

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS:
a função social da iniciativa privada para boas políticas públicas
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND PUBLIC SERVICES: the
social function of the private initiative for good public policies**

Diogo Ramos Cerbelera Neto¹
Ilton Garcia da Costa²
Marco César Botelho³

RESUMO: Este artigo visou verificar se a Parceria Público-Privada é instituto eficiente para solucionar problemas sociais sobre os quais o Estado aduz não possuir recursos e estrutura suficientes para implementar políticas públicas. Além disso, visou demonstrar a importância de se reconhecer o direito público subjetivo do cidadão a uma boa Administração Pública e o relaciona com o caráter impositivo de implementar políticas públicas necessárias, examinando a discricionariedade das opções políticas sob um aspecto de congruência. Assim, foi possível concluir que a PPP deve ser vista como mais um instrumento à disposição do Poder Público para suprir seus déficits e alcançar a dignidade humana, ao passo que a iniciativa privada possa cumprir sua função social contribuindo para uma sociedade mais justa e fraterna, tutelando direitos difusos. O método de pesquisa foi o indutivo e o procedimento metodológico foi o de coleta de dados em artigos de revistas especializadas, doutrinas e textos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Boa Administração Pública; Direitos Fundamentais; Discricionariedade Administrativa; Parceria Público-Privadas; Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article aimed to verify if the Public-Private Partnership is an efficient institute to solve social problems about which the State alleges that it does not have enough resources and structure to implement public policies. In addition, it aimed to demonstrate the importance of recognizing the citizen's subjective public right to good public administration and relates it to the imposing character of implementing necessary public policies, examining the discretion of political options from an aspect of congruence. Thus, it was possible to conclude that the PPP should be seen as another instrument available to the Public Power to overcome its deficits and achieve human dignity, while the private sector can fulfill its social function by contributing to a more just and fraternal society, protecting diffuse rights. The research method was inductive, and the methodological procedure was to collect data in articles in specialized magazines, doctrine and legal texts.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Processual Civil Aplicado pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI. Membro do grupo de pesquisa "Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais" (UENP). Advogado. E-mail: diogocerbelera@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor no Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Líder do Grupo de Pesquisa "Constituição, Estado, Relações de Trabalho e Organizações Sociais." Advogado. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br.

³ Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor adjunto do Programa Strictu Sensu em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Analista de Sistemas. E-mail: mc_botelho@yahoo.com.br.

KEYWORDS: Administrative discretion; Fundamental rights; Good Public Administration; Public policy; Public-Private Partnership.

INTRODUÇÃO

O direito administrativo do século XXI busca por mais eficiência e concretização de resultados, entretanto, o fim almejado deve efetivamente materializar direitos fundamentais primando sempre pela dignidade da pessoa humana. O modelo de Administração Pública gerencial voltado para serviços públicos eficientes e adequados deve observar preceitos de boa governança em toda sua atuação. O Estado, ainda que subsidiário ou regulador, não pode se furtar da responsabilidade constitucional de atuar em prol dos cidadãos prestando-lhes direitos sociais e implementando políticas públicas adequadas para este fim. Neste panorama de Estado regulador sublima-se a necessidade de se assegurar um Poder Público que atue com racionalidade e otimize, mesmo com recursos públicos escassos, a utilidade das finanças públicas na busca de soluções e equilíbrios para proteção e efetivação mais eficaz dos direitos sociais.

Outrossim, faz-se necessário estudar a evolução do papel do Estado como Ente prestador para efetivação dos direitos fundamentais, perpassando por breves incursos sobre o Estado Liberal e Estado Social. Assim, há a necessidade de se examinar a evolução da atuação do Poder Público para compreender que o Estado Neoliberal contemporâneo deve fundar suas ações à concretização de direitos e garantias constitucionais que não estão hipoteticamente previstos na Constituição Federal, mas como normas de cumprimento obrigatório pelo Estado. Ocorre que o Estado Neoliberal por vezes busca relegar a efetivação dos direitos sociais sob o argumento de carência de recursos técnicos, financeiros e estruturais suficientes para cumprir seu papel democrático-constitucional. Todavia, a crise financeira global que em alguns casos implica em reflexos bastante significativos às finanças públicas de Estados mais carentes também resvalam em graves ameaças ao Estado Democrático de Direito.

Daí que emerge a necessidade de diálogo entre as finanças públicas e os direitos sociais. A possibilidade encontrada foi a de que o Estado junto à Iniciativa Privada deva buscar por soluções aptas a suprir as necessidades dos cidadãos, notadamente dos mais vulneráveis, por meio de parcerias. Entretanto, deve-se ainda examinar as políticas públicas

como imposições constitucionais, de modo que o gestor público deve implementá-las à luz do direito público subjetivo do cidadão a uma boa administração pública e sob o crivo da sindicabilidade, e não apenas como opções políticas livremente discricionárias a bel prazer do gestor sobre as quais as formas de controle não deveriam executar o exame jurídico da congruência e constitucionalidade das medidas propostas. O problema analisado foi o de se as Parcerias Público-Privadas, reguladas pela Lei n. 11.079/2004, podem ser meios adequados e eficientes para implementação de políticas públicas que possam conduzir a uma boa administração pública e concretização dos direitos fundamentais, bem como se se adequam às normas e princípios constitucionais vigentes. Para cumprir com o escopo deste artigo, foi utilizado o método indutivo, partindo de uma proposição teórica individual para alcançar conclusões gerais com predominância dogmática. O procedimento metodológico se deu pela coleta de dados por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e consulta de artigos em revistas especializadas, doutrina, análise de textos legais e jurisprudência.

