

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito Público

Berenice Reis Lopes

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA:
uma transição entre o Estado Regulador e o Estado Garantidor

Belo Horizonte
2016

Berenice Reis Lopes

**A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA:
uma transição entre o Estado Regulador e o Estado Garantidor**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Público - Estado, Constituição e Sociedade, no Paradigma do Estado Democrático de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Giovani Clark.

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L864p	Lopes, Berenice Reis A parceria público-privada: uma transição entre o Estado Regulador e o Estado Garantidor / Berenice Reis Lopes. Belo Horizonte, 2016. 138 f. : il. Orientador: Giovani Clark Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. 1. Direito administrativo. 2. Parceria público-privada. 3. Regulação. 4. Estado de direito. 5. Garantia (Direito). I. Clark, Giovani. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
-------	---

SIB PUC MINAS

CDU: 351.712

Berenice Reis Lopes

**A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA:
uma transição entre o Estado Regulador e o Estado Garantidor**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Público - Estado, Constituição e Sociedade, no Paradigma do Estado Democrático de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Doutor Giovani Clark (Orientador) - PUC Minas

Professor Doutor Flávio Couto Bernardes - PUC Minas

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva- Dom Helder Câmara

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2016.

Ao meu amado esposo Antônio
Paulo Machado Gomes.

Por fazer real o que parecia apenas
um sonho!

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Giovani Clark, a quem tanto admiro não só pela notável capacidade intelectual como também pela pessoa humana que é, o qual me encorajou e possibilitou a realização deste trabalho.

À minha grande e estima amiga, Sírlei de Sá Moura, que esteve ao meu lado todo instante desta caminhada.

A vontade do capitalista é certamente de ficar com o mais possível. O que temos de fazer não é falar acerca da sua vontade, mas de inquirir do seu poder, dos limites desse poder e do carácter desses limites. (MARX, 2004, p. 21)

RESUMO

O Estado capitalista, desde suas origens, passa por mutações conforme a evolução das sociedades e especialmente de acordo com as necessidades do grande capital, que vê neste modo de produção a única e possível forma de se garantir a produção de riqueza. O modo de se conduzir esta estrutura produtiva modifica-se conforme as configurações estatais adotadas pelas diferentes nações, que ora admitem, conforme suas ideologias, maior ou menor intervenção estatal no domínio econômico. A partir da concepção de que os direitos econômicos integram direitos universais, aptos a produzirem uma sociedade do bem-estar, inclusive na promoção de direitos sociais, verifica-se na configuração do Estado Garantidor a larga utilização de mecanismos legais com o discurso de atender a esse fim que, contudo, acaba por privilegiar e fomentar apenas o grande investidor, que passa a assumir o papel do Estado na prestação de serviços públicos e de atividades estratégicas, através das Parcerias Público-Privadas, fragilizando, cada vez mais os poderes públicos em suas atuações no domínio econômico, pregando a transformação da regulação e talvez anunciando o avanço para a sociedade anarcocapitalista. Assim sendo, o objeto desta dissertação é mostrar a transformação do Estado em face da política econômica realizada através dos tempos, que agudamente se utiliza da parceria público-privada como instrumento de execução no Estado Garantidor. Para tanto, fizemos uma pesquisa eminentemente documental, apoiada na doutrina do Direito, principalmente nas obras do jurista português Antônio José Avelãs Nunes e dos professores Washington Peluso Albino de Souza e Giovani Clark, bem como análise de contratos de Parcerias público-privadas.

Palavras-chave: Estado Garantidor. Parceria público-privada. Regulação.

ABSTRACT

The capitalist state, since its origins, it mutates as the evolution of societies and especially according to the needs of big business, you see in this mode of production and the only possible way to ensure the production of wealth. The way to lead this production structure is modified according to state configurations adopted by different states, which now admit, as their ideology, more or less state intervention in the economic domain. From the conception that economic rights are part of universal rights, able to produce a society of well-being, including the promotion of social rights, it is found in the Guarantor State setting the broad use of legal mechanisms in speech meet this purpose which, however, turns out to favor and promote only the major investor, who now assumes the role of the state in providing public services and strategic activities through public-private partnerships, handicapping, more and more governments in his performances in the economic domain, preaching the transformation of regulation and perhaps announcing the breakthrough for anarcho-capitalist society. Therefore, the object of this work is to show the transformation of the state in the face of the economic policy carried out over time, which sharply using the public-private partnership as instrument of execution in the State Guarantee. To this end, we made an eminently documentary research, based on the doctrine of law, especially in the works of portuguese lawyer Antonio José Nunes Hazelnuts and teachers Washington Peluso Albino de Souza and Giovani Clark and analysis public-private partnership contracts.

Key-words: State Guarantee. Public - private Partnership. Regulation.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Lista dos contratos firmados para o projeto de PPP da Rodovia MG 050	110
TABELA 2 - PPPs por Estados	82

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 - Lista de PPP por segmento	84
GRÁFICO 2 - Lista de PPP por segmento conforme dados não oficiais	85
GRÁFICO 3 - Crescimento de implantação dos projetos de PPP	87

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1: Fases do Estado Regulador	55
QUADRO 2 - Apuração de projetos de PPPs a nível nacional	81
QUADRO 3: Projetos que devem alcançar a fase de Licitação até Dezembro/2015.....	88

LISTA DE MAPA

MAPA 1 - PPPs por Estados	82
---------------------------------	----

LISTA DE SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
APAC	Associação de Proteção e Assistência ao Condenado
ARTESP	Agência de Transporte do Estado de São Paulo
BDMG	Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CAESB	Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal
CBMMG	Companhia Brasileira de Minério de Minas Gerais
CEDAE	Companhia Estadual de águas e esgotos
CGPP	Conselho gestor de Parcerias Público-privadas
CODMIG	Compahia de desenvolvimento econômico de Minas Gerais
COEF	Coeficiente
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTCA	Centro de treinamento e capacitação aeroespacial
DER	Departamento de Estradas e Rodagem
DER-MG	Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais
DETRAN	Departamento estadual de trânsito
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EC	Emenda Constitucional
EPIs	Equipamentos de proteção individual
FGP	Fundo de Garantia de Parcerias Público-privadas
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICQD	Índice Composto de Qualidade da Disponibilidade
IMA	Instituto Mineiro de Agropecuária
INAP	Instituto Nacional de Administração Prisional
INFOPEN	Informações penitenciárias
IPVA	Imposto sobre propriedade de veículos automotores
MG	Minas Gerais
PAD	Parâmetro anual de desempenho
PIB	Produto interno bruto
PPP	Parceria Público-Privada
QID	Quadro de indicadores de desempenho
SABESP	Empresa de saneamento básico do Estado de São Paulo

SEDE	Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico
SEDS	Secretaria de Defesa Social
SETOP	Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas
SMQD	Sistema de mensuração da qualidade de disponibilidade
SQD	Sistema quantitativo de disponibilidade
UAIs	Unidades de atendimento integrado
UNIFOR-MG	Centro Universitário de Formiga
VfM	Value for money
VPL	Valor presente líquido

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	29
2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	33
2.1 Estado de Direito: o império do liberalismo econômico	33
2.2 Estado Social: em busca da justiça social.....	37
2.3 Estado Democrático de Direito: a ideologia neoliberal reguladora.....	42
2.4 Estado Garantidor: uma nova configuração estatal	49
2.4 Desconstruir para intervir	57
3 NOVA CONSTRUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	65
3.1 A interface entre o direito administrativo e o direito econômico.....	65
3.2 As reformas administrativas no Brasil conforme o Decreto nº 200/67 e Emenda Constitucional 19/98	66
3.3 Parcerias Público-privadas - PPPs: Aspectos jurídicos, políticos e econômicos desta nova forma de contratação com o setor público.	72
3.3.1 A Parceria Público-privada: análise da Lei nº 11.079/2004.....	72
3.3.2 O instituto da PPP aplicado como política econômica do Estado Garantidor.....	78
4 CONTRATOS DE PPPs NO BRASIL	81
5 ESTUDO DE CASOS DE APLICAÇÃO DAS PPPs	91
5.1 Infraestrutura: Rodovia MG 050	95
5.1.2 Análise do Contrato SETOP nº 007/2007 - Concessão patrocinada para exploração de rodovia - Concorrência nº 070/2006 DER/MG	99
5.1.3 Análise do Anuário da Rodovia MG 050	106
5.2 Segurança Pública: Penitenciária	111
5.2.1 Análise do contrato complexo prisional Ribeirão das Neves	118
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	129
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como inspiração originária a leitura da obra "As duas últimas máscaras do Estado capitalista", autoria de Antônio José Avelãs Nunes, aliada às lições do professor Washington Albino Peluso de Souza na obra clássica "Primeiras Linhas de Direito Econômico" e, notadamente, as aulas assistidas nesta instituição de ensino e admiravelmente ministradas pelo professor Giovani Clark.

A partir, portanto, dos estudos sobre uma nova configuração estatal em que o Estado capitalista na atualidade encontra-se envolto, denominada Estado Garantidor, a ideia do trabalho foi investigar, na experiência brasileira, a identificação de um comportamento de transição do Estado Regulador para esse tipo de Estado, bem como a política econômica adotada por este, especialmente ao se analisar o instituto das parcerias público-privadas.

Assim, no capítulo 1 foi realizado um estudo dos antecedentes históricos das configurações de Estado, identificando as suas políticas econômicas. Assim, a pesquisa foi desenvolvida a partir das seguintes configurações: Estado de Direito, Estado Social, Estado Democrático de Direito. Assim sendo, tentou-se demonstrar em cada um deles a política econômica própria, ou seja, liberal, regulamentadora e reguladora, respectivamente, essa dividida em suas três fases, quais sejam: inicial, neodesenvolvimentista e por fim de austeridade. Nesta última, identificamos o florescimento do Estado Garantidor.

A evolução sobre as configurações estatais teve como intenção fazer um diagnóstico quanto a postura estatal frente ao domínio econômico, especialmente no tocante à sua intervenção, isto é, intensa ou retraída, conforme dado tempo e espaço de uma sociedade. No Estado de Direito identifica-se uma valorização à liberdade do mercado, que contudo não vedava a intervenção estatal. Já no Estado Social, este cenário muda e revela uma alta intervenção estatal no domínio econômico, para conter as crises advindas do sistema capitalista, que se revela por uma política estatal regulamentadora, em que o próprio Estado atua diretamente na atividade econômica, participando da produção de bens e serviços, com o estabelecimento das empresas públicas. Mais uma vez esta configuração se transforma, para dar espaço a uma nova onda ideológica, a reguladora, em que o Estado retrai de sua postura interventiva, sob o dogma da ineficiência, iniciando-se um processo de maior intervenção indireta, por via de agências de regulação e normas. Nesta configuração estatal, compreende-se três fases específicas, as quais são denominadas:

- a) 1ª fase: reguladora inicial;
- b) 2ª fase: neodesenvolvimentista e
- c) 3ª fase: de austeridade.

A política econômica é a mesma em cada uma dessas fases, contudo na segunda fase há uma maior preocupação em se efetivar a distribuição de renda. E finalmente, alcança-se a configuração estatal do Estado Garantidor, a qual se revela como uma nova forma de Estado capitalista em que este sistema se adapta às novas necessidades do grande capital, ou seja, o novo nicho para investimentos financeiros seria a prestação de serviços públicos e atividades estratégicas, pressupondo uma nova, maior e radical retração do Estado no domínio econômico, renunciando a total desregulação da economia, face ao sistema de contratação das Parcerias Público-privadas, possivelmente indicando a passagem para o anarco-capitalismo como a sucessiva mutação estatal.

A partir das configurações estatais estudadas, no capítulo 2 foi desenvolvida a defesa da intervenção estatal a partir de aspectos filosóficos, especialmente inspirados por Derrida e Foucault, para se fazer uma nova leitura da estrutura de produção capitalista, na tentativa de se desgarrar de 'ideologias' simplesmente concebidas e violentamente instauradas no comportamento social, demonstrando que o capitalismo admite e necessita da intervenção estatal para sobreviver e com ele ser possível a identificação de novas formas de produção, bem como de formas de capitalismo diversificados no mundo contemporâneo.

No capítulo 3 pretendeu-se dar enfoque à construção do Direito Administrativo, considerada a interface deste ramo com o Direito Econômico, fazendo-se uma aproximação de suas normas e ressaltando as suas distinções.

Neste contexto, investigamos como o Direito Administrativo vem sendo construído na realidade brasileira, como suas legislações têm sido estruturadas, especialmente dando ênfase às duas principais reformas do Estado, quais sejam, a implantada pelo Decreto nº 200/1967 - "reforma burocrática" e mais recentemente a denominada reforma administrativa implantada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, dita "reforma gerencial". A primeira com enfoque neoliberal regulamentador, com algumas preocupações privatizantes, e a segunda em uma linha mais radical, intensifica o processo de concessões de serviços públicos, com especial enfoque nos sistemas de contratação por via das Parcerias Público-privadas.

Nesta esteira, foi necessária realizar uma análise do instituto das Parcerias público-privadas, com enfoque nos seus aspectos jurídicos, traçando uma evolução normativa sobre o instituto das concessões, que se inicia com as licitações (concessões gerais) representada pela

Lei nº 8.666/90, posteriormente a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços público, e enfim a Lei nº 11.079/2004 que implanta a forma mais atual de contratações com o setor público, qual seja, as parcerias público-privadas instituindo as formas patrocinada e administrativa.

