan./mar. de 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/211>> Acesso em 25 mai. 2013.

PLISCOFF, Cristián; ARAYA, Juan Pablo. Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena. *Revista Chilena de Administración Pública*, nº19 (2012) pp. 173-198.

PRÉVOST, Jean-François. La notion de collaborateur occasionnel et bénévole du service public. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, a.96, n.4, Juil./Août, 1980, p.1071-1097.

PUGSLEY, Gustavo de R. Do Neminem Laedere à Visão Concreta da Responsabilidade Civil: a natureza contratual da responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 2, nº 2, 2013, p. 1499-1540.

PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out., 1946.

QUEIROZ, Júlio César Schroeder. Parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor: o Controle pelos Tribunais de Contas. *Revista Do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 80, nº 3, ano XXIX, jul./ago./set., 2011, p. 48-68.

RAYMUNDIE, Olivier. *Gestion Déleguée des Services Publics en France et en Europe*. Paris: Le Moniteur, 1995.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As modulações no Direito Administrativo. In FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 267-291.

REZENDE, Flávio Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

RIBAS, José Roberto (et al.). O Método Fuzzy AHP aplicado à análise de riscos de Usinas Hidrelétricas em fase de construção. *Congresso Latino-Iberoamericano de Investigación Operativa – Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional*. Realizado entre 24 e 28 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/sbpo/sbpo2012/pdf/arg0185.pdf>> Acesso em 18 jan. 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, Sociedade de Risco e Segurança. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Belo Horizonte, ano 2007, n.246 set./dez, p. 267-287.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª édition. Paris:L.G.D.J, 2008.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad., Coimbra: Almedina, 1981.

_____. *Droit Administratif*. 13 ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de Serviço Público e Parceria. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson. *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-133.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O Princípio da Eficácia a Luz da Teoria dos Princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. El derecho del poder para la libertad. *Nueva Revista*, n. 102, noviembre/diciembre, 2005, p. 39-56.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Gestão de Riscos nos Contratos de Concessão e PPP's. *Conferência proferida no IV Congresso de Direito Administrativo, organizado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em homenagem ao Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, em 24 de outubro de 2013.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Afonso. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: CEURA, 1999.

SANTOS, André Luís Nascimento. Administração Política: entre o passado e o futuro, a escolha de uma tradição a ser seguida. *Revista Brasileira de Administração Política, Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia*, Vol. 3, número I, abril de 2010, p. 53-63.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SECRETARÍA DEL TRATADO ANTÁRTICO. *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*. Disponível em: <http://www.ats.aq/documents/recatt/Att006_s.pdf>. Acesso em 18 set. 2013.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le tiers Etat?* 2ª ed., Paris: Quadrig/Presses Universitaires de France, 1989.

SILVA, Vasco Pereira da. A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIX, II, n.º 2, 1987, páginas 259 e seguintes.

SLOMSKI, Valmor; CAMARGO, Guilherme Bueno de; AMARAL FILHO, Antônio Carlos Cintra do; SLOMSKI, Vilma Geni. A Demonstração do Resultado Econômico e Sistema de Custeamento como Instrumentos de Evidenciação do Cumprimento do Princípio Constitucional da Eficiência, Produção de Governança e Accountability no Setor Público: uma aplicação na Procuradoria Geral do Município de São Paulo. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 44, jul./ago., 2010, p. 933-957.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Análise de equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. *Fórum de Contratação Pública e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, jul. 2012, p. 59-65.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Serviços Públicos Concedidos. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, n. 10, p. 1103-1113, out. 2005.

SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

SOUZA, Geraldo da Silva et. al. Produção, eficiência técnica e desempenho institucional da Embrapa no período 1996-2005. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, v. 9, nº 1, 2009, p. 31-34. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/issue/view/247>> Acesso em 20 dez. 2013.

STELZER, Joana. Transnacionalização: o emergente cenário do comércio mundial. *Revista Portuária Economia & Negócios*, jul./2009. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/site/?home=artigos&n=CCNU&t=transnacionalizacao-emergente-cenario-comercio-mundial>> Acesso em 19 dez. 2013.

TOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral*. Tradutor Antônio Francisco de Sousa. Título original: *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrech*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. (Coord.). Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: _____. *Parcerias Público-Privadas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17-46.

_____. O Novo Direito para a Gestão Pública. *Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ)*, Edição Especial, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), 2012, p. 85-99.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond the Precautionary Principle. *University of Pennsylvania Law Review*, vol.151, nº. 3, 2003, p. 1003-1058.