1. O PODER PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO ESTATAL E AS DIMENSÕES DE DIREITOS

O Estado tal como conhecemos hoje é produto de uma série de fatores históricos e a forma de sua organização orgânica e da sua atividade administrativa mudaram à medida das necessidades e reclamações da sociedade. Nesse sentido, é possível constatar que a atuação estatal acompanha a evolução dimensional dos direitos fundamentais, de modo que o exame da concretização destes direitos pela Administração Pública está relacionado ao modelo de Estado e de sua organização, ou seja, com a realidade constitucional na qual se encontram (PINTO; FERREIRA; GIACÓIA, 2015, p. 126). Logo, os direitos fundamentais foram reconhecidos conforme a necessidade dos povos e de acordo com a percepção de uma nova realidade fática. Ao passo que a postura do Estado também se altera à medida que os direitos fundamentais se transformam.

Em outras palavras, é possível relacionarmos a evolução dos modelos de Estado com os modelos de gestão da Administração Pública, alinhando-os com o desenvolvimento das dimensões ou gerações de direitos fundamentais. À vista disso, os primeiros direitos fundamentais surgiram da necessidade de limitar a atuação do Estado em face dos indivíduos, são os denominados direitos negativos e defesa da liberdade. Coincidem com o

surgimento das Constituições escritas que marcou a passagem de um Estado autoritário e abusivo para um Estado de Direito. Aliás, vale dizer que a formalização do conceito de direitos fundamentais se deu com o aparecimento do constitucionalismo a partir das Constituições Americana e Francesa no século XVIII. Com o tempo, este fenômeno fez com que o Estado Liberal passasse a ser observado como um inimigo como consequência da errônea ideia de que se cada um buscasse seus objetivos individuais todos, por consequência, seriam beneficiados. Diante deste fenômeno o Estado passou a se enfraquecer em face do individualismo liberal (PINTO; FERREIRA; GIACÓIA, 2015, p. 126).

Fato é que a atuação negativa do Estado, baseada na 1ª dimensão de direitos fundamentais, direcionou parte da sociedade para um triste caminho de pobreza e desrespeito ao próximo. A história revelou que um Estado “negativo”, isto é, sem atuação prestacional, seria insuficiente para se garantir direitos fundamentais e principalmente a dignidade humana. Diante das trágicas consequências do Estado mínimo, pós primeira grande guerra, as Constituições se reconfiguraram para que fossem do constitucionalismo liberal mínimo para o constitucionalismo social. Surgiu então a partir do século XIX o Estado Social fundado na ideia de igualdade material e reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, caracterizados por liberdade positivas e que configuram direitos de participação, visando implementar em favor do mais vulnerável a igualdade substantiva, por meio de intervencionismo estatal. Assim, a partir de uma nova ótica sobre os direitos fundamentais o Estado buscaria materializá-los agora a partir de uma postura ativa, principalmente nas áreas social e econômica para o fim de se concretizar dignidade humana por meio de obras e programas de governo. Daniel Sarmiento (2010, s.p) explica este momento histórico:

Neste cenário, surgem dos mais variados flancos críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide criara-se e nutrira-se o capitalismo selvagem. O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionaram o individualismo exacerbado, latente no constitucionalismo liberal. Consolidou-se a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais (liberdades negativas), era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano (liberdades positivas).

Ocorre que a concretização dos direitos de segunda dimensão depende de recursos orçamentários e o Estado teve de inflar estruturalmente para conseguir tentar colocar em

prática os direitos fundamentais. Foi então que no Brasil, juntamente com a implantação do Estado Social, fez-se necessário adequar o modelo de gestão no âmbito da Administração Pública, surgindo, no final do século XIX, o modelo burocrático que visava cumprir as diversas demandas de serviços públicos e proteções sociais que anteriormente não existiam. O modelo burocrático de Administração Pública está presente na Constituição Federal de 1988 e no sistema do direito administrativo brasileiro, baseado no formalismo e na rigidez de procedimentos e regras que guia o funcionamento da Administração Pública (LOURENÇO, 2016, p. 34). A burocracia visou conferir maior racionalidade ao funcionamento da atividade administrativa preocupando-se com a estruturação de procedimentos, todavia, as exigências estruturais necessárias para efetivar o modelo como proposto fizeram com que a Administração Pública ficasse com caráter rígido excessivo, gerando alto custo financeiro e denotando um fenômeno que ficou conhecido como autorreferencialidade da Administração Pública, que fez com que o Poder Público se preocupasse mais com as formalidades burocráticas do que com as necessidades dos cidadãos e a efetividade das políticas públicas.

Como decorrência deste crescimento excessivo da máquina pública e seu elevado custo, a Administração burocrática implementada no Estado Social brasileiro foi descredibilizada, porquanto não conseguia mais realizar aquilo que prometia no tocante ao desenvolvimento social, passando a ter suas mazelas bastante expostas, associando-se a imagem de ineficiência, corrupção e um sentimento coletivo de descrença política e moral da população quanto ao Estado ser capaz de suprir as necessidades sociais, principalmente das pessoas que mais necessitam de assistência. Esta crise do modelo burocrático junto aos fatores da globalização econômica, à nova dinâmica de mercado e à crise fiscal do Estado, fez com que surgisse, na metade do século XX, um novo modelo: o de Administração Pública gerencial. No Brasil este modelo tomou maior forma pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 (LOURENÇO, 2016, p. 35).