Ainda neste capítulo, a partir da análise legislativa foi possível relacionar o instituto da Parceria Público- Privada - PPP com a configuração estatal do Estado Garantidor, este considerado um tipo estatal que cada vez mais se distancia do contexto econômico, deixando que a iniciativa privada preste serviços públicos e atividades estratégicas, antes executados diretamente pelo Estado, utilizando-se como arcabouço legal o instituto das PPPs, não com o intuito de se prestar de forma mais eficiente os serviços públicos aos seus usuários, ainda que seja este o discurso, mas para garantir os ganhos do empresariado que se lança nas atividades e serviços como uma das formas mais seguras e rendosas de investimento apresentadas no Estado contemporâneo.

Por derradeiro, a partir de toda a construção teórica realizada, os capítulos 4 e 5 se voltam para apresentar um panorama no estado brasileiro acerca dos contratos via parceria público-privada em estudo, implementados ou em fase de implantação, para enfim realizar a análise de dois casos práticos de aplicação das PPPs, sendo utilizada a experiência mineira da Rodovia MG 050 e do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, projetos que inauguraram no Brasil tal sistema de contratação entre Estado e a iniciativa privada, considerando que o Estado de Minas Gerais foi pioneiro não só na execução dos contratos, como também na regulamentação específica do tema, a partir da Lei nº 14.868/2003, precedendo a próprio Lei Federal nº 11.079/2004 que estabeleceu normas gerais para as parcerias.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 Estado de Direito: o império do liberalismo econômico

A partir da queda do *ancien régime* que tem com a Revolução Francesa um marco histórico na humanidade, notadamente, pelo caráter universal que atingiu tal acontecimento, tem-se através das teorias constitucionais a vitória do liberalismo e talvez o primeiro marco da democracia, pelo menos no 'plano ideal', já que a burguesia, grande financiadora de tal revolução, ao tomar o poder implantou a sua doutrina, com seus valores filosóficos, como sendo a representativa de todas as classes sociais, inclusive as populares (BONAVIDES, 2004). Assim, a burguesia rompe com o absolutismo, vestida com o véu da luta democrática dos direitos individuais, mas acaba defendendo os ideais de uma nova 'aristocracia'.

É neste contexto que as doutrinas Iluministas do século XVIII, ao questionarem o poder central do monarca constituído nas Monarquias Nacionais, defendem o liberalismo, uma vez inspirados pelas concepções de Locke, Rousseau e Hobbes em que os valores de vida, propriedade e liberdade deveriam ser preservados e garantidos pelo Estado, e ainda serviram de suporte para os economistas clássicos, a fim de investigar e explicar o sistema econômico mais adequado de produção de riqueza de uma nação.

Esta liberdade, então, era entendida como uma negação da soberania estatal, conforme traduz Goettingen

A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se, com particular relevo, no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado. É sob este aspecto que se introduz a doutrina liberal nas primeiras Constituições escritas, as Cartas americanas e francesas, cujas teses adquiriam, para a democracia liberal, o valor de uma profissão de fé religiosa e mística. Nos Estados Unidos, essa mentalidade fundada na crença da personalidade soberana e ilimitada do indivíduo, precedendo o Estado, se manteve até o fim do século XIX, graças à atitude conservadora da Suprema Corte. (BONAVIDES apud GOETTINGEN, 2004. p. 52)

E ainda "No liberalismo, o valor da liberdade, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal." (BONAVIDES apud VIERKANDT, 2004, p. 60)

A propriedade, por sua vez, direito decorrente do próprio exercício da liberdade, tem inclusive destaque na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é vista como "direito inviolável e sagrado"¹, corroborando com a onda emancipatória evidenciada pela Revolução

¹ Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Francesa (1789) cujos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade serviram como estandartes da ruptura com o Estado Absolutista e da sua política econômica mercantilista.

Assim, a histórica revolução citada, marcada pela vitória da burguesia sobre os poderes do monarca, significou naquele período a vitória de uma classe com a consequente representação de seus interesses, deixando para a história resolver o aspecto democrático que inclui o elemento popular no centro de decisão, como bem assinala Bonavides

Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia. (BONAVIDES, 2004, p. 55)

Este período é bem caracterizado pela aplicação da máxima ideológica do *Laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même* (deixa fazer, deixe passar, o mundo vai por si só) que ganhou fama no mundo e se estabeleceu como profissão de fé a ser praticada, a partir da qual, a "mão invisível" do mercado, tal como proposto por Adam Smith, geraria as condições para que a economia de uma nação se autorregulasse, de forma que a oferta criaria sua própria demanda e vice-versa, não necessitando que o Estado interviesse na vida das pessoas, com exceção de alguns segmentos.

A economia clássica e seus intelectuais, ainda que defendessem a mínima intervenção estatal, não a negavam, especialmente Smith, ao contrário do que comumente se divulga. Ao dispor, por exemplo, sobre as obrigações inerentes ao soberano ou à república, estipula a criação ou manutenção de "instituições" e "obras públicas" essenciais a um Estado e que por este devem ser administradas e custeadas. Dentre as quais destacam-se quatro setores específicos da atenção estatal:

- a) segurança voltada para a defesa da sociedade;
- b) administração da justiça,
- c) destinadas ao comércio da sociedade e
- d) educação e saúde.

Assim, necessário que tais setores fossem mantidos ou criados pelo Estado, quer pelo menor custo aos cofres públicos, quer pela própria natureza dessas instituições ou serviços, uma vez que sua exploração se basearia pelo aspecto estratégico de um nação e não pelo caráter lucrativo da atividade. (SMITH, 2012). Adam Smith também defendia a intervenção

do Estado no domínio econômico quando o particular fosse omissor, desinteressado ou incapaz.

No aspecto da educação por exemplo, a ideia de que fosse garantida pelo Estado tinha o fim de equalizar as formas de desigualdades encontradas nas sociedades, em que a grande parte da população letrada era aquela que tinha condições financeiras de pagar um professor ou frequentar escolas privadas. Assim, ao propor a indagação se o Estado deveria dar atenção à educação do povo se posiciona que em alguns casos o "estado de sociedade" não consegue dar oportunidades iguais aos cidadãos necessitando de intervenção estatal para evitar a "degeneração" de grande parte do corpo social (SMITH, 2012). E complementa que a educação financiada pelo Estado traria para a nação vantagens de duas ordens: a primeira delas seria proporcionar oportunidades de igualdade de acesso à educação, haja vista acabar ficando restrita a um pequeno grupo social, considerando que grande parte da população mal tem tempo e condições financeiras de se dedicar aos estudos, pois necessitam oferecer sua força de trabalho para seu sustento. “A educação da gente comum talvez exija, numa sociedade civilizada e comercial, a atenção do Estado mais do que a da gente de alguma posição e fortuna.” (SMITH, 2012, p. 989)

A segunda vantagem para a nação quando a educação é prestada pelo Estado estaria pautada na lógica de que a instrução educacional da sociedade é o resultado da instrução de cada um dos indivíduos.

Tanto mais instruídas são essas pessoas, tanto menos ficam sujeitas às ilusões do entusiasmo e da superstição que, nas nações ignorantes, não raro provocam as mais terríveis desordens. Além disso, um povo instruído e inteligente sempre é mais decente e ordeiro do que um povo ignorante e estúpido. Nesse caso, cada homem se sente, individualmente, mais respeitável e com maior possibilidade de obter o respeito de seus legítimos superiores. está mais propenso a questionar e a discernir as denúncias interessadas da facção e da sedição e, por isso, menos suscetível a se deixar seduzir por uma volúvel e desnecessária oposição às medidas do governo. (SMITH, 2012, p. 995)

Na área econômica ou produtiva da sociedade, destaca as distorções constatadas no mercado tais como a criação de monopólios e também a falha na gestão das empresas, hipóteses que reivindicam a intervenção estatal para equilibrar a atividade empresarial para defesa e preservação da concorrência, bem como aferindo menores custos financeiros ao Estado para manutenção de certos serviços ou obras públicas.

O desígnio permanente dessas companhias² é sempre elevar sua taxa de lucros ao máximo possível, manter o mercado, tanto para as mercadorias que exportam como para as que importam o mais abastecido possível, o que se consegue limitando a concorrência ou desencorajando novos empreendedores a entrar no mercado. (SMITH, 2012, p. 934)

A despeito, portanto, dessa forma de intervenção estatal destacada, o século XVIII e parte do século XIX é marcado como época em que o Estado intervém de forma "reduzida" na vida dos indivíduos, prevalecendo a lógica da liberdade negativa de atuação estatal, cuja interferência, portanto, significava verdadeira ofensa e violação à liberdade individual e à propriedade privada, a qual era fruto do sacrifício pessoal.

Apesar de uma intervenção denominada negativa no Estado liberal, encontramos nesse modelo inúmeros exemplos de atuação econômica positiva do Estado, até mesmo sistemática - como a Lei do Trigo na Inglaterra, que garantia um preço mínimo para o seu produto, buscando incentivar o agricultor, mas o sujeitava a certas regras de importação, e as barreiras colocadas pelos Estados Unidos e Alemanha, por volta de meados de 1800, para a importação de mercadorias, no intuito de desenvolverem e protegerem a infantil indústria local contra os produtos da potente indústria inglesa (HUMBERMAN, 1986). Como se percebe, nas hipóteses apontadas por Adam Smith, onde fosse admitida, a intervenção era frequentemente executada pelo Estado em prol da evolução do liberalismo. A abstenção era sim, a regra, mas as políticas econômicas estatais positivas deveriam garantir o modelo. (CLARK, 2001, p. 21-22)

É neste contexto que a liberdade econômica era defendida, como pressuposto básico para enriquecimento de um nação, segundo os economistas clássicos, já que os indivíduos teriam plena liberdade de negociação no mercado.

Como se trata de um período de ruptura com o Absolutismo e sua política mercantilista, em que o poder do rei era soberano e central, justificável se tornou o lema da liberdade em defesa da personalidade individual, contudo tal liberdade também traduzia e implantava o ambiente favorável para a atuação da classe burguesa.

Ocorre que os acontecimentos sociais encontram-se sempre em constante mutação, como a própria história da humanidade assim revela, sendo que esta configuração liberal (política econômica) do Estado de Direito, tende a se alterar, ou se adaptar aos contornos e necessidades dos indivíduos, implicando, pois, numa nova e diferente configuração de Estado de acordo com o período vivido nas sociedades, digo, disputas sociais entre elas, capital versus trabalho.

² O autor se refere às sociedades por quotas, sociedades por ações ou qualquer outra forma de corporação.

2.2 Estado Social: em busca da justiça social

A configuração do Estado social na verdade é uma transformação ou mutação do Estado de Direito, eis que não é possível se estabelecer um marco definidor na história a partir de quando se inicia e termina uma ordem política. Assim, esta encontra-se em constante mutação.

A liberdade almejada e alcançada na época do liberalismo acabou por demonstrar a sua mera formalidade, haja vista o que demonstrou a Revolução Industrial, reprimindo e reduzindo as pessoas a salários de escravos.

Assim, as doutrinas socialistas já identificavam as contradições no valor liberdade, tal como destacado por Vierkandt "que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade." (BONAVIDES apud VIERKANDT, 2004, p. 61). A liberdade, portanto, defendida no liberalismo aos poucos vai se revelando distanciada da justiça social não atendendo aos anseios das pessoas.

Se a Revolução Francesa e demais revoluções burguesas representaram a ruptura com o absolutismo das Monarquias Nacionais sendo hasteada a bandeira da liberdade democrática, esta liberdade acabou sendo conquistada somente pelo segmento que a financiou, qual seja, a burguesia. Assim, a liberdade típica e defendida pelos teóricos e pela classe dominante não tinha apenas o aspecto político, mas também econômico.

A liberdade foi sim conquistada, mas aos moldes, interesses e valores de uma determinada classe social. Mas e a democracia, enquanto forma de institucionalizar o poder do povo e para o povo? Esta restou comprometida, ou frustrada no Estado de Direito, tanto no aspecto político, defendido por Rousseau no, Contrato Social, quando defende uma liberdade social, como também no aspecto econômico, pois intensifica-se, especialmente com a Revolução Industrial, as lutas de classes: trabalhadora e burguesa, esta detentora do capital.

Verifica-se, portanto, que a liberdade consagrada no liberalismo, que inclui a defesa da propriedade privada e sua sacralização, foi o suporte para a exploração de quem a detinha a propriedade privada contra quem não a possuía e a partir daí tal liberdade acabou, especialmente com a Revolução Industrial, por reverter-se contra a própria classe burguesa, pois, tão livre se pautou o uso da propriedade privada, deixando nas "mãos invisíveis" do mercado a sua lógica, que grandes concentrações de riqueza ocorreram, conseqüentemente a criação de oligopólios, monopólios e o próprio abuso da liberdade econômica (BONAVIDES, 2004), haja vista que imperava a teoria darwinista da "seleção natural", sobrevivendo o "melhor" adaptado ou aquele mais poderoso economicamente, tolhendo, por consequência, a

liberdade de seus concorrentes.

Neste contexto, é que se reclama pelo intervencionismo estatal, a fim de corrigir as constantes falhas e ilicitudes do mercado, as quais possuem como base ideológica a democracia. (BONAVIDES, 2004). Ademais, outros motivos também resultam na intervenção estatal no domínio econômico, tais como: luta capital versus trabalho, direitos sociais, defesa do consumidor, ascensão das classes trabalhadoras aos postos políticos, entre outros.

O que se entende então por Estado social? Tal configuração pode se dar a partir de duas concepções de Estado, quais sejam: assistencialista e igualitário.