TCU (Tribunal de Contas da União). *Acórdão nº 1465/2013 – nº interno do documento: [AC-1465-21/13-P](#). Colegiado: Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº 045.461/2012-0. Sumário: AUDITORIA. LICITAÇÃO PARA AS OBRAS DE RESTAURAÇÃO E DUPLICAÇÃO DA BR-163/364/MT. CONTRATAÇÃO PELO RDC. OFERECIMENTO DE PREÇOS ACIMA DO PREVISTO. REVOGAÇÃO DO EDITAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO CLARA SOBRE A DIVISÃO DOS RISCOS NA EXECUÇÃO DO PROJETO. CIÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. APENSAMENTO.* Publicado no DOU na ATA 21 - Plenário, de 12/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-114800&texto=50524f43253341343534363132303132302a&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0>> Acesso em 20 jan. 2014.

TENÓRIO, Fernando G. *Gestão Social, um conceito não idêntico? Ou a insuficiência inevitável do pensamento.* In: CANÇADO, Airton Cardoso (Org.); _____ (Org.); SILVA JR., Jeová Torres (Org.). *Gestão Social: aspectos teóricos e aplicações.* Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

TOLMASQUIM, Mauricio T; AMILCAR Guerreiro; GORINI, Ricardo. *Matriz Energética Brasileira: uma prospectiva.* *Revista Novos Estudos CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento)*, nº 79, novembro 2007, pp. 47-69. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/03.pdf>> Acesso em 20 mar. 2013.

TORRES, Edgar Marcelo Rocha. *O Controle dos Atos Administrativos pelos Tribunais diante da Nova Dimensão dos Conceitos de Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa.* *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 76, n. 3, julho/agosto/setembro, ano XXVIII, 2010, pp. 69-76. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1019.pdf>> Acesso em 24 mai. 2013.

TORRES, Silvia Faber. *A Flexibilização do Princípio da Legalidade no Direito do Estado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TRONCOSO, María Isabel. *El principio de precaución y la responsabilidad civil.* *Revista de Derecho Privado*, vol. 18, p. 205-220. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

TRUJILLO, José A. (et al.). *Infrastructure financing with unbundled mechanisms.* International Monetary Fund Paper n. 109, Washington, D.C, 1997.

TUPY, Oscar; YAMAGUCHI, Luis Carlos Takao. *Eficiência e Produtividade: conceitos e medição.* *Revista Agricultura em São Paulo.* SP, nº 45, vol. II, 1998, p. 39-51.

UNITED KINGDOM. *HM Treasury. Further contractual issues: practical guidance to the private finance initiative*. London, 1997.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *Report of the World Commission on Environment and Development. 96th plenary meeting 11 December 1987*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>> Acesso em 12 out. 2013.

UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY. *Development and International Economic Co-operation: environment*. In 4 August 1987. Disponível em: <<http://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>> Acesso em 13 out. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. A Reforma Administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania e à governança. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 252, set/dez., 2009, p. 119-140.

_____. Sociedade de Risco e Legitimidade da Ação Estatal: por uma leitura procedimental do imperativo da precaução. *Conferência proferida no IV Congresso de Direito Administrativo, organizado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em homenagem ao Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em 24 de outubro de 2013*. Notas da autora: mimeografado

_____. Direito Fundamental à Boa Administração e Governança: democratizando a função administrativa. Rio de Janeiro: FGV, 2010, 254 p. *Tese (Pós-Doutorado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas (EBAPE – FGV), Rio de Janeiro, 2010*.

_____. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Título original: *Topik und Rechtsphilosophie*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

V. PLISCOFF, Cristián; O. ARAYA, Juan Pablo. Las Alianzas Público-Privadas como Gatilladoras de Innovación en las Organizaciones Públicas. *Revista Chilena de Administración Pública*, nº19, 2012, p. 173-198.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAHRLICH, Beatriz. Desburocratização e Desestatização: novas considerações sobre as prioridades brasileiras de reforma administrativa na década de 80. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Fundação Getúlio Vargas, Vol. 18, nº 4, 1984, p. 72-87.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9ª ed. Paris: Sirey, 1963.

World Business Council for Sustainable Development – WBCSD. *Eco-efficiency: creating more value with less impact*. Disponível em: <http://www.wbcsd.org/web/publications/eco_efficiency_creating_more_value.pdf> Acesso em 20 jan. 2014.

XINYI, Yuan. Research on the Private-side Project Selection Decision Making for Public-Private Partnership Projects. *Master These. Construction Management and Engineering, TU Delft University of Technology*, September 15, 2011. Disponível em: <<http://repository.tudelft.nl/view/ir/uuid%3Aa8a7a463-907a-4431-8b01-abed69f4531c/>> Acesso em 21 ago. 2013.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada: risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique De La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.