O modelo gerencial objetiva, em linhas gerais, um Estado mais barato e mais eficiente, aprimorando o modelo burocrático até então atuante. Dentre as diretrizes do gerencialismo encontra-se a descentralização política em favor de regiões e municípios e a descentralização administrativa para a iniciativa privada com vista a conferir maior preocupação com o atendimento do cidadão e das suas necessidades sociais. Nivaldo Vieira Lourenço (2016, p. 36) explica que este modelo de administração propõe uma cultura

orientada para resultados e para aumento da governança do Estado com a finalidade de dispende mais efetividade e eficiência, por meio de descentralização dos serviços públicos e compreendendo o cidadão como sujeito das políticas públicas, e não mais como mero usuário financiador do sistema:

a necessidade de um novo modelo de administração tem como foco o aumento da qualidade dos serviços e a redução de custos por meio da proposição de uma cultura gerencial orientada para os resultados e para o aumento da governança do Estado e que tenha como finalidade a capacidade de gerenciar com efetividade e eficiência. Nesse modelo, o cidadão passa a ser o sujeito das políticas públicas e não mais um simples usuário do sistema. Dessa maneira, a Administração Pública gerencial é considerada uma estrutura reformada, cuja característica principal é a descentralização dos serviços por meio da delegação de autoridade e da definição clara dos setores de atuação do Estado e das competências adequadas a cada setor.

Daí que surge a figura do Estado Pós-Social Subsidiário ou Regulador (*Regulatory State*) em que o Poder Público passa a atuar menos nas áreas em que a iniciativa privada tenha condições de exercê-las com recursos próprios. A Administração Pública, nesse sentido, passa também a se utilizar de diversos instrumentos típicos da iniciativa privada, atuando como fomentador de atividades sociais prestadas por particulares e a regulação da economia. Entretanto, não se olvida que este processo do Estado Social para o Estado Regulador não deixou a responsabilidade do Poder Público de prestar, por meio de leis e atos administrativos, a implementação de políticas públicas e conseqüentemente de concretização de direitos sociais. Vale destacar que a Constituição Federal de 1988 é programática, define metas e finalidades impositivas ao Estado, não meras recomendações.

Embora o Estado brasileiro tenha passado por todos esses fatores históricos marcantes para definição atual da sua postura de atuação administrativa, fato é que a Administração Pública brasileira não consegue acompanhar e se adaptar ao ritmo acelerado das transformações sociais e econômicas (PRADO; SANTIN, 2022, p. 156). Com efeito, denota-se que alternativas inovadoras precisam ser experimentadas para que o Poder Público possa de fato cumprir seu papel democrático e implementar políticas públicas de qualidade. A iniciativa privada vem se mostrando essa alternativa, entretanto, exames científicos são imprescindíveis para avaliar a efetividade dessa colaboração, bem como seus aspectos jurídicos sejam compatíveis com o ordenamento vigente. Assim, passamos agora a

discorrer sobre a capacidade das Parcerias Público-Privadas de prestar serviços públicos cumprindo sua função social e colaborando para o desenvolvimento nacional em prol de uma boa administração pública.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS DIREITOS SOCIAIS: soluções de uma boa Administração Pública em prol das políticas públicas

A sociedade brasileira clama por líderes políticos que gerenciem a máquina pública com eficiência e responsabilidade para alcançar o interesse público. Uma boa governança é essencial para que os fins democráticos sejam concretizados e para isso os gestores públicos precisam ser revestidos de legitimidade para que possam exercer uma boa governança. Por esta razão, vale diferenciar os conceitos de governança e governabilidade para que, após, consigamos tratar dos serviços públicos, das políticas públicas e da desestatização eficiente destas medidas para a iniciativa privada.

Assim sendo, vale destacar que governança, em linhas gerais, é a forma de organização dos recursos públicos com vistas à otimização gerencial da Administração Pública direcionada à transformação dos objetivos de governo em ações públicas e concretização das demandas da sociedade e aos objetivos do Estado. Não deve ser confundido com o conceito de governabilidade, que por sua vez, seria a capacidade política legítima de governar e decidir de forma democrática. Segundo Maria Helena de Castro Santos (1997, s.p) governabilidade se trata das “condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os poderes, o sistema de intermediação de interesses”.

Em outras palavras, governabilidade é a capacidade legítima e política de governar, enquanto governança é a competência técnica de implementá-las com eficiência e eficácia, de modo que, uma má gestão, ou seja, uma má governança, pode acarretar uma crise de governabilidade pela fragilidade da legitimidade conferida pela sociedade ao governo. Todavia, antes de adentrarmos especificamente nas parcerias público-privadas, cumpre discorrermos sobre os serviços e as políticas públicas no panorama constitucional. As políticas públicas nas áreas sociais de saúde, trabalho, habitação, previdência, educação, etc., que compõem as dimensões dos direitos fundamentais não podem ser afastadas da

obrigação do Estado, ainda que não assuma uma postura essencial de Estado Social, mas de um Estado cuja atividade estatal esteja equilibrada entre o liberal e o social.