Não há uma só maneira de conceber o Estado social. Este pode ser pensado como um conjunto de instituições idealizadas para que ninguém numa sociedade caia abaixo de um nível de vida decente, respondendo às emergências da pobreza e da doença, mas também aos problemas dos mais vulneráveis na sociedade, como as crianças, e os idosos. Este é o Estado social do amparo, cujo desenho depende do que se considere serem mínimos aceitáveis, o que variará consoante as circunstâncias históricas em que uma sociedade vive e a percepção nela partilhada do que serão esses mínimos. [...] podemos ainda dizer que este entendimento do Estado social é o do assistencialismo. Compete com esta concepção uma outra visão do Estado social. [...] Mais particularmente: o entendimento de que numa sociedade mais igual é uma sociedade melhor. Em vista deste objetivo, o Estado procura maximizar a igualdade de oportunidades, através da materialização de instituições e meios que garantam a melhor educação e a melhor saúde possível para o maior número possível, sob o princípio de uma universalidade do direito de acesso a esses bens sociais, mas também, além das áreas setoriais do Estado social, através de políticas fiscais que materializem o princípio da progressividade nos impostos, mais geralmente, de políticas comumente designadas como políticas redistributivas que limitem ou condicionem a desigualdade de rendimentos. (BARATA, 2014, p. 23-24)

Em meados do século XIX pode-se identificar uma nova configuração estatal, a partir das grandes disparidades econômicas detectadas na sociedade em decorrência do aparecimento de grandes monopólios e desigualdades socioeconômicas aprofundadas, bem como das consequências econômicas e sociais do pós primeira e segunda guerras mundiais, revelando uma necessidade de o Estado intervir não só como instrumento pacificador entre as nações, mas também como agente ativo para restabelecer as economias desgastadas pelas guerras.

Esta configuração é intitulada Estado Social, com destaque para as constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) quando se entendeu necessária a previsão de direitos e garantias sociais aos cidadãos nos textos constitucionais, bem como o New Deal adotado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra em 1930.

Neste contexto, destaca-se como grande marco propulsor da intervenção estatal a crise de 1929 estabelecida nos EUA - a Grande Depressão - sendo de significativa importância as

propostas de políticas econômica formuladas por John Maynard Keynes, segundo o qual vendo a sociedade assolada em grande quadro de desemprego e recessão econômica, caberia ao Estado intervir para promover mais igualdade entre os indivíduos, estabelecendo uma fórmula de salvar o capitalismo e ao mesmo tempo amenizar as consequências de desigualdade de rendimentos (NUNES, 2013), gerando retração ou estagnação da economia de uma nação, haja vista a falta de poder aquisitivo constatada na sociedade de consumo.

Diante de tal contexto, Keynes propôs medidas interventivas do Estado na perspectiva de que este fornecesse benefícios sociais em forma de rendimentos para que estes fossem consumidos e lançados no mercado no intuito de aquecer a economia.

Para assegurar mais estabilidade às economias capitalistas, de modo a evitar sobressaltos como o da Grande Depressão, é necessário que os desempregados não percam todo o seu poder de compra (daí o subsídio de desemprego), que os doentes e inválidos recebam algum dinheiro para gastar (subsídios de doença e de invalidez), que os idosos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar (daí o regime de aposentação, com a correspondente pensão de reforma). (NUNES, 2013, p. 13)

Este período foi marcado por uma nova tendência em termos de reconhecimento de direitos dos cidadãos, especialmente os trabalhistas, bem como da postura estatal frente ao domínio econômico, assumindo, portanto, uma ação mais positiva ou ativa, caracterizada por uma postura empresarial e regulamentadora, passando então o Estado a intervir diretamente na economia através de empresas estatais e indiretamente via edição de normas. (SOUZA, 2005).

No Neoliberalismo de regulamentação, o processo produtivo capitalista e os detentores do poder econômico privado, em plena guerra fria, utilizavam-se principalmente do Estado-empresário – empresas públicas e sociedades de economia mista -, digo intervenção direta, para agir no domínio econômico e social, assim, como da intervenção indireta (normas jurídicas), a fim de amainar as crises cíclicas, refrear as reivindicações dos trabalhadores e espantar o socialismo real (CLARK, 2012, p. 149).

Importante registrar neste aspecto a importante contribuição doutrinário-científica elaborada pelo respeitável professor Washington Peluso Albino de Souza (2005), a quem coube a identificação e caracterização do Estado Regulamentador quando da configuração de Estado Social ou, segundo o qual, adota-se uma política econômica pautada na proteção do mercado interno de uma nação, assumindo diretamente a produção e prestação de alguns bens e serviços à população. O Estado empresário realizando serviço público e atividade econômica estratégica.

A vida impôs a necessidade de confiar ao estado (ao estado capitalista) novas funções, no plano da economia e no plano social. A emergência do estado social tem aqui a sua origem. E ele trouxe consigo uma diferente representação do estado e do direito, aos quais se comete agora a missão de realizar a 'justiça social', proporcionando a todos as condições de uma vida digna, capaz de assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. E trouxe consigo também um maior grau de autonomia da instância política e um certo domínio do político sobre o económico (NUNES, 2013, p. 7).

Neste contexto, defende-se que o Estado Social realiza um encontro entre a economia e a política, compreendidas necessariamente como distintas e estanques pela ideologia liberal, que como narrado exigia-se uma postura mais negativa do Estado, apostando no mercado as crenças de que ele fosse o mais ou o único capaz de atender às necessidades econômicas e sociais da sociedade. "O estado social veio, justamente, traduzir e assumir a necessidade de considerar a economia dentro da esfera da política, pondo termo ao mito da economia separada da política (separada do estado)". (NUNES, 2013, p. 9)

Nesta esteira, as funções assumidas pelo Poder Executivo ganham destaque e proeminência, contexto diverso daquele apresentado na configuração estatal do Estado de Direito (com suas políticas econômicas liberais) em que as funções mais realçadas eram desempenhadas pelo Poder Legislativo, considerado como o poder legitimado a estabelecer os direitos pela iniciativa das leis.

Assim, é possível afirma-se que as diferentes configurações estatais em que os Estados se apresentam, na verdade, não passam de fórmulas estruturais em que se reveste o modo de produção capitalista que, tal qual um camaleão adapta sua cor ao ambiente, amolda-se constantemente às sociedades onde se apresenta e vice-versa.

No Estado social há um chamado ao Estado enquanto instituição para interferir na economia na busca da "justiça social" e manter o processo produtivo de mercado estável, face à evolução das grandes manifestações populares contra o poder da burguesia que cada vez mais se apoderava enquanto grande capital. Assim, é como se o Estado, antes mínimo, na fase liberal, agora é inserido no contexto econômico com destaque para ações planejadoras como forma de sua intervenção na vida econômica (direta e indireta).

É comum se veicular e ter a ideia de que o Estado social é um tipo de Estado dispendioso, caro aos cofres públicos, mas tal argumento acaba sendo puramente classista (donos do poder econômico), haja vista que se esquece de lembrar que o Estado Social possui valores de igualdade e universalização da dignidade, considerando que se deseja nesta configuração estatal um Estado que promova saúde, educação, segurança, mas que o investimento em tais setores implica não em gastos, mas em investimentos em

desenvolvimento da nação como um todo, implicando, pois, numa ação positiva estatal tal como destacado por Barata e Carmo:

Quando se divulgou os indicadores de desenvolvimento económico, social e cultural em Portugal, os dados apresentados são os que resultam mais diretamente da intervenção do Estado social. Foram também esses os indicadores da construção de um ambiente socioeconómico propício a uma iniciativa privada mais capaz. (BARATA; CARMO, 2014, p. 11)

Há quem argumente que o Estado social regulamentador inibe a força de trabalho ou a vontade dos indivíduos a buscarem sua manutenção de forma independente. Quem assim acredita ainda se encontra atrelado aos valores do liberalismo, ratificando uma visão míope e restrita à seara econômica esquecendo-se que o Estado, enquanto instituição, tem o papel de adotar políticas públicas focadas no princípio da economicidade, assegurando justiça social através da valorização do trabalho humano e da valorização da iniciativa privada, conforme os fundamentos da nossa ordem econômica e financeira descrita no caput do artigo 170 da CR/88. Assim, não se concebe na nossa Constituição um Estado simplesmente paternalista, mas uma nação igualitária quanto às oportunidades de vida digna.

Então é preciso que o Estado social seja encarado não como gasto ou custo, mas como investimento para o desenvolvimento nacional, assim como argumentam Barata e Carmo:

A economia do Estado social não pode ser pensada, nem discutida, somente a partir do binómio despesas/receitas. O Estado social e as respetivas funções têm um valor económico e social acrescido que ultrapassa a mera visão contabilística. Mais do que isso, o Estado social deve ser encarado não como uma mera despesa (ou gordura), mas antes como um investimento que, além de garantir um conjunto de direitos e de níveis básico de provisão, representa um meio imprescindível para o desenvolvimento económico e humano das sociedades a longo prazo. O Estado social não é gordura, é músculo! (BARATA; CARMO, 2015, p. 20-21)

Para Bonavides ao conceber o Estado Social, assim o faz afirmando que

[...] é o Estado a que damos, do ponto de vista doutrinário, valoração máxima e essencial, por afigurar-se-nos aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica. (BONAVIDES, 2004, p. 187)

Mas o Estado Social também depara-se com as transformações sociais e com isto tende a mudar, a fim de se conformar com as vontades de determinados segmentos, alterando novamente sua configuração.

Dessa forma, o capitalismo, já no fim do século XX e início do XXI, é encarado sob novo enfoque, adotado como modo de produção em toda ou grande parte do mundo pelos Estados, contudo, resgatando os valores liberais em que o mercado deixado livre é a melhor opção econômica. Agora o Estado se apresenta como regulador da economia. (CLARK, 2015)

2.3 Estado Democrático de Direito: a ideologia neoliberal reguladora

A partir da quase total padronização do modo de produção capitalista no mundo, pós II guerra mundial, isto é, na segunda metade do século XX, mais precisamente nas décadas de 70 e 80 ressurgem com intenso vigor ideologias liberais resgatadas da concepção de que o mercado deve ser deixado livre para atuar, como sendo a melhor forma de satisfação das necessidades individuais e coletivas, considerando que o indivíduo é o melhor juiz para realizar suas escolhas (CASTRO, 2015)

Nesta esteira renascem, mais precisamente na Escola de Chicago, ideologias "neoliberais" com destaque para as proposições intelectuais em que se destacam nomes de intelectuais como Friedman e Hayek (SOUZA, 2005; CLARK; CORRÊIA; NASCIMENTO, 2013), segundo os quais o Estado deve ser minimamente interventivo e atuar a partir de uma política reguladora criando agências com funções técnicas e apolíticas (NUNES, 2011) para fazerem as vezes da presença do Estado no contexto econômico, privatizando-se serviços públicos e atividades estratégicas, sob o argumento de ineficiência estatal.

Neste contexto, surgem enfim o Estado Democrático de Direito e o *neoliberalismo de regulação*. Aquele procura destruir as bases constitucionais de governos autoritários, e este, por sua vez, visa concentrar as ações do Estado na economia através da intervenção indireta (normas) e intermediária (Agências de Regulação). (CLARK; NASCIMENTO; CORRÊA, 2013, p. 4192)

Na elaboração dessas ideologias foi dada proeminência à aplicação da Ciência Econômica, em desprezo aos fundamentos da Ciência Jurídica para se definir a forma de controle estatal no contexto econômico.

No cenário brasileiro e conforme a CR/88 o Direito Econômico é pautado por princípios e regras jurídicas que tem na Ciência Econômica seu ponto auxiliar, ou seja, pelo princípio da subsidiariedade a Economia é considerada como fonte auxiliar para se interpretar o Direito Econômico, haja vista que este possui como objeto o tratamento jurídico da política econômica (SOUZA, 2005) acerca de um fato econômico. Assim, enquanto a Ciência

Econômica cuida de explicar este fato a partir de suas premissas, o Direito Econômico trata de juridicizá-lo a partir da ideologia constitucionalmente adotada. (SOUZA, 2005)

Assim, com amparo à teoria geral, não se pressupõe superposição entre a Ciência Econômica e o Direito e vice-versa, mas uma relação de auxílio entre ambas, a partir da qual e pela regra da subsidiariedade, as considerações e explicações ofertadas pela Ciência Econômica não são de utilização obrigatória (SOUZA, 2005), mas fonte de auxílio ao jurista para compreender o fato econômico e aplicar sobre o mesmo a política econômica que esteja conforme ao fundamento constitucional de sua ordem, aplicando, portanto, o método da Análise Substancial do Direito. (SOUZA, 2005)

Nesta esteira, já se constata o equívoco interpretativo da ideologia reguladora, uma vez que adota a Ciência Econômica como fonte prioritária e restrita para defender o afastamento do Estado no contexto econômico, orientando, portanto, adoção de políticas econômicas dissociadas dos fundamentos jurídicos constitucionalmente previstos, ignorando o princípio e a regra da subsidiariedade retro mencionada, como reza o método da Análise Econômica do Direito.

Retomando o ressurgimento da ideologia neoliberal, esta foi base inspiradora para a realização do Consenso de Washington³, o qual estabeleceu diretrizes políticas na seara econômica especialmente dos países emergentes, como destacado:

A disseminação dessa doutrina, chamada *neoliberal*, entre os governos latino-americanos, a partir do Consenso de Washington (1989), foi feita pelo Fundo Monetário Internacional-FMI e pelo Banco Mundial, os quais condicionaram seus empréstimos à adoção de políticas de abertura econômica, de desestatização e de outro modelo de regulação econômica. Mas a adoção dessas políticas jamais foi realizada de uma só vez, nem foram completamente aceitas. As medidas para sua implantação foram tomadas paulatinamente no passar da década de 1990, e mesmo após sua intensificação na segunda metade daquele decênio não se pode dizer que o liberalismo clássico, estatofóbico, passou a vigor no Brasil. (CLARK; NASCIMENTO; CORRÊA, 2013, p. 4183)

Assim, sob a inspiração da concepção neoliberal reguladora, ou seja, esvaziamento do Estado de suas funções empresarial e regulamentadora verificadas no Estado Social, afastamento do contexto econômico com criação de agências reguladoras e apelo para as privatizações,

³ Conjunto das diretrizes definidas em 1989 em conferência realizada em Washington por economistas, organizadas pelo Institute for International Economics. Fez parte do receituário, o esforço de equilíbrio fiscal, austeridade fiscal ao máximo, o que passa inevitavelmente por um programa de reformas fiscais, administrativas todas visando a um corte violento nos gastos públicos. (NASCIMENTO et. al. 2010, p. 128-129)

[...] uma onda privatizadora varreu a Europa e o mundo, desencadeada, fundamentalmente, por razões ideológicas. Privatizou-se tudo, entregando ao grande capital a produção e a distribuição de bens e serviços essenciais à vida das pessoas (incluindo a água). Sempre em obediência ao dogma de que o mercado tudo resolve da melhor maneira, porque ele é o *único critério de racionalidade*, cujas soluções são infalíveis, indiscutíveis, para além do justo e do injusto. (NUNES, 2011, p. 410)

Assim, instaura-se nas sociedades o denominado Estado Regulador, entendido como uma estrutura governamental construída especialmente para melhor alocar e concentrar a renda dos grandes detentores do poder econômico, representados pelos grandes grupos empresariais e pelas instituições financeiras que, ditando as regras de uma economia "globalizada", colocam os Estados à mercê do grande mercado, sendo os serviços públicos transformados em atividades lucrativas exploradas pela iniciativa privada (NUNES, 2012) e ela é estimulada pelo Estado inclusive com políticas fiscais de isenções em desrespeito à capacidade contributiva dos contribuintes, tudo sob o argumento de ser muito dispendioso para aquele, devendo mesmo ser esvaziado de suas atividades, inclusive como prestador de direitos sociais, já que a solução dos problemas econômicos de uma nação está no mercado.

Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades econômicas estatais à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. [...] O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através de normas legais (leis, decretos, portarias); assim, como de forma intermediária, via agência de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens ou insumos nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços/tarifas, etc. (CLARK, 2008, p. 70).

As agências, assim denominadas por inspiração das *agency* norte americanas, talvez possam ter seu marco embrionário a partir da criação nos EUA da Granger Law em 1870, que consistia num conjunto legislativo com o escopo de regular os serviços afetados com interesse e finalidade públicas.

Assim, considerando-se a necessidade de se estabelecer taxa de preços razoáveis para serviços de ferrovia e elevadores de grãos, vários Estados americanos passaram a regular tais atividades utilizando-se da via normativa, através de edição de leis, ou de forma intermediária, delegando a fiscalização das atividades às denominadas ICCs - Intestate Commerce Commission criadas em 1887. Esta prática evoluiu para outras áreas e segmentos de atividades, tais como os serviços de gás, eletricidade e água. (FRIED, 1998)

Tal política foi praticada no contexto norte americano, graças à grande influência da corrente progressista existente no século XIX nos Estados Unidos, segundo a qual defendia-se

que a atividade econômica deveria ser regulada, especialmente nos casos em que se exerce serviços públicos ou afetados pelo interesse da coletividade, com destaque para a *Rent Theory* e desenvolvida por Robert Hale, formulada em contraposição às teorias econômicas clássicas que se preocupavam especificamente com a produção de riqueza e não com a sua distribuição.

Esta forma de regulação na vida econômica foi uma grande vitória para a implantação da corrente progressista nos Estados Unidos, que vivia à época sob os auspícios de uma ideologia liberal de preservação da liberdade negativa estatal, ou seja, mínima intervenção no contexto econômico, especialmente evidenciado nas decisões judiciais proferidas pela Corte dos EUA, as quais revelavam verdadeiros atestados de defesa da propriedade privada em detrimento da utilidade pública, e também pela omissão legislativa no sentido de regular o uso da propriedade privada.

Contudo, a despeito desta constatação no âmbito dos Poderes Judiciário e Legislativo, seria equivocado afirmar que os EUA adotam ou sempre adotaram uma postura não intervencionista ou liberal, pois como relata Vasconcelos

O capitalismo liberal ou Estado liberal foi fundado a partir do próprio Estado. Pegando a ordem temporal que estabelece os EUA como maior sistema econômico do planeta percebemos que eles obtêm independência em 1776. Em 1792 há uma conjugação no âmbito do governo onde um personagem de significância Alexander Hamilton (1º. Secretário do Tesouro norte americano) vai fundar 13 bancos de desenvolvimento estatal. [...] Se deu então a construção do processo econômico nos EUA por uma ação altamente intervencionista. Modelo estatizado de bancos de desenvolvimento que fomentaram a formação de novas empresas no século XVIII. Naquela configuração da estrutura dos EUA houve forte presença do Estado que se deu exatamente no âmbito da proteção à indústria nascente. Impedindo que produtos gerados pela Inglaterra, França, chegassem aos EUA via importação. Queriam estimular o desenvolvimento de empresas para produzir o que importavam, o que equivale a substituição de importações iniciada no século XVIII. Isto requereu protecionismo e ainda subsídios à economia privada a todos aqueles que possuíam ou não capital, inclusive para construir ferrovias dentro de um espaço nacional imenso. Os EUA então saem na frente pela coordenação estatal. (informação verbal)⁴

Assim, vai se configurando a nova concepção de Estado Regulador, fundamentado no argumento de busca da "eficiência estatal", a partir da qual o Estado substitui a sua intervenção direta, via políticas enquanto empresário e regulamentador (SOUZA, 2005) para assumir um papel coadjuvante, intervindo indiretamente via agências reguladoras na vida econômica, criando espaço para a iniciativa privada assumir a execução de serviços públicos e exploração econômica inclusive de segmentos estratégicos para o desenvolvimento de uma nação, tais como a educação, energia, infraestrutura, todavia colocando em risco a soberania

⁴ Palestra proferida por Flavius Lanna Vasconcelos na PUC MINAS para o curso de mestrado em Direito Público, Belo Horizonte, 24 jul. 2014.

estatal. (CLARK, 2008)

O Estado Regulador configurado no Estado Democrático de Direito, portanto, apresenta-se através de uma política econômica em que a privatização é a ordem a ser praticada, e concomitantemente agências reguladoras são criadas para servirem de substitutos da figura estatal no domínio econômico, já que elas devem ser técnicas e não políticas como o Estado (NUNES, 2011) e com isto promoverem a tão almejada eficiência no setor público.

[...] estas agências concretizam uma solução que respeita o dogma liberal da *separação entre estado e economia*: o estado deve manter-se afastado da economia, não deve intervir nela, deve estar separado dela, porque a economia é a esfera privativa dos privados e o estado é uma pura instância política. (NUNES, 2011, p. 416)

A ideologia de concepção do Estado Regulador está pautada sobre um argumento que possui como base a eficiência da iniciativa privada e a ineficiência dos órgãos públicos, e nesta esteira a regulação surge como forma de 'afastar' o Estado do domínio econômico, fazendo crer na máxima liberal de que o mercado é autorregulável e por isto capaz de solver os problemas econômicos e sociais.

Por isto o mundo presenciou nas décadas de 80 e 90 o desencadeamento da onda de privatizações e criações de agências reguladoras idealizadas pelo aspecto tecnicista em detrimento do aspecto político. É sob tal enfoque que se sustenta a Análise Econômica do Direito (AED) que, como teoria, assume e delimita o capitalismo como o único modo de produção capaz e possível de se alcançar o bem-estar individual e coletivo. (CASTRO, 2015)

Sobre o argumento da eficiência, utilizado como vetor principiológico para justificar ao mesmo tempo a adoção da política neoreguladora e o convencimento da ineficiência estatal, insere-se na perspectiva de que a prestação dos serviços públicos gera muito 'gasto' ao Estado.

De fato existem custos para manter o sistema de segurança, saúde e educação, estes entendidos como básicos a uma sociedade, mas a interpretação mais coerente não deve transitar sobre tal aspecto somente, pois a prestação de tais serviços deve ser eficiente no sentido de ser acessível a todos e qualquer da população e não ao argumento de equivaler a 'altos custos' financeiros.

Assim, não é o custo alto ou baixo que deve guiar a consecução dos serviços públicos essenciais, mas a equidade que se deve ser alcançada, sendo entendida a liberdade como igualdade e não como liberdade negativa no sentido de autodeterminação, conforme a visão liberal.

Ademais, vale destacar, que a teoria clássica econômica que baseou as ideias dos liberais clássicos, enraizaram a concepção de produção de riqueza, concebendo os direitos a liberdade, vida e propriedade direitos sagrados. Ocorre que a econômica clássica não se preocupou com a distribuição de renda. Outro vetor principiológico a justificar a corrente neoliberal baseia-se no estabelecimento de uma concorrência livre segundo a qual é regida "[...] pelas leis do mercado, típica do lema *laissez faire laissez passer*, no intuito de que a ideia é afirmar as virtudes da concorrência e o primado da concorrência." (NUNES, 2007, p. 9-18)

É bem verdade que nosso texto constitucional no título VII da Ordem econômica e financeira prevê a livre concorrência como princípio constitucional, assim também como a propriedade privada, ambos inspirados na ideologia liberal, mas que não devem ser interpretados isoladamente, mas a partir dos fundamentos teóricos que pautam o referido título, descritos no caput do artigo 170 CR/88, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a preservação da livre iniciativa, cuja finalidade precípua é dar condições a todos os cidadãos da nação brasileira existência digna em busca da justiça social. Sobre este embasamento teórico, portanto, é que se consagra a ideologia constitucionalmente adotada. (SOUZA, 2005)

Assim, nesta esteira, o Estado há também que preservar os demais princípios de outras linhas ideológicas, elencados no artigo 170 da CR/88, assim como: a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a propriedade privada, a função social das propriedades de produção, o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, a redução das desigualdades regionais.

Os comandos jurídicos plurais do texto constitucional brasileiro, incluindo a sua Constituição Econômica, possuidor de normas vinculantes de diversas matrizes ideologias políticas que participaram da sua elaboração, constroem uma ideologia constitucionalmente adotada a ser implementada necessariamente- te na realidade socioeconômica e ambiental nacional, seja pela sociedade (incluindo os agentes privados da economia), seja pelo aparelho estatal. A nossa Constituição Econômica, portanto, não adotou, logicamente, somente o capitalismo como forma de produção, mas apenas o admite como uma delas, e dentro de limites constitucionais - inclusive com o dever/poder estatal de atuar na vida social, econômica e ambiental. Aliás, bem ao contrário do que pregam os defensores da escola da análise econômica do direito, que desvirtuam a aplicação e interpretação do direito.

Temos assim, nos conteúdos jurídicos da nossa ordem econômica constitucional, comandos (expressos e implícitos) que admitem/apoiam outras formas de produção (as acima citadas, por exemplo), convivendo entre si, não se limitando ao reducionismo da forma produtiva baseada nos meios privados e a exploração paga do trabalho. Em síntese, adotamos o pluralismo produtivo em decorrência lógica de termos garantido constitucionalmente uma sociedade plural. (CLARK; NASCIMENTO; CORRÊA, 2013, p. 292)

Sobre a evolução das configurações estatais em face das políticas econômicas praticadas, pode-se identificar, portanto, ao longo de todo o processo histórico a identificação dos seguintes tipos de Estados: Liberal, Regulamentador e Regulador, correspondente, logicamente, aos já consagrados Estados: de Direito, Social e Democrático de Direito, respectivamente.

O Estado Liberal assenta-se sobre a adoção de uma política econômica em que o Estado é mínimo, há prevalência da liberdade negativa para garantia do dogma do *laissez-faire laissez-païsser*, isto é, a autorregulação do mercado.

Já no Estado Regulamentador evidencia-se uma política econômica preocupada com a implementação de políticas sociais tais como garantia de direitos trabalhistas e previdenciários, e adoção de uma política econômica regulamentadora a partir da intervenção direta do Estado no domínio econômico praticando atividade econômica através das empresas estatais.

Sobre a configuração estatal do Estado Regulador é possível traçar a existência de pelo menos três fases distintas ocorridas neste modelo, considerando-se a política econômica adotada e tendo toda por base o mesmo fundamento teórico, qual seja, a ideologia neoliberal.

Assim, o Estado Regulador em sua primeira fase abandona a técnica regulamentadora, típica do Estado Social ou arremedos, e passa a adotar a política de privatizações e criação de agências reguladoras, 'afastando' o Estado da economia e realizando intervenções prioritariamente indireta.

Em uma segunda fase do Estado Regulador é possível identificar uma configuração estatal em que, apesar de utilizar a mesma política econômica descrita para a primeira, busca efetivar uma distribuição de riquezas, perseguida a partir da adoção de programas sociais, valorização do salário mínimo, investimentos em infraestrutura, estabilização da moeda, ampla oferta de linhas de crédito, entre outras medidas. Poder-se-ia dizer que se constata uma forma de Estado Regulador menos ortodoxa, ou seja, neodesenvolvimentista.