Esta postura equilibrada decorre dos traumas pós-segunda guerra mundial que revelou ao mundo que a condição humana é valor que deve ser valorizado em todos os aspectos em que envolve as relações entre Estado e indivíduo (verticalmente) ou até mesmo entre os cidadãos (horizontalmente). Este período marcou a terceira dimensão de direitos fundamentais que ficou associada à fraternidade ou solidariedade entre os povos e na humanidade em geral. Sobre o princípio da solidariedade, Fábio Konder Comparato observa que os direitos sociais passaram a ser reconhecidos como direitos humanos e realizados pela “execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente” (2010, p. 77).

Na mesma linha de raciocínio, Valter Foletto Santin (2013, p. 25) define serviços públicos como as atividades que a Administração Pública tem o dever de desenvolver “em prol da coletividade e do cidadão no desempenho de funções estatais, no cumprimento das finalidades públicas, em contraprestação pela arrecadação de tributos pagos pelo povo”. No mesmo sentido, César Ochoa Cardich (2013, p. 119) sublinha que o Estado quando atua em sentido prestacional, os serviços públicos têm o escopo de promover qualidade de vida como direito fundamental às pessoas:

la noción de servicio público prestacional no ha muerto. Es el Lázaro jurídico que ha resucitado en un sentido amplio y funcional, y que en nuestro sistema jurídico debe asegurar la calidad de vida como derecho fundamental de todas las personas.

Em face do panorama atual que prima pela concretização de direitos humanos por meio de políticas públicas pelo Estado, algumas observações merecem ser destacadas para se compreender o direito público contemporâneo. Atualmente, reclama-se por um perfil de Administração Pública que realmente tenha qualidade, no sentido de se afirmar o Estado Democrático, com transparência, sustentabilidade, dialogicidade, probidade e seja eficiente, por essa razão que Juarez Freitas (2007, p. 21) apresenta o conceito-síntese de direito fundamental à boa Administração Pública:

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao Direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: **“trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.** (grifo nosso)

Vale destacar ainda que ao reconhecer a boa administração como um direito fundamental, passa-se a ser tratado como dever do Estado exigível por qualquer cidadão. É por isso que na visão na visão de Juarez Freitas, a boa administração pública pode ser vista como “somatório de direitos subjetivos públicos”, ou seja, como prerrogativas dos cidadãos de exigir da Administração Pública atuação transparente, sustentável, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida e eficaz” (FREITAS, 2007, p. 21-22). Por conseguinte, é possível observar a boa administração sob a égide das teorias dos quatro status de Georg Jellinek, partindo da concepção de eficácia vertical, como “status civitatis positivo”, o qual impõe obrigação ao Estado de observar e aplicar seu preceito, sob pena do cidadão exigir tal prestação (PRADO; SANTIN, 2022, p. 150).

Vale destacar que o direito fundamental a uma boa Administração Pública no Brasil é indiscutível, pois, ainda que não positivado expressamente na Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado como um direito implicitamente positivado, visto que seu conceito está presente na própria concepção de direito material fundamental (PRADO; SANTIN, 2022, p. 149). À vista disso, quando se fala em políticas públicas, trata-se do meio pelo qual direitos sociais poderão ser materializados, assim, a escolha pelo administrador destas medidas precisam ser minuciosamente escrutinadas pelas instituições democráticas de controle e inclusive pela sociedade. Isso porque os direitos fundamentais não são meras recomendações, mas normas impositivas ao Estado e, conseqüentemente, aos líderes políticos que tenham competência para implementá-las. Aliás, a eficiência no âmbito do Direito Administrativo do século XXI deve ser concebido sob o viés de um Direito Administrativo Democrático:

Na seara do Direito Administrativo Democrático, a eficiência não está atrelada à ideia de lucro, mas à ideia de se prestar serviços benéficos e de qualidade para o cidadão, com menor custo possível. A eficiência também

está ligada à ideia de ação rápida e precisa (evitando omissões e lentidões indesejadas). Como se a Administração tivesse que agir de maneira rápida e adequada para alcançar os resultados eficazes desejados pela população, aplicando os recursos públicos adequadamente (PRADO; SANTIN, 2022, p. 154-155).

Juarez Freitas adverte que o Estado brasileiro necessita de começar a se preocupar sobre incorporar uma agenda que seja efetivamente capaz de compatibilizar o desenvolvimento e a sustentabilidade. Nesse sentido, aduz ainda que a efetividade do direito fundamental à boa administração enfrenta uma tríade de pré-compreensões adversas (FREITAS, 2015, p. 200). Essa tríade é composta por três facetas: a primeira a crença infundada de que as políticas públicas seriam escolhas discricionárias insindicáveis, como se as opções políticas notoriamente viciadas não fossem possíveis alvos de inconstitucionalidades; em segundo lugar de que a separação de poderes seria aval para os gestores públicos exercerem discricionariedade a bel prazer, como se o controle deveria ser feito apenas pelas urnas eleitorais e como se apenas fossem legítimos aquilo que for produtor por legisladores e gestores eleitos; por fim, o postulado ilógico de que as formas de controle não deveriam executar o exame jurídico da congruência dos propósitos das medidas públicas (FREITAS, 2015, 200-201). A ideia de que políticas públicas devem ser examinadas pelo princípio da congruência advém do pensamento de que não existem atos totalmente discricionários, isto é, de discricionariedade vazia, porquanto qualquer ato administrativo possui parcela de vinculação aos princípios constitucionais, sob pena de se converter em arbitrariedade comissiva ou omissiva (PRADO; SANTIN, 2022, p. 151).