[...] é um programa de política econômica e social que busca o crescimento econômico do capitalismo brasileiro com alguma transferência de renda, embora o faça sem romper com os limites dados pelo modelo econômico neoliberal ainda vigente no país. (BOITO JÚNIOR, 2012, p. 05)

Esta fase desenvolvimentista se apresenta a partir da análise das duas primeiras décadas do século XXI no Brasil, utilizando-se como referência o período desenvolvimentista ocorrido na década de 1930, contudo é melhor denominada pela expressão

neodesenvolvimentista, porque se apresenta no período da fase neoliberal, por isto o acréscimo do prefixo "neo". (BOITO JÚNIOR, 2012)

A discussão do neodesenvolvimentismo se fundamenta através de uma abordagem acerca dos participantes do processo político no período dos anos 2000 a 2010, investigando quem são os seus sujeitos, e como esta participação de alguma forma alterou o desenvolvimento do modo de produção capitalista no Brasil, ou seja, se na década de 80 e 90 estes participantes representavam em sua grande maioria a grande burguesia interna e externa, nas primeiras décadas do século XXI, este cenário se tras muda com a fortificação de forças populares que somaram forças às classes representativas da burguesia interna brasileira que se encontrava em busca de crescimento econômico e ávida a financiamentos e proteção contra a concorrência externa. (BOITO JÚNIOR; BERRINGER, 2012)

Assim, o resultado desta transformação foi a criação de uma nova frente política (BOITO JÚNIOR, 2012) representante de múltiplos interesses, rompendo com o modelo fundamentalista inicial do Estado Regulador, inserindo alterações no capitalismo com a adoção de políticas públicas voltadas para a efetivação de transferência de renda.

E finalmente, uma terceira fase ainda pode ser verificada, a qual se denomina Estado Garantidor. Nesta, o Estado ainda regulador, atua na vida econômica por meio das agências, contudo, apresenta-se sob uma perspectiva mais extremada da política econômica aplicada, qual seja, a adoção de um neoliberalismo de austeridade, que por ser tão extremo chega a atingir as raízes do anarco capitalismo (MIGUEL, 2006), transformação inspirada na crise financeira mundial ocorrida em 2007-2008, quando restou questionada a atuação das agências reguladoras, corroborada pela Teoria da captura⁵ (POSNER, 1971). Essa política econômica utiliza-se paulatinamente do instituto das parcerias público-privadas, promovendo esta nova fase um ambiente fértil para a implantação de nova configuração estatal.

2.4 Estado Garantidor: uma nova configuração estatal

Uma vez evidenciados os tipos estatais como Liberal, Regulamentador e Regulador, neste compreendidas suas fases, e a partir da política econômica tipicamente adotada em cada uma dessas configurações, cabe a análise do Estado Garantidor, representando uma terceira e

⁵ Trata esta teoria da ocorrência de um verdadeiro domínio dos reguladores pelos regulados e dessa forma, quando os agentes econômicos (regulados) dominam a agência, acabam por usar desta posição privilegiada para aumentar seus lucros, utilizando a agência como instrumento de se evitar a entrada de novos competidores no mercado.

radical fase do Estado Regulador. Parte-se da ideia, portanto, de que aquele, decorre da concepção deste último, contudo apresentando ideais cingidos por uma ideologia extremamente liberal que o distingue fundamentalmente da política adotada neste tipo estatal (regulador), a qual é rompida e substituída por outra nova, contudo, estruturada para beneficiar ainda mais o grande capital.

Assim, quando no Estado Regulador a atuação das agências resta comprometida, especificamente com a crise mundial financeira de 2007-2008, condenadas pela ausência de fiscalização do mercado, e altos custos com sua manutenção, bem como por serem consideradas entidades extremamente permeáveis à manipulação de interesses, desenvolve-se, portanto, a concepção de Estado Garantidor, juntamente com um retorno aos apelos ideológicos liberais extremados com novos marcos jurídicos.

Este Estado Garantidor possui uma peculiaridade que o distingue do Estado Regulador, pois enquanto neste, o Estado utiliza o modo de intervenção por via indireta, via normas e agências reguladoras, como política econômica para desenvolver o capitalismo, no Estado Garantidor, há uma concepção de que a existência das agências, desacreditadas de suas funções, não é a melhor política a ser implementada, por isto lança mão o Estado de técnicas de contratualização, via concessões, especialmente na modalidade parceria público-privada, ampliando as privatizações, para que o Estado sequer intervenha de forma indireta na economia, mas pelo contrário, para que o Estado intervenha minimamente, de forma indireta, passando para as mãos da iniciativa privada as atividades restantes do Estado, esvaziando, ou talvez a ideia seja 'extinguir', a figura estatal, aproximando-se da implementação da ideologia anarco-capitalista. Explica Luiz Felipe Miguel

Um dos traços fundantes do pensamento liberal, em suas diversas vertentes, é a contraposição entre o espaço das relações impositivas (o Estado) e o espaço das trocas consensuais entre agentes livres (o mercado); ou, para usar as palavras de Milton Friedman (1985 [1962], p.21), a "direção central usando a coerção" e a "cooperação voluntária dos indivíduos". Aceitando esta caracterização das duas esferas e também o pressuposto de que a liberdade individual é o bem a ser maximizado, segue-se o Estado deve ser minimizado - o menor Estado que seja capaz de garantir a continuidade da vida social é o melhor possível. O problema é saber onde se encontra este mínimo, que às vezes pode ser bastante alargado. No protoliberalismo de Thomas Hobbes, por exemplo, as forças centrífugas presentes nas coletividades humanas são tão poderosas que, para alcançarmos um mínimo de coesão social, precisamos abdicar a quase toda liberdade pessoal. Os anarcocapitalistas chegam à conclusão oposta: o Estado pode ser abolido, não como no sonho de anarquistas e comunistas, porque suas funções seriam desempenhadas pela livre associação dos produtores, mas porque todas as funções do Estado seriam assumidas pelo mercado. (MIGUEL, 2006, p. 94-95)

O Estado Garantidor pode, então, ser o veículo condutor para atingimento da sociedade anarcocapitalista (MIGUEL, 2006), sendo que nesta o Estado é considerado como um entrave à livre atuação da iniciativa privada no mercado, por isto deve ser eliminado, já que considerado ineficiente e muito dispendioso. Na sociedade comunista, por outro lado, o Estado desaparece por evolução social revolucionária num estágio tal de sociedade que haja a gestão coletiva dos bens de produção e de distribuição justa das riquezas. Contudo, a sociedade comunista é precedida de uma fase socializante, em que os bens de produção são estatizados e a economia planejada a partir desta realidade.

A corrente anarcocapitalista apenas se esquece que a inexistência do Estado é pressuposto para a própria extinção do tipo de sociedade que se almeja, pois ainda que o mercado assuma todas as suas funções, quando este falhar ou for acometido por crises, como demonstra a história nos eventos da "Grande Depressão" e do colapso financeiro em 2007-2008 ocorridos nos EUA com reflexos mundial, quem, diferentemente do Estado, socorrerá a Economia e proverá os direitos sociais?

Basta recordar os fisiocratas, para quem o estado era o *estado dos proprietários*. E recordar Adam Smith: o estado foi instituído logo que surgiram (e porque surgiram) “propriedades valiosas e vastas”; foi “instituído com vista à segurança da propriedade”, para garantir aquele “grau de autoridade e subordinação” sem o qual não é possível manter o *status quo*; foi instituído com vista “à defesa dos ricos em prejuízo dos pobres”. (NUNES, 2013, p. 19)

Como estratégia de sua implementação, o Estado Garantidor utiliza uma nomenclatura de grande impacto que incide necessariamente junto às aspirações e necessidades dos indivíduos, pois, o termo 'garantidor', de forma sedutora, parece enfim dar a certeza de que o Estado promoverá de forma efetiva os direitos sociais promotores de uma vida digna em sociedade.

O apelo ao sentido gramatical, portanto, remete-nos aos ideais já perseguidos pelo Estado Social que contudo em nada de assemelha ao Estado Garantidor. Enquanto naquele, o Estado adota posição predominantemente intervencionista e regulamentadora, para implementar direitos sociais e a todos, nesse tais direitos são ditos 'implementados' pela lógica do mercado, ou seja, por via das parcerias público-privadas, quando o Estado concede à iniciativa privada a execução de serviços (restantes) antes por ele oferecidos, reduzindo a intervenção na economia, sob a justificativa de promover maior eficiência, fazendo na verdade um movimento cíclico de retorno ao Estado Liberal, radicalizado, quando este somente atua onde e quando a iniciativa privada não atuar ou não quiser, quando não for

atraente nem o serviço nem o local para gerar os seus ganhos. Tudo isto com base no referencial principiológico da subsidiariedade, o qual, atestam alguns, formulado no ambiente eclesialístico

[...] em fins do século XIX e começo do século XX no seio da Doutrina social da Igreja - Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e *Centesimus Annus* (1991) de João Paulo II. (PIETRO, 2011. p. 15)

Contudo, há opiniões divergentes sobre a origem deste princípio, cuja ideia, vinculada ao papel de intervenção do Estado no domínio econômico, possui embasamento nitidamente fascista.

Na realidade, a ideia de subsidiariedade do papel econômico do Estado é positivada, pela primeira vez, justamente pelo fascismo, na célebre *Carta del Lavoro*, editada por Benito Mussolini em 1927, em seu item IX: “A intervenção do Estado na produção econômica tem lugar unicamente quando falte ou seja insuficiente a iniciativa privada ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado. Tal intervenção pode assumir a forma de controle, de encorajamento e de gestão direta” (BERCOVICCI, 2015)

Há, portanto, na configuração do Estado Garantidor, uma verdadeira inversão de papéis em que o Estado, com suporte no princípio da subsidiariedade, é colocado a mercê do mercado e das empresas não tendo prevalência sobre o mesmo (BARATA, 2014).

[...] este conceito surgiu no seio da socialdemocracia europeia, nomeadamente por obra da corrente apostada na renovação do pensamento socialdemocrata que ficou conhecida por terceira via, da qual são figuras de proa, no plano teórico, Anthony Giddens (*The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, 1998) e, no campo da acção política, Tony Blair. Em termos gerais, o *estado garantidor* é definido, por uma lado, como “um Estado ‘desconstrutor’ de serviços encarregados de prestações essenciais do cidadão”, e, de outro lado, como “um Estado ‘fiador’ e ‘controlador’ de prestações dos serviços de interesse geral por parte de entidades privadas.” (NUNES, 2011, p. 443)

No Estado Garantidor ou Estado Subsidiário, portanto, a iniciativa privada atua com prioridade sob a atuação estatal e por óbvio, fiel a seus objetivos, somente onde for mais lucrativo, onde houver interesse de investimento. E assim, o Estado, por outro lado, além de minimizar o seu papel, firma um pacto para conceder estímulos a esta mesma iniciativa privada, utilizando-se da lógica segundo a qual, se o Estado fomenta a economia e a saúde financeira das empresas (garantindo contratualmente seus lucros) certamente ao prestarem os serviços públicos ou afetados pelo interesse público, o farão com efetividade, qualidade e segurança (NUNES, 2011), reduzindo a eficiência a único critério, qual seja, a satisfação do

interesse do mercado.

O Estado Garantidor, pois, pode ser ainda mais vantajoso que o Estado Liberal, uma vez que tem a garantia da atuação estatal em seu favor em prol do seu crescimento econômico, restando esquecidos os objetivos a serem alcançados de desenvolvimento de uma nação, tal como previsto no inciso II, artigo 3º da CR/88.

Os defensores do estado incentivador-orientador-garantidor reconhecem, candidamente, que “a necessidade de garantir a saúde econômica das empresas que operam nos sectores dos serviços públicos essenciais é fundamental para garantir os resultados pretendidos e, sobretudo, para garantir a prestação de um serviço essencial.” Mas entendem que **a solução está na “adoção preferencial de instrumentos de contratualização e de negociação” e na “autorregulação privada”**. Ao estado bastará propiciar as condições para a **“otimização do mercado”** adotando comandos específicos de *corporate governance e responsabilidade social no direito das sociedades*” (NUNES, 2011, p. 451, grifo nosso).

Tal modelo de Estado visa 'garantir' que os serviços públicos sejam prestados pela iniciativa privada e não pelo próprio Estado, pois, com amparo, no princípio da subsidiariedade, a iniciativa privada deve atuar e prestar os serviços públicos ou afetados pelo interesse público, podendo atuar inclusive na atividade de setores considerados estratégicos da nação, em comprometimento da própria soberania nacional, e o Estado terá papel excepcional de atuação.

Na melhor das hipóteses, admite-se que o estado intervenha *supletivamente*, como *estado subsidiário*: por exemplo, só deve criar escolas públicas onde não houver escolas privadas e onde não se conseguir estimular a *sociedade civil* a criá-las. Ao *estado subsidiário* caberia apenas *complementar a iniciativa privada*, estimular e apoiar a sociedade civil e os “corpos sociais intermédios” nela existentes. Este *estado social subsidiário* perfila-se, afinal, como o estado social impedido de o ser, por simples dedução dos axiomas ideológicos do neoliberalismo (NUNES, 2011, p. 457).

Depreende-se, pois, ideologias inerentes ao princípio da subsidiariedade, as quais pretendem preservar

[...] de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. (PIETRO, 2011, p. 18)

Por conseguinte, cinco tendências são destacadas a partir da aplicação do princípio, quais sejam: diminuição do tamanho do Estado a partir das privatizações na década de 80;

existência de uma sociedade pluralista em que o interesse público não se sobrepõe ao particular, pelo contrário, cabe ao Estado estimular para que os segmentos sociais alcancem seus objetivos; intensificação de parcerias do setor público com o setor privado; ênfase na desregulamentação da economia com foco na ideologia liberal (radicalizada) de liberdade de mercado; alteração da noção de interesse público na organização da Administração Pública, o qual passa a ser entendido como aquele que melhor e mais eficientemente (supostamente) atende aos interesses dos cidadãos (interesse público primário), com base na desburocratização da máquina administrativa. (PIETRO, 2011)

Há, portanto, na configuração do Estado Garantidor um enorme apelo de ideais liberais em que a intervenção estatal é vista como forma de coerção a inibir as liberdades individuais, como se o mercado não pudesse ser considerado ambiente propício de coerção (FRIED, 1998), e no seu sentido literal, como bem ilustra o cenário do Poder Judiciário brasileiro abarrotado de ações relacionadas a ofensas ao direito do consumidor; os grandes conglomerados empresariais oligopolizados e também os monopólios que se estabelecem comprometendo a concorrência, dominando mercados e ditando preços; as instituições financeiras livres para cobrar taxas de juros altíssimas e sem qualquer regramento, fazendo assim sucção de riqueza social.

Tal equívoco interpretativo advém da necessidade de ressignificação da palavra coerção, pois se a intervenção estatal é entendida como coerção, resulta na consideração de que o valor liberdade pressupõe a garantia da autodeterminação, quando deveria ser vista como inspiração para a implementação dos ideais de igualdade (FRIED, 1998).

A partir das configurações estatais que se apresentaram: Estado Liberal, Regulamentador, Regulador e Garantidor, pode-se perceber uma semelhança presente em todos os tipos, qual seja, a intervenção do Estado no domínio econômico, contudo distinguem-se pela forma de intervenção, o modo como se dará esta, ou seja, de forma mais ou menos atenuada, a partir da política econômica adotada.

Assim, verifica-se um movimento histórico dinâmico em que a partir do contexto econômico e político de dada sociedade será definida a forma de atuação estatal e, portanto, sua configuração ou tipo de Estado.

A partir das características identificadas no Estado Garantidor é possível formular um paralelo deste com o Estado Regulador (primeira e segunda fases), com destaque para as políticas econômicas adotadas em cada uma destas configurações estatais relacionadas no quadro 1:

Quadro 1: Fases do Estado Regulador

ESTADO REGULADOR - NEOLIBERALISMO DE REGULAÇÃO		
<u>1ª Fase Neoliberal Inicial</u>	<u>2ª Fase Neodesenvolvimentista</u>	<u>3ª Fase - Austeridade</u> (ESTADO GARANTIDOR)
a) Privatizações abundantes. b) Criação de Agências Reguladoras c) Divisão entre política e economia. d) Intervenção do Estado somente em determinadas situações, prioritariamente indireta. e) Redução do Estado Empresário.	a) Privatizações: reduzidas b) Manutenção de Agências Reguladoras. c) Divisão entre política e economia. d) Intervenção do Estado somente em determinadas situações, principalmente de forma indireta e sobretudo na infraestrutura, no crédito e implantação de programas sociais. e) Alguma transferência e distribuição de renda, inclusive via ampliação do emprego.	a) Parceria Público-Privada (PPP); mais privatizações b) Redução das forças das Agências Reguladoras. c) Estado Subsidiário (doutrina social da Igreja), a regra é o rebaixamento da intervenção estatal. d) Apenas garante que os serviços públicos sejam colocados à disposição dos usuários, principalmente através da iniciativa privada.

Fonte: Elaborado pela autora conforme análise do contrato SETOP 007/2007

Assim, destacando os pontos divergentes entre as políticas econômicas adotadas no Estado Regulador (gênero), verifica-se que em sua primeira fase há uma predominância de regulação por via das agências e largo uso da prática de privatizações. Na segunda fase, mantém-se esta mesma política, contudo há nuances de implementação de distribuição de renda (via crédito, programas sociais e emprego), já na terceira fase, transitória para uma nova configuração estatal, adota-se uma 'política econômica nova', com predominância para a desregulação e estabelecimento de parcerias público-privadas, instrumento jurídico considerado o mais adequado para fomentar e garantir os investimentos da iniciativa privada, em grave e literal afronta ao texto constitucional, especialmente aos fundamentos da ordem econômica.

A adoção da política econômica proposta pelo Estado Garantidor implica, portanto, atendimento à nova configuração do capitalismo contemporâneo, cujas crises, que marcaram as nações, foram determinadas por grande endividamento das dívidas públicas, liberalização da economia com menos proteção ao mercado interno, grande entrada e posterior saída de dinheiro estrangeiro com preocupação do Estado em "proteger" a política cambial e não a

concorrencial dentro do próprio Estado, como ocorrido em Portugal.

O grande afluxo de capitais cria condições propícias ao aumento do investimento e do consumo, o que contribui para estimular a economia nacional e atrair ainda mais capitais. Inicia-se, deste modo, um período de rápido crescimento, que se reflete normalmente num aumento geral dos preços e, nesse sentido, em perda de competitividade dos produtores nacionais nos mercados internacionais. A perda de competitividade deveria conduzir à desvalorização da moeda nacional, permitindo então recuperar alguma competitividade da produção interna face ao exterior. No entanto, as autoridades nacionais estão comprometidas com a política de estabilidade cambial, como parte de sua estratégia de atração de capitais externos. Assim, estando os preços internos a aumentar e a taxa de câmbio inalterada, os produtores nacionais vão perdendo capacidade de enfrentar a concorrência externa. (ABREU et al., 2013.p. 27)

O Estado Garantidor vai assim sendo construído à margem de qualquer discussão popular, sorrateiramente; nos bastidores do governo (NUNES, 2011). A mutação na ordem econômica é de tamanha sutileza que a população não consegue 'perceber' e mesmo quando dissimulada a sua participação, não terá o conhecimento suficiente para opinar sobre as circunstâncias que cercam sua política econômica, mas apenas restrita e superficialmente concordar que a iniciativa privada é mais eficiente que o Estado, assim como ditado pela ideologia neoliberal. Todavia, parcela da população luta contra a implantação do Estado Garantidor, por intermédio de diversos movimentos sociais e variadas formas de luta, seja no Brasil, seja na Europa, exemplificando as Jornadas de Julho de 2013 em nossa nação, bem como o movimento de indignados ocorrido em 2011 na Espanha.

Ocorre que eleger o valor da eficiência como critério gerencial e único a ser adotado a justificar a atuação da iniciativa privada, significa ignorar todo o sistema jurídico constitucional, atrofiando seus comandos, que prescrevem que a Administração Pública deve ser eficiente, mas não pela lógica da iniciativa privada, qual seja, reduzindo custos e aumentando lucros, mas pela lógica do atendimento eficaz e equânime e igualitário a todos os cidadãos.

Para que a configuração do Estado Garantidor seja desvelada é preciso uma investigação técnica, profunda e apurada dos instrumentos contratuais formalizados pelo governo, bem como um profícuo estudo do planejamento estatal (leis), isto quando são elaborados, a despeito do artigo 174 da CR/88 e outros comandos impondo um caráter determinante àquele, com participação e controle popular.

E é assim que se verifica a implantação de 'novas' ideologias nas políticas governamentais, tal como ocorreu na Europa com a implantação do Tratado de Roma (NUNES, 2013) que ensejou aprimoramento da Comunidade Econômica Europeia, mas

adotando-se a concepção neoliberal reguladora de intervenção do Estado na economia em constante mutação.

Assim, tal como ocorre na Europa as políticas de austeridade (Troika) em detrimento da soberania nacional, em que os Estados são obrigados a diminuir seus gastos com os direitos sociais, privatizar, estabelecer parcerias público-privadas, flexibilizar direitos trabalhistas, tudo em troca de financiamentos junto ao sistema financeiro que lucra com as dívidas públicas, impondo aos Estados pagamentos a juros de 'mercado'. No Brasil a figura das parcerias acaba servindo de meios estratégicos e amparadas sob o escudo da lei para exercerem a função que caberia ao Estado prestar. O Estado, portanto, fica a mercê das políticas e dos interesses privados.

Com um estado fraco do ponto de vista financeiro e amputado dos meios que poderiam permitir-lhe uma intervenção estratégica na orientação do investimento, são os bancos que exercem essa função que deveria ser uma função de soberania: decidir sobre consumo e o investimento e sobre o destino do investimento global. (NUNES, 2013, p.42)

O Estado Garantidor, longe de ser o Estado Social almejado por décadas, encontra-se pautado pela regra de obtenção de lucro pura e simplesmente ao capital e não de promover ou efetivar uma verdadeira democracia que exige a exposição e enfrentamento do Estado das necessidades individuais e coletivas, traçando metas para atendê-las.

[...] a escolha democrática pelo Estado social consolida o regime democrático, ao garantir universalmente aos cidadãos condições de existência que lhes permitem a participação nos atos da vida democrática do país. [...] O Estado social capacita a democracia, como a democracia capacita o Estado social. (BARATA, 2014, p. 43)

Contudo, não se crê, pela política desregulamentadora, minimamente intervencionista e subsidiária, típica do Estado Garantidor, que o Estado alcançará os seus fins, pois se pauta por outros valores, quais sejam, a obtenção do lucro, a partir de uma visão individualista na grande diminuição dos custos e incrível aumento dos ganhos privados.

2.4 Desconstruir para intervir

A premissa fisiocrata de que a estrutura da distribuição de rendimento e riqueza está intrinsecamente ligada às estruturas e relações sociais de produção, nos faz concluir que, se o capitalismo é adotado socialmente como o modo de produção de riqueza, sua distribuição seguirá sua lógica, ou seja, sempre será marcada pela distinção de classes, quais sejam: de um

lado a detentora do capital e de outro a proletariada.

Diante da leitura da mesma premissa também podemos realizar a seguinte indagação, a quem compete ditar ou alterar as estruturas sociais e econômicas? O mercado, o Estado ou a sociedade?

Se o Estado se pautar pelos valores ideológicos de vida, liberdade e propriedade na vertente ideológica do liberalismo, sua intervenção no domínio econômico fatalmente estará afastada ou será a mínima possível.

Assim, se a leitura de tal premissa for estritamente inspirada por valores capitalistas, em que a liberdade e propriedade privada possuem, material e não formalmente, um peso muito maior que o valor de igualdade se está admitindo que a distribuição de riqueza seguirá a lógica da exploração da mais valia, seja industrial ou comercial, e consequentemente o mercado será o sujeito capaz para comandar tais estruturas.

Diferentemente dos partidos sociais democratas europeus que concebem uma estrutura capitalista de produção e defendem uma estrutura com valores socialistas na forma de distribuição de riqueza o que é impossível diante de tal premissa (NUNES, 2013), mas é possível a partir da ideologia constitucionalmente adotada na CR/88 defender um pluralismo produtivo, onde se admite o capitalismo, mas, também modos alternativos de produção concebidos pela CR/88 nas formas de associativismo e cooperativismo, que significam alteração desta estrutura do modo de produtivo, podendo, dentro da mesma lógica fisiocrata, alterar as estruturas de distribuição de riqueza aproximando-se do fundamento constitucional previsto no caput do art. 170, qual seja, promover dignidade da vida humana.

Segundo a visão de alguns cientistas sociais, entre as formas de produção não capitalistas, é possível destacar três correntes: **a do associativismo, a do desenvolvimento alternativo e a das alternativas ao desenvolvimento**. Nenhuma dessas formas de produção tem a pretensão de eliminar a propriedade privada dos meios de produção, um dos pilares do capitalismo, como defende a tradição marxista-leninista, tornando-as estatais em uma primeira fase socialista, e depois coletivas na fase comunista, onde o Estado já se definhou. Portanto, **as formas alternativas de produção convivem e concorrem com o sistema produtivo capitalista**. (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 289, grifo nosso)

A premissa, então, poderá ter resultados diversos conforme a inspiração ideológica com a qual é lida. Se se utilizar a inspiração capitalista, cujos valores de liberdade são priorizados materialmente em detrimento de qualquer outro valor, resulta-se em uma alteração de estruturas de produção deixada ao mercado. Do contrário, se se utilizar a inspiração ideológica inscrita no texto constitucional brasileiro, que busca o alcance da justiça social como fundamento da ordem econômica, autoriza-se a alteração dessas estruturas através do

Estado e de forma ampla, bem como da sociedade, porque admite como princípios tanto valores capitalistas como socializantes, intervencionistas e nacionalistas.

Neste contexto, percebe-se que temos a construção da Constituição Federal de 1988 que não é feita por pessoas com ideologias políticas distintas, mas por nacionalistas, sociais democratas, socialistas, capitalistas e até fascistas, todos construindo o texto constitucional e construindo uma Constituição Econômica que é uma parte do texto constitucional que diz o “dever ser” para a vida econômica, mais precisamente voltada para as políticas econômicas públicas e privadas, pois segundo a definição de Direito Econômico adotada pelo saudoso mestre SOUZA suas normas versam obrigatoriamente sobre a realidade econômica, do ponto de vista da “política econômica. (informação verbal)”⁶

Ademais, mesmo mantendo o modo de produção capitalista, como estrutura de produção, ainda assim é possível criar mecanismos para se estabelecer modos alternativos de distribuição de riqueza, contudo, somente possível a partir da intervenção estatal e ação social, considerando-se que tal modo pode ser identificado sob diferentes formas, conforme a diretriz aplicada por cada nação.

Assim, segundo Pereira (2011), ao considerar que o Estado é a instituição democraticamente escolhida pelo povo a qual garante e sustenta o modo de produção capitalista, utiliza um critério político para classificar as suas diferentes formas adotadas no mundo, sendo destacados três modelos de capitalismo nas nações desenvolvidas: "liberal democrático" típico dos países anglo-saxões; "social" ou "europeu" típico dos países europeus e "japonês" ou "de integração social endógena" típico da nação japonesa. No primeiro há um tipo de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, no segundo há uma intervenção mais voltada para a redistribuição de renda via tributação, e o terceiro que tem na instituição da família o personagem que fará as vezes do Estado.

Já nos países em desenvolvimento constata-se dois modelos: "desenvolvimentista asiático" típico da China, Índia e países asiáticos e "liberal-dependente" especialmente do Brasil. No primeiro tem-se uma política mais cooperada entre Estado e iniciativa privada, já no segundo caso, há prevalência de políticas de privatizações e práticas de modelo importador (exportação de matéria-prima e importação de tecnologia), mantendo-se o seu processo produtivo dependente de tecnologias, produtos e capitais das nações desenvolvidas.