Nesse sentido, Florestan Rodrigo do Prado e Valter Foletto Santin observam que o bom administrador é aquele que vai além do mero formalismo, explica o porquê de optar por uma ou outra prioridade constitucional, fundamenta-se em valores e princípios que transcendem o discurso meramente descritivo. Complementam que a racionalidade aberta do direito administrativo, inerente à boa administração pública, determina o predomínio da dialogicidade com o cidadão e sua participação na tomada de decisão, facilitando a sindicabilidade abrangente do ato administrativo por meio da arguição das prioridades constitucionais do Estado Democrático de Direito (PRADO; SANTIN, 2022, p. 152). Valter Foletto Santin (2019, p. 147) então conclui que o serviço público, como direito humano, é mecanismo de ação afirmativa e:

um fator importante para a melhoria da prestação de serviço público ao povo, com inegável capacidade de transformação social, redução das desigualdades, melhor atendimento pelos órgãos públicos e instrumento importante para a efetivação dos direitos sociais e do mínimo existencial

Dessa maneira, Juarez Freitas defende que as políticas públicas não podem ser estipuladas unicamente por governantes ou legisladores sem a participação dos outros atores constitucionais, porquanto a constituição não pode ser utilizada para mera vontade dos políticos e de seus financiadores (FREITAS, 2015, p.201). Neste diapasão que Juarez Freitas defende que as políticas públicas não devem mais ser vistas como meros programas de governo, mas sim como programas constitucionais de Estado de incumbência impositiva aos líderes políticos, explicando ainda que essa acepção deve ser compreendida e norteadada pela Constituição Federal de modo que:

as políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes e, nessa perspectiva, escrutinadas sem passivismo, no intuito de que apresentem benefícios líquidos (sociais, econômicos e ambientais) (FREITAS, 2015, p. 203).

Por esta razão que o Poder Constituinte Derivado Reformador recentemente, por meio da Emenda Constitucional nº 109 de 2021, consagrou na Carta Magna brasileira que a Administração Pública deve “realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”, em seu §16 do art. 37. Embora este novo dispositivo tenha trazido um poder-dever para a própria Administração Pública, os órgãos de controle institucionais, mas também toda a sociedade, terão acesso a mais um instrumento democrático para controle da atuação do Estado através dos dados resultados dessas avaliações que deverão ser divulgados. Esta consagração privilegia os serviços públicos como direito humano que é, bem como traz mais uma ferramenta jurídico-constitucional para se exigir do Poder Público uma boa administração pública orientada a concretização de direitos sociais por meio de avaliações periódicas dos objetos e, principalmente, dos resultados alcançados pelas políticas públicas.

Diante deste panorama que as Parcerias Público-Privadas exercem papel fundamental nos tempos modernos. Essa forma de interação entre o setor público e privado surge para consecução de obras públicas para as quais Estado não esteja preparado, seja

financeiramente ou estruturalmente. Em outras palavras, as Parcerias Público-Privadas surgem como uma saída para que o Estado possa “efetivar os direitos dos cidadãos e oferecer a eles serviços que lhes são úteis para a concretização de seus direitos fundamentais” (PINTO; FERREIRA; GIACÓIA, 2015, p. 131). Pela mesma razão que Bruna de Paula, Ilton da Costa e Valter Santin (2022, p. 60) apontam que uma possível solução diante da crise que gerou a perda da capacidade de financiamento de obras e serviços públicos pelo Estado na década de 80 seria a desestatização de serviços econômicos que poderiam ser cumpridos pela iniciativa privada. Os referidos autores, portanto, também identificaram nas parcerias com o setor privado a alternativa para concretizar projetos e provisões de serviços públicos, influenciados pelos modelos de Estado Neoliberais como resposta ao modelo de Estado de Bem-Estar Social e do modelo burocrático de administração que ocasionaram aumento exacerbado de gastos públicos. As parcerias público-privadas são, nas palavras de Leandro Francisco Oliveira (2010, p. 8-9):

Um novo modelo de delegação, onde o particular assume os riscos de projetar, financiar, construir e operar um empreendimento de interesse público, podendo compartilhar este risco com o Estado. Após a conclusão do empreendimento, o parceiro privado coloca os seus serviços à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica, conforme o atendimento de metas e requisitos previamente acordados.

Esse movimento de reorganização do setor público iniciou-se no Reino Unido que em 1992 lançou o projeto “Private Finance Initiative (PFI)”, cujo objetivo foi viabilizar projetos por meio do financiamento privado e em 1997 foi ampliado e renomeado de “Public-private partnerships” (PAULA; COSTA; SANTIN, 2022, p.60). Gustavo Brígido Marcílio Pompeu e Gina Vidal Marcílio Pompeu veem as Parcerias Público-Privadas como importante alternativa às limitações orçamentárias do Estado e assentam que as diversas formas de parcerias celebradas pelo Estado com a iniciativa privada promovem novas alternativas para implementação de políticas públicas (2014, p. 344). Importante observar que o artigo 4º da Lei 11.079/2004 traz as diretrizes para contratação de parceria público-privada:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria

Sobre as diretrizes legais é relevante destacar que estas reafirmam características de uma boa administração, ressaltando o dever de eficiência para cumprimento dos objetivos constitucionais do Estado, responsabilidade fiscal, transparência, sustentabilidade financeira com vantagens socioeconômicas, além de repartição objetiva de riscos entre as partes. O gerenciamento dos riscos no contrato é importante para definição da remuneração do parceiro privado justamente para atraí-lo para setores que, inicialmente, podem não ser lhes atrativos. Por isso a remuneração deve trazer vantagens ao parceiro privado a fim de atraí-lo para atividades altamente custosas, mas que de grande importância social, visando também onerar minimamente o cidadão contribuinte e usuário do serviço público. A contraprestação pode estar vinculada ao desempenho do parceiro privado, privilegiando o princípio constitucional da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Além disso, o gerenciamento de riscos é uma garantia fundamental para assegurar qualidade ao Estado e ao contribuinte de que o parceiro-privado terá objetivamente definida suas responsabilidades para com a efetivação da obra concluída e do funcionamento do serviço público, de modo que se um ou outro for mal executado poderá ser sofrer demasiados prejuízos pela sua ineficiência.

A lógica econômico-financeira nas parcerias público-privadas sustenta-se em duas premissas: primeiro, sua forma de financiamento permite à Administração procrastinar o pagamento pelo preço das obras de infraestrutura realizadas pelo parceiro privado, diluindo-as nas contraprestações pagas pelo serviço a ser posteriormente executado, de

modo que o impacto financeiro não no orçamento público não é imediato; segundo, a transferência de parte dos riscos de exploração e manutenção da obra ao parceiro privado que a construiu (PINTO; FERREIRA; GIACÓIA; 2015, p. 132). Em síntese, as Parcerias Público-Privadas são fontes seguras de realização das infraestruturas necessárias à população, pois durante a parceria o parceiro privado prestará os serviços com técnicas aprimoradas para cumprir a sociedade fraternal. Além do mais, retoma investimentos necessários para o desenvolvimento do país destacando a responsabilidade do setor privado e sua função social para com o interesse público. Além disso, o modelo das parcerias faz com que a empresa, que decorre do conceito-direito de propriedade, tenha mais uma oportunidade de cumprir sua função social, sem a qual sequer pode ser considerada existente no ordenamento jurídico brasileiro, pois atualmente as empresas privadas não podem mais ser compreendidas dissociando-as da responsabilidade social (BEGA; KNOERR; KNOERR, 2015, p. 93). Carlos Nelson dos Reis (2007, p. 295):

A questão de as empresas complementarem a ação do Governo também deveria ser alvo de discussões. O enfrentamento dos problemas sociais do País precisa ser articulado entre os agentes econômicos — o Primeiro, o Segundo e o Terceiro Setor, cada qual assumindo a sua responsabilidade social como valor maior da sociedade. Os problemas estruturais que o País enfrenta — a fome, o desemprego, a exclusão social, dentre outros — não deveriam ser solucionados com medidas emergenciais, pontuais e por apelo à filantropia. O Estado não pode se ausentar de sua responsabilidade, pois os diversos problemas sociais do Brasil são uma situação estrutural e histórica, que demanda esforços integrados e responsabilidades compartilhadas em direção ao desenvolvimento de políticas macroeconômicas que possibilitem ao País crescimento econômico e desenvolvimento humano e social sustentável.

O desenvolvimento nacional não é responsabilidade apenas do Estado, mas de toda a sociedade como decorrência do princípio da solidariedade. No caso da iniciativa privada, como geradora de empregos e renda, tem seu papel social a cumprir para promoção do desenvolvimento nacional; o Estado, por sua vez, ainda que regulador, deve ser promotor das condições que permitam as empresas privadas crescerem de forma sustentável e responsável. É possível dizer que a responsabilidade social nasce para tutelar direitos fundamentais de 3ª dimensão, os direitos difusos das próximas gerações. Para melhor compreender o conceito de responsabilidade social, cita-se Fabiane Lopes Buenno Netto Bessa (2003, p. 137-138):

A responsabilidade social diz respeito ao agir em conformidade com o direito, com a função social da empresa e com os princípios de direito privado, sempre orientados pelo princípio da boa-fé. E isso, em toda e qualquer etapa do negócio. As balizas da livre iniciativa – e, portanto, da responsabilidade social (lembrando que liberdade e responsabilidade são duas faces da mesma moeda) -, encontram-se no ordenamento jurídico e variam conforme a extensão do interesse público envolvido.

A empresa que cumpre a função social, portanto, é aquela que cumpre os dispositivos da Constituição Federal e seus princípios e fundamentos, bem como contribui por meio de seu exercício de cidadania para concretizar um dos objetivos da República Federativa do Brasil que é o de construir uma sociedade mais justa e fraterna, além de tutelar direitos difusos de toda sociedade. Todos aqueles que vivem em sociedade têm parcela de responsabilidade com o outro, nesse sentido, as pessoas jurídicas também têm seu ônus, sua dívida com a sociedade, para concretizar o bem-estar comum (BEGA; KNOERR; KNOERR, 2015, p. 94-95). Então, nos setores em que os serviços públicos devem ser executados, mas o Estado não tem condições imediatas de atender as necessidades sociais, as parcerias podem ser uma boa opção. Neste ponto é possível dialogar com as concepções de Juarez Freitas no sentido de que, se existe a necessidade pública para atendimento da população, mas o Poder Público não pode cumprir o direito social sozinho e imediatamente, então passa a ser dever do Estado, e não mera discricionariedade, chamar a iniciativa privada para que uma solução viável seja encontrada e atinja o interesse da sociedade, ao passo que também, consequentemente, atingirá o interesse do parceiro-privado.