[...] os sistemas econômicos são sistemas sociais e políticos; não são constituídos apenas por relações de compra e venda, mas por relações econômicas reguladas pelo

⁶ Colóquio sobre Constituição Econômica proferida por Giovani Clark na PUC MINAS para o curso de mestrado em Direito Público, Belo Horizonte, 24 set. 2014.

Estado – Estado este que expressa a vontade do sistema de forças existente na sociedade. Não existem relações econômicas sem relações políticas, não existe análise econômica sem análise política. O capitalismo não é uma mera abstração, uma economia de mercado, mas um sistema econômico historicamente situado, sempre em evolução, sempre refletindo a mudança tecnológica e as lutas políticas através das quais se expressam e mudam as ideologias e as instituições. (PEREIRA, 2011, p. 4)

Desta forma, verifica-se que o modo de produção capitalista veiculado e aplicado pelo mundo afora não é singular, tampouco padronizado, bem como que existem opções alternativas de modo de produção, conclusão que se chega a partir da ideia de um novo pensar, a partir da desconstrução do modelo imposto pela ideologia capitalista, introduzida pela sua própria escrita, a palavra 'capitalista', como sendo a única forma de se produzir riqueza e compreender a realidade econômica.

Desconstruir a oposição significa, primeiramente, e em um momento dado, inverter a hierarquia. [...] É preciso também, por essa escrita dupla, justamente estratificada, deslocada e deslocante, marcar o afastamento entre, de um lado, a inversão que coloca na posição inferior aquilo que estava na posição superior, que desconstrói a genealogia sublimante ou idealizante da oposição em questão e, de outro, **a emergência repentina de um novo "conceito", um conceito que não se deixa mais - que nunca se deixou - compreender no regime anterior.** (DERRIDA, 2001, p. 48-49, grifo nosso)

É neste contexto que o capitalismo, bem como a onda reguladora ou agora garantidora deve ser pensada, estudada, refletida, eis que a onda neoliberal realmente se apresenta com grande força, segundo a qual nada ou qualquer pensamento pode contrariar, pois o que se pretende preservar é a liberdade pela liberdade nas concepções da Escola de Chicago.

Desconstruir, portanto, é entender a liberdade não simplesmente como liberdade, mas como igualdade em confronto com a Escola clássica econômica.

Conformar-se com o Estado Regulador ou, na sua forma mais radical, o Estado Garantidor é simplesmente aceitar e excluir qualquer possibilidade de pensamento diverso que tais correntes tentam inibir, é como se posicionar dentro de um sistema hermético que não admite ou não permite qualquer outra forma de interpretação da realidade, carecendo a reflexão dos modos de vida implantados no meio social, pois se se admitir que capitalismo é a melhor e o único modo de produção para gerar riquezas, a concepção de Estado Garantidor seria a melhor forma de alocação desses recursos? E para quem? E ainda, pode-se afirmar que o capitalismo é o único modo de produção capaz de oferecer bens e serviços no mercado?

É aqui que a desconstrução é importante veículo de questionar o capitalismo, o Estado Regulador e Garantidor. O capitalismo concebido como a única forma possível de se viver e

acumular riqueza nas sociedades é uma verdade absoluta e intransponível? Deve-se então diante de uma visão funcional desestabilizar as bases do capitalismo para então adaptá-lo à ideologia adotada nas constituições, que no caso brasileiro, preza o alcance da justiça social, valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa.

Somos conduzidos, levados a pensar, que a única solução é aquela ditada pelos intelectuais do mercado e vamos assim defendendo conceitos sem ao menos confrontá-los com outras perspectivas.

Se as agências reguladoras foram taxadas como o problema ao capitalismo, agora a solução apresentada e introduzida é a do Estado Garantidor, o qual sequer é questionado, mesmo porque é instalado de forma impositiva através das políticas econômicas adotadas pelas nações, e especialmente, sob o manto da austeridade via PPP.

Num contexto em que já quase nada mais resta a privatizar é oferecido àqueles que já quase tudo privatizaram a PPP como forma de garantir a existência de serviços por via iniciativa privada e como instrumento garantidor de seus lucros.

É neste ideal de se encontrar a estabilização das coisas que se encontram as incongruências da própria estabilidade. O Estado Garantidor é passado como salvador dos dilemas socioeconômicos humanos quando na verdade temos que questionar a sua própria santidade. É este o Estado que se quer, que se almeja e que a CR/88 impõe? Paramos para pensar nisto? Ou simplesmente nos confortamos com as explicações e lógicas elaboradas pelos possuidores da técnica intelectual? E onde fica a democracia e o poder democrático do povo na escolha do tipo de Estado ou de governo que se pretende ter?

Esta teoria do estado como “representação política de toda a sociedade”, se não é a *negação da existência de classes sociais*, é, pelo menos, a defesa da *colaboração de classes* no seio de um estado que se assume como a “representação política de toda a sociedade”, um estado capaz de arbitrar *acima das classes* e dos *interesses de classe*. Nela assenta o ‘compromisso’ da *concertação social* entre *parceiros sociais*, com o estado, *neutro, acima das classes* (substituídas pelos parceiros sociais) a arbitrar a concertação, em busca do bem comum (*a bem da nação*). (NUNES, 2013, p. 21)

Diante de tal contexto, ao que nos parece a política atende ao mercado, em detrimento das demais classes e segmentos sociais, segregando-as, selecionando ambientes conforme suas variadas categorias, a partir da governamentalidade política, que consiste no

[...] conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, **embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico**

essencial os dispositivos de segurança. (FOUCAULT, 2008, p. 143, grifo nosso).

O exercício do poder, desdobra-se, pois, na prática da governamentalidade atrelada com a própria razão de existência do Estado, que, segundo o processo histórico é destacada no século XVII como aquele que exigia a promoção da ordem através da segurança, da disciplina, da polícia, já na transição para o século XVIII altera-se sua concepção, que deve apenas garantir a liberdade individual, o *laissez-faire*, tido como mecanismo e arte de governar. Neste contexto, a economia é utilizada e priorizada como critério de racionalidade para se bem governar e exercitar o poder.

[...] vai ser preciso instituir mecanismos de segurança. **Tendo os mecanismos de segurança ou a intervenção, digamos, do Estado essencialmente como função de garantir a segurança desses fenômenos naturais que são os processos econômicos e os processos intrínsecos à população, é isso que vai ser o objetivo fundamental da governamentalidade** [...] Agora, só se pode governar bem se efetivamente, a liberdade ou certo número de formas de liberdade forem respeitados. Não respeitar a liberdade é não apenas exercer abusos de direito em relação à lei, mas é principalmente não saber governar como se deve. A integração das liberdades e dos limites próprios a essa liberdade no interior e do campo da prática governamental tornou-se agora um imperativo.”(FOUCAULT, 2008, p. 474-475, grifo nosso).

Mas qual liberdade se deseja respeitar e garantir? Aquela usufruída de forma absoluta dos quais se concebe os direitos inerentes à propriedade deixando-se em segundo plano os direitos sociais?

A luta pela ideia de justiça, com base na promoção da igualdade, depende de um processo de mudança, que pressupõe transgressão das normas que estabilizam uma dada comunidade, ou seja, nas normas criadas, inseridas e construídas de forma anônima e difusa, diante de um contexto que faz crer que o direito à propriedade é direito absoluto, porque afinal de contas, a propriedade é adquirida como fruto do trabalho.

Tais normas, diversas das normas jurídicas, são aquelas que “...a partir e abaixo, nas margens e talvez até mesmo na contramão de um sistema da lei se desenvolvem técnicas de normalização.” (FOUCAULT, 2008, p. 74)

Esta normalização impõe um modelo de como agir, um padrão de vida que determina como pensar, agir e proceder, pois do contrário deve ser corrigido. Instalando-se de forma extremamente poderosa, sutil, invisível, e opressiva, necessitando um esforço extremo de conscientização para se desprender de suas amarras.

Neste sentido, para Foucault é importante o processo de revolução, que significa evolução para outro poder onde não exista opressão, acreditando que as contra-condutas as transgressões constituem um movimento, como sendo uma forma de se desvelar o discurso que vigora em uma sociedade através das práticas e não exatamente da racionalidade, considerando que através do confronto será possível redimensionar as regras existentes.

[...] deve haver um momento em que a população, rompendo com todos os vínculos de obediência, terá efetivamente o direito, não em termos jurídicos, mas em termos de direitos essenciais e fundamentais, de romper todos os vínculos de obediência que ela poder ter com o Estado e, erguendo-se contra ele, dizer doravante: é minha lei, é a lei das minhas exigências, é a lei da minha própria natureza de população, é a lei das minhas necessidades fundamentais que deve substituir essas regras da obediência. Escatologia, por conseguintes, que vai tomar a forma do direito absoluto à revolta, à sedição, à ruptura de todos os vínculos de obediência – o direito à própria revolução. (FOUCAULT, 2008. p. 479)

A partir das técnicas de normalização em que se implanta o Estado Garantidor, a liberdade individual de escolha é estabelecida como o melhor critério de promoção da satisfação pessoal e coletiva, concretizada pela concorrência, que então deve ser livre e ativada pelo Estado. Ser contrário à esta convicção ideológica, é ir na contramão da própria liberdade de escolha, e, logo, ser inimigo da liberdade, sendo assim, na concepção filosófica de Foucault as sociedades acabam entabulando um contexto do “fazer viver e deixar morrer”. Deve então ser coibida tal ideia, pois a liberdade de escolha tem que ser preservada.

Nesta perspectiva de mudança, de rompimento de barreiras ideológicas e de técnicas de normalização, é urgente estabelecer um novo referencial de modelo de sociedade, de modelo econômico.

A doutrina neoliberal, que se assenta na hipótese - hoje indefensável - da eficiência dos mercados financeiros deve ser abandonada. É necessário abrir espaço das políticas possíveis e colocar em debate propostas alternativas e coerentes, capazes de limitar o poder financeiro. (BIBLIOTECA NACIONAL, 2012, p. 75)

Deve-se então mudar de referência, buscar uma nova diversa da corrente neoliberal reguladora, na qual baseada simplesmente na eficiência do mercado. A referência pode ser um novo modelo de sociedade em que se pretende cooperação, respeito às diferenças e objetivo comum bem além do individualista, buscando esta eficiência econômica pautada no fim de se buscar o alcance da igualdade, prioritariamente.

Devemos romper com a interpretação desmesurada e individualista de direitos de vida, liberdade e propriedade tal como narrado nas teorias clássicas liberais, para dar novos

conceitos e concepções para tais direitos, pois possuem caráter individual e coletivo, na verdade são individuais na medida que são coletivos e são coletivos na medida que existe o caráter individual.

O capitalismo realmente nos oferece a vida, liberdade e propriedade tal como almejamos? A referência que temos é de que o capitalismo assim como está estruturado, vai nos proporcionar tudo o que desejamos, riqueza, e assim trabalhamos e entregamos nossas vidas para um processo produtivo que nos vende uma ilusão, pelo menos para a maioria maciça da população mundial e acima de tudo consome nosso tempo, para pensar na situação em que vivemos, para vivermos momentos de lazer, de tranquilidade, de ócio, pois na sociedade moderna em que vivemos é proibido parar, porque parar significa não produzir que significa não vender e logo não gerar riqueza. Mas esta riqueza está sendo gerada na verdade para quem?

Vivemos na contemporaneidade num sistema de financeirização da economia em que este mercado ganhou destaque e influencia diretamente o sistema econômico, com um agravante, a nível mundial, de forma 'globalizada', o que provoca reflexos a nível global, seja positiva ou negativamente.

Assim, a configuração estatal desejada é senão aquela prevista no texto constitucional, a qual pode ser apresentada como o Estado Neodesenvolvimentista ou o Estado Social, em nada se confundindo com o Estado Garantidor, sendo que a tentativa de implantação deste último, equivale ao desvirtuamento e mutilação da CR/88, especialmente em seus fundamentos.

3 NOVA CONSTRUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1 A interface entre o direito administrativo e o direito econômico

Considerando a clássica doutrina do professor Washington Peluso Albino de Souza, segundo o qual o Direito Econômico, ramo autônomo do Direito, possui normas jurídicas de conteúdo econômico, estas podem também ser encontradas em demais ramos, tal como o Direito Administrativo, que tem, na perspectiva de administrar as funções estatais, a missão de estabelecer as diretrizes de atuação do Estado.

Assim, enquanto o objeto do Direito Econômico é dar tratamento jurídico à política econômica (SOUZA, 2005), o objeto do Direito Administrativo se encerra no estudo da funções da Administração Pública em sua relação interna e com o administrado.

Traçando-se uma interface, portanto, entre o Direito Econômico e o Direito Administrativo, o que os assemelha é o conteúdo econômico de suas normas, contudo o que os distingue é o objeto de estudo. Assim, por exemplo, quando o próprio Estado deseja atuar na atividade econômica, pode criar, através do Direito Administrativo, empresas públicas ou sociedades de economia mista, o que retrata uma política econômica estatal regulamentadora.

Até a “criação” dessas empresas, portanto, à iniciativa e aos procedimentos da sua institucionalização e à sua fiscalização, estamos no terreno do Direito Administrativo, ajustado à ideologia neoliberal. Mas, no momento em que essas empresas começam a atuar como “sujeitos” da atividade econômica e como instrumentos do exercício da Política Econômica para que se cumpram os princípios da ideologia constitucionalmente adotada, já estamos em terreno do Direito Econômico, de modo nenhum capaz de se confundir com o do Direito Administrativo. (SOUZA, 2005, p. 69)

A partir do mesmo raciocínio, pode o Estado agir na atividade econômica, quando estabelece agências reguladoras e passa à iniciativa privada tal exploração, inclusive a prestação de serviços públicos, tudo isto na forma das concessões, permissões, autorizações, institutos de Direito Administrativo, com destaque para suas variadas formas: concessão (licitação), concessão administrativa, patrocinada e mais recentemente as PPP – parcerias público privadas. Nesta hipótese, constata-se uma postura interventiva indireta do Estado e, portanto, denominada reguladora em que se estará no campo do Direito Administrativo quando se tratar do aspecto da formalização das concessões, contudo, passar-se-á ao campo do Direito Econômico quando se trata da normatização da política econômica, seja via exploração da atividade econômica estratégica ou de serviço público, exercidos agora pelo

setor privado.