Isto porque, como já ressaltado, efetivar os direitos sociais é um dever do Estado, ou seja, deve ser compreendido como um programa constitucional de Estado, não mera possibilidade política. Aliás, pelo princípio da congruência qualquer ato administrativo, seja comissivo ou omissivo, possui vinculação direta com as normas constitucionais e tem como seu elemento a finalidade de atingir o interesse público primário, sob pena de que, se uma política pública for negligenciada por meras alegações formais e sem buscar alternativas, ainda que no setor privado, poderá caracterizar uma arbitrariedade do administrador responsável. Entretanto, cumpre salientar também que, muito embora as parcerias com o setor privado possam ser de muita valia para o desenvolvimento nacional, se o instituto for utilizado de forma desonesta poderá acarretar prejuízos incomensuráveis ao erário público, beneficiando somente aos interesses escusos e privados às custas dos contribuintes.

Portanto, o modelo das parcerias podem ser parte fundamental para solução do problema da falta de recursos orçamentários e para o desenvolvimento social, o que denota seu caráter constitucional e adequado para entregar serviços públicos de qualidade à população, porém, para que qualquer parceria logre êxito, faz-se necessário consignar que o Estado deve ser dirigido por pessoas que estejam “dispostas a cumprir integralmente todos os requisitos solicitados pela Lei Federal em prol da coletividade, dentro do princípio exposto do direito como função promocional da pessoas humana” (DONADON; POZZOLI, 2015, p. 61), bem como que toda a sociedade e as instituições estejam atentas no seu dever de fiscalização da execução desses serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A administração Pública é responsável diretamente pelo atendimento do interesse público e satisfação da sociedade, de modo que é seu dever zelar para que seus atos e parcerias estejam sendo cumpridas conforme os princípios constitucionais e a lei. Por esta razão, deve realizar planejamento de suas ações respeitando o interesse público como dever supremo. Assim, mesmo diante de escassez orçamentária o Estado não pode deixar de efetivar direitos fundamentais e as parcerias público-privadas podem ser um meio para que o Estado possa promover o desenvolvimento social nos setores em que se exija elevado custo e haja déficit de projetos, tais como áreas de transporte, saneamento básico, educação e saúde, as quais, ressalta-se, são essenciais para se conferir dignidade humana aos cidadãos.

As Parcerias Público-Privadas devem ser observadas, portanto, como mais um instrumento posto à disposição do gestor público para suprir as fragilidades estruturais e financeiras, ao passo que juntamente à iniciativa privada, o interesse público possa ser atingido e os direitos sociais efetivados. Todavia, ainda que o Estado passe a atuar como regulador e com espectro de gerenciamento, não pode se abster de cumprir seu papel constitucional-democrático de prestador de serviços públicos e de efetivar direitos fundamentais. Portanto, as políticas públicas a serem implementadas, ainda que por meio de parcerias com o setor privado, devem cuidadosamente ser escrutinadas pelos órgãos de controle e pela sociedade (*accountability societal*) sob a perspectiva de que não se devem existir discricionariedades vazias.

Aliás, o controle sobre os resultados das políticas públicas avançou após o Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio da Emenda Constitucional nº 109 de 2021, ter previsto na Constituição Federal o poder-dever da Administração Pública de avaliar os resultados das políticas públicas. Agora com o resultado destas avaliações os órgãos de controle institucionais terão mais uma ferramenta democrática para exigir resultados, bem como os dados das avaliações deverão ser divulgados para que a sociedade também possa conhecê-los e fiscalizá-los. Desse modo, por mais que o administrador público tenha competência e legitimidade para atuar por conveniência e oportunidade (mérito administrativo), não pode se esquecer do seu dever de cumprir as necessidades primárias e essenciais da população, não podendo, sob a pecha da discricionariedade conferida pela urna, tomar suas decisões a bel prazer, sem observar as maiores carências do povo. Para finalizar, cumpre consignar ainda que uma boa administração pública é direito público subjetivo do cidadão que pode valer-se desta prerrogativa para exigir do Estado políticas públicas de qualidade, seja quando este atue diretamente nos serviços públicos, seja indiretamente por meio de descentralizações por colaboração, inclusive por meio das concessões especiais com as parcerias público-privadas.

REFERÊNCIAS

BEGA, Patrícia Fernandes; **KNOERR**, Viviane Côelho de Séllos; **KNOERR**, Fernando Gustavo. **PARCERIA EMPRESA-ESTADO NA VIABILIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL**. In: Ilton Garcia da Costa; Gilberto Giacóia (org). Parcerias Público-Privadas: PPP e agências reguladoras, questões críticas. 1ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, p. 85-105, 2015. ISBN 978-85-8399-003-1.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: práticas sociais e regulação jurídica**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 292, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.

_____. 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. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 7ª ed., São Paulo. Saraiva, 2010.

COSTA, Paulo Nogueira da. **CONSTITUIÇÃO E BOA GOVERNANÇA: O papel dos Tribunais de Contas na proteção dos Direitos Sociais**. In: Ilton Garcia da Costa; Gilberto Giacóia (org). **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PPP e agências reguladoras, questões críticas**. 1ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, p. 15-28, 2015. ISBN 978-85-8399-003-1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27ª Edição. São Paulo. Atlas, 2014.

DONADON, Carina Lopes Silva; **POZZOLI**, Lafayette. AS PPPS – Parcerias público-privadas e a função promocional do Direito. In: Ilton Garcia da Costa; Gilberto Giacóia (org). **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PPP e agências reguladoras, questões críticas**. 1ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, p. 29-65, 2015. ISBN 978-85-8399-003-1.

FLORES, Joaquín Herrera. A reinvenção dos Direitos Humanos. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Estudos de Direito administrativo. 2º ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 5. ed. rev. e amp. São Paulo. Malheiros, 2013.

JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão; **HORITA**, Fernando Henrique da Silva. **HANS JONAS**: base filosófica para uma parceria público-privada sustentável. In: Ilton Garcia da Costa; Gilberto Giacóia (org). **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PPP e agências reguladoras, questões críticas**. 1ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, p. 67-84, 2015. ISBN 978-85-8399-003-1.

LOURENÇO, Nivaldo Vieira. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: modelos, conceitos, reformas e avanços para uma nova gestão. Curitiba. InterSaberes, 2016.

MEIRELLES, H.L.; **ALEIXO**, D.B.; **BURLE FILHO**, J.E. Direito administrativo brasileiro. 39ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito administrativo no século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 310 p. ISBN 978-85-450-0509-4.

OCHOA CARDICH, César. El servicio público en la constitución peruana de 1993. Revista Pensamiento Constitucional, n. 18, 2013, p. 105-119. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8950>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

OLIVEIRA, Leandro Francisco. **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: aspectos principais no âmbito federal.** Trabalho de conclusão de especialização em Direito Público e Tributário da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro. 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **A CORRUPÇÃO COMO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS: a agressão da corrupção aos direitos humanos.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v.93, n.820, p. 423-430, fev. 2004. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35229>. Acesso em: 20 maio. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OCDE. DIRETRIZES DA OCDE SOBRE GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS. Paris: OCDE Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>. Acesso em: 25 abr. 2020.

PAULA, Bruna Balthazar de; **COSTA**, Ilton Garcia; **SANTIN**; Valter Foletto. Responsabilidade da administração pública por encargos trabalhistas nos contratos de parcerias público-privadas. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, v.8, n.1, p. 57-79, 2022. E-ISSN: 2525-9865.

PERUZZOTTI, Enrique & **SMULOVITZ**, Catalina. Societal accountability. The other side of control. In: Peruzzoti, E & Smulovitz, C (Org.) **ENFORCING THE RULE OF LAW: the politics of societal.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

PINTO, Taís Caroline; **FERREIRA**, Flavia Elaine Soares; **GIACOIA**, Gilberto. O paradigma dos direitos fundamentais e sua efetivação por meio das Parcerias-Público Privadas. In: Ilton Garcia da Costa; Gilberto Giacóia (org). **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PPP e agências reguladoras, questões críticas**. São Paulo. Editora Verbatim, p. 123-146, 2015. ISBN 978-85-8399-003-1.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; **CARDOSO**, Gustavo Brígido Bezerra. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: alternativa para a efetivação de políticas públicas e para concretização dos direitos fundamentais sociais. A humanização do Direito e a horizontalização da justiça no século XXI - Direitos Sociais e políticas públicas IV**. Florianópolis. Conpedi, 2014, v. 1, p. 334-353.

PRADO, Florestan Rodrigo do; **SANTIN**, Valter Foletto. **BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: refletindo políticas públicas através do pensamento de Juarez Freitas**. In: Heloísa Helena Silva Pancotti; Ednilson Donizete Machado; Ricardo Bispo Razaboni Junior (org). Temas de Direito Administrativo. 1ª ed. Curitiba. Juruá, 2022.

REIS, Carlos Nelson dos. **A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: o contexto brasileiro em face da ação consciente ou do modernismo do mercado?** Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, vol. 11, nº 2, p. 279-305, maio/ago, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1415-98482007000200004>. Acesso em: 16 dez. 2022.

SANTIN, Valter Foletto. **CONTROLE JUDICIAL DA SEGURANÇA PÚBLICA: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2 ed. São Paulo. Verbatim, 2013.

_____. Serviço público e direitos humanos. Revista Paradigma, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 134-153, 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332>. Acesso em: 11 dez. 2022.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **GOVERNABILIDADE, GOVERNANÇA E DEMOCRACIA**: criação da capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-constituente. DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997.

SARMENTO, Daniel. **A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS**: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Leituras Complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4. ed. Salvador. JusPODIUM, 2010.

SOUZA, Livia Maria Cruz Gonçalves de; **FARIA**, Edimur Ferreira de. **GOVERNANÇA CORPORATIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**: um processo em construção! Revista Direito & Paz, v. 2 n. 37. Editora Unisal. 2017.

SOUZA, Renee do Ó; **SANTIN**, Valter Foletto; **PIEIDADE**, Antonio Sergio Cordeiro. Sinais de direito fundamental a uma boa administração no Brasil. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 17, n. 01, p. 11 - 36, nov. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2571>>. Acesso em: 22 July 2022. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v17i01.2571>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração e governança. Belo Horizonte. Fórum, 2011. 193 p. ISBN 978-85-7700-464-5.