A partir, portanto, da interface estabelecida entre os dois ramos do Direito (Econômico e Administrativo), cabe a análise da estruturação funcional da Administração Pública, notadamente quantos aos processos de reforma a que foi submetida e seus reflexos nas políticas econômicas.

3.2 As reformas administrativas no Brasil conforme o Decreto nº 200/67 e Emenda Constitucional 19/98

Nota-se que o movimento de reforma administrativa implantado no Brasil estava diretamente atrelado ao contexto econômico e político em que se encontrava a nação na década de 30, isto é, o plano de reforma administrativa foi fortemente influenciado pelo contexto político em que se encontrava e também marcado pelas experiências de reformas de nações estrangeiras, cujos princípios foram amplamente aplicados.

A transição que se deu no plano econômico do Brasil, quando passa-se de uma cultura colonial de agricultura desenvolvendo-se para um contexto industrializado, sofreu e impulsionou reflexos no contexto político e também administrativo, este em especial com reformas orientadas para conduzir a nação a este processo de modernização e crescimento econômico.

A reforma burocrática brasileira, que tivera como precursor o embaixador Maurício Nabuco, ao reformar o Ministério das Relações Interesses (sic) ainda no final dos anos 20, inicia-se de fato em 1936, sob a liderança de Getúlio Vargas e de seu delegado para essa matéria Luiz Simões Lopes. Nesse ano é criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, que se consolida através de sua transformação, dois anos depois, no DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), que passou a ser seu órgão executor e, também, formulador da nova forma de pensar e organizar a administração pública. A criação do DASP, ocorrida já nos quadros do Estado Novo, acontecia em um momento em que o autoritarismo brasileiro voltava com força, mas agora para realizar a revolução modernizadora do país, industrializá-lo, e valorizar a competência técnica. Representou, assim, no plano administrativo, a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica. (PEREIRA, 2001, p. 14)

A partir dos estudos de Walrlich (1984) a reforma administrativa no Brasil, em sua primeira fase, pode ser identificada em quatro fases: a) fase pioneira em que o foco era a estruturação do setor público, fazendo-se uma divisão entre política e administração; b) fase mais tímida e mais direcionada para o plano intelectual de estudos de reforma com destaque para reagrupamento de ministérios datada de 1951 a 1963; c) fase de ressurgimento da proposta e implementação da reforma administrativa com destaque para a publicação do

Decreto Lei 200/1967, marco e estatuto desta reforma e; d) fase de reformas no plano de desburocratização e desestatização cujo foco, diferente da primeira fase, possui uma orientação mais política e social voltada para atender aos usuários do serviço público que data de 1979 a 1982.

Sobre a influência de um governo populista e centralizador, a reforma administrativa foi encarada como dotada de um estilo "ao mesmo tempo prescritivo (*no que se harmonizava com a teoria administrativa corrente*) e coercitivo (*no que se harmonizava com o caráter político do governo Vargas*)"(WARLICH, 1984, p. 51). Foi criado o órgão central de estruturação da Administração Pública denominado DASP, que se pautou pela implementação de concursos públicos e treinamento de recursos humanos, bem como orçamento vinculado ao planejamento (PEREIRA, 1995) e adotada uma política regulamentadora com a criação de empresas estatais, adotando-se a orientação vigente em outras nações em que a atividade fim do Estado era diferenciada da atividade meio praticada, com necessidade de departamentalização, ênfase ao planejamento e foco na economia e eficiência.

[...] o DASP cooperou no estabelecimento de uma série de órgãos reguladores da época (conselhos, comissões e institutos), nas áreas econômica e social. A partir destes foi criado, entre os anos 30 e os anos 50, um pequeno grupo de empresas estatais, que se constituíram no núcleo do desenvolvimento industrial por substituição de importações. (PEREIRA, 2001, p. 11)

Assim, neste período identifica-se uma atuação de regulamentação do Estado no domínio econômico, em que este participa ativamente da economia explorando-a diretamente através de grandes empresas estatais com destaque para a Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, Petrobrás, Eletrobrás, Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES e Banco Central. Todas estas entidades criadas e regulamentadas pelo Direito Administrativo para atuarem no contexto econômico.

Com a implementação em 1964 do Decreto-lei nº 200/67 tem-se o estabelecimento das seguintes diretrizes:

a) cinco princípios fundamentais: planejamento (que constitui o princípio dominante), descentralização, delegação de autoridade, coordenação e controle; b) a expansão das empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), bem como de órgãos independentes (fundações públicas) e semi-independentes (autarquias); c) a necessidade de fortalecimento e expansão do sistema do mérito, sobre o qual se estabeleciam diversas regras; d) diretrizes gerais para um novo Plano de Classificação de Cargos; e) o reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios: Justiça, Interior, Relações Exteriores, Agricultura, Indústria e Comércio, Fazenda, Planejamento (mais tarde reclassificado como Secretaria de Planejamento da Presidência da República - SEPLAN), Transportes,

Minas e Energia. Educação e Cultura, Trabalho, Previdência e Assistência Social, Saúde, Comunicações, Exército, Marinha e Aeronáutica. (WARLICH, 1984, p. 52)

Assim tem-se o marco de implantação da primeira reforma administrativa no Brasil denominada "Reforma Burocrática", em que prioriza-se a profissionalização do serviço público, aplicando-se um modelo racional de legalidade voltado para o atendimento e controle de procedimentos, evitando-se a discricionariedade, e cumprimento de etapas legais.

Já no período compreendido entre 1979 a 1982 destaca-se a reforma administrativa ocorrida em dois níveis de atuação: desburocratização e desestatização em que a ideia era diminuir o tamanho do Estado priorizando-se a lógica da economia de mercado, segundo a qual adota-se especialmente uma política de privatização ou reprivatização, já se anuncia a aplicação das ideologias neoliberais de regulação, tendo como referência o Decreto de 15/07/1981, só efetivado anos mais tarde, o qual previa:

[...] a organização e a 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; - o governo brasileiro está firmemente empenhado em promover a privatização das empresas estatais nos casos em que o controle público se tenha tornado desnecessário ou injustificável; - 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 contribuam para assegurar o controle nacional do processo de desenvolvimento. (WALRICH, 1984, p. 54)

Ocorre, então, na década de 80 a crise da reforma burocrática, influenciada pelos ventos da reforma gerencial da Administração Pública, cabendo o registro da criação do Ministério da Desburocratização e do Programa Nacional de Desburocratização - PrND.

No campo legislativo vale destacar o Decreto nº 95.886, de 29 de Março de 1988, incisos I a VIII, que dispôs sobre o Programa Federal de Desestatização, o qual estipulava como objetivos em seu artigo 1º: transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público; concorrer para diminuição do déficit público; propiciar a conversão de parte da dívida externa do setor público federal em investimentos de risco, resguardando o interesse nacional, dinamizar o mercado de títulos e valores mobiliários; promover a disseminação da propriedade do capital das empresas; estimular os mecanismos competitivos de mercado mediante a desregulamentação da atividade econômica; proceder à execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão; promover a privatização de atividades econômicas exploradas, com exclusividade, por empresas estatais,

ressalvados os monopólios constitucionais.

Tudo isto criou terreno fértil para o desenvolvimento do Programa Nacional de Desestatização instituído originariamente pela Medida Provisória nº 155 de 15 de março de 1990, convertida na Lei nº 8.031/1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97.

Atendendo a esta nova vertente neoliberal reguladora, registre-se no plano econômico a aprovação das Emendas Constitucionais de nº 06/95 que promoveram alteração nos artigos 171 e parágrafo 1º. do artigo 176, a EC 07/95 que alterou o artigo 178; a EC 09/95 que alterou o artigo 177.

A emenda Constitucional 06/95 modificou um dos princípios da ordem econômica expresso no artigo 170 inciso IX, e com isto a sua linha principiológica (SOUZA, 2005), pois ampliou o tratamento favorecido antes praticado apenas para as empresas de capital nacional e de pequeno porte para as empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira e com sede e administração no país. Ainda, tal emenda revogou por completo o artigo 171 em que se definia empresa de capital nacional e brasileira, bem como o tratamento favorecido a que se lhe aplicavam. Alterou também o parágrafo 1º do artigo 176 que dispõe sobre a autorização e concessão para a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento do potencial de energia hidráulica antes conferido somente a empresas de capital nacional ou brasileiros para empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Já a EC 07/95 revogou o artigo 178 modificando-o, deixou de dispor diretamente sobre a ordenação dos modais de transporte, aquático, viário e terrestre, para determinar que a lei o fizesse, ainda o inciso que dispunha serem brasileiros os armadores, proprietários e comandantes e pelo menos 2/3 dos tripulantes de embarcações nacionais, e finalmente que a navegação de cabotagem seriam privativas de embarcações nacionais, em regra.

A EC 09/95 trouxe alteração ao parágrafo 1º. do artigo 177 autorizando à União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e transporte marítimos do petróleo ou de derivados básicos deste produzidos na nação, bem assim o transporte por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Todas as emendas relacionadas, portanto, atenderam ao apelo ideológico neoliberal regulador da reforma administrativa conferindo permeabilidade ao capital estrangeiro na nação, bem como implementando a sua diretriz privatizacionista e desregulamentadora.

Diante dessa tendência, implanta-se, especialmente através da EC 19 a denominada reforma gerencial promovendo diversas alterações na Administração Pública. Em âmbito infralegal destaca-se desde 1997 a criação de agências e Organizações Sociais, tudo

atendendo a onda neoliberal de redução do tamanho do Estado, haja vista o 'desprestígio' da administração burocrática que se estabeleceu, segundo os reguladores.

Tal reforma gerencial tem como base a adoção de um modelo de gestão focada no controle de resultados, utilizando como estratégia o distanciamento da técnica de administração pública burocrática e aproximação da técnica de administração utilizada em empresas privadas, utilizando-se de seus conceitos e práticas, focado em três orientações básicas: técnica, econômica e política (PEREIRA, 2012). A primeira visa a adoção de procedimentos voltados para o alcance e controle de resultados, a segunda tem no mercado o seu foco; segundo a qual a prestação de serviços públicos deveria obedecer a lógica concorrencial do mercado, considerando o usuário como consumidor e prestação de serviços desempenhados pela iniciativa privada, preferencialmente; e a terceira como sendo o controle social aplicado como consequência da adoção das duas primeiras orientações.

Então, esta é a atual concepção de Direito Administrativo, incompatível com a adoção de políticas econômicas condizentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente com as reformas estabelecidas em seu seio, uma vez que assentado em preservação de direitos individuais priorizados em face de direitos sociais (BERCOVICI, 2005).

A questão que se pretende refletir é como o Direito Econômico pode alcançar o seu objetivo, qual seja, concretizar a ideologia constitucionalmente adotada através das políticas econômicas, se se encontra restrito a uma perspectiva hermenêutica que não confere espaço ou ignora a aplicação do princípio da economicidade, e por outro lado amordaçado pelos próprios institutos de Direito Administrativo, sustentados na sacralização da legalidade formal e na ideologia neoliberal da eficiência encarada como caráter técnico e não político?

Tais institutos acabam sendo estruturados para privilegiar, segmentar e proteger os interesses financeiros de poucos, em detrimento da coletividade. Tal estrutura nada mais é que uma forma radical e extrema de se conceber o valor eficiência como postulado a ser alcançado em detrimento de todo um sistema jurídico voltado para o desenvolvimento e o princípio da dignidade da vida humana. A eficiência deve sim ser buscada e criada condições para seu alcance, o que não se concebe é que seja este valor perseguido a qualquer custo e sem comprometimento com o alcance do interesse público.

É certo que esta estrutura de Direito Administrativo da forma como se encontra nunca atenderá aos anseios da população, mas sempre privilegiará apenas determinados segmentos sociais, em especial o grande poder econômico, nele incluído o poderoso sistema financeiro, haja vista como moldada, em prejuízo da justiça social dos ditames constitucionais. Assim, a Administração Pública poderá dar subsídios tão só ao crescimento econômico, sem alcançar,

portanto, o desenvolvimento da nação, haja vista que se organiza de forma conjuntural e não estruturante (BERCOVICCI, 2005), considerando que

[...] o modo como se estruturou o Estado liberal **é mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo.** As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje. (BUCCI, 1997, p. 89, grifo nosso)

O problema que se constata é o modo como esta eficiência encontra-se interpretada em nosso ordenamento jurídico, quando cada vez mais priva o Estado de atuar na execução dos serviços públicos e atividades econômicas estratégicas, deixando abertas as oportunidades para a iniciativa privada desempenhar este papel, até porque, segundo a ideologia neoliberal reguladora, o Estado é sempre ineficiente, característica que não se admite para a iniciativa privada.

Nosso ordenamento jurídico, por exemplo, confere prerrogativas ao poder público para intervir diretamente na economia, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista, tal como prescreve o artigo 173, caput, da CR/88, no atendimento da defesa da concorrência e do consumidor, para que façam frente ao mercado. Ocorre que, de forma diametralmente oposta, o Direito Administrativo se estrutura cada vez mais, desde as suas reformas gerenciais, dentro de uma concepção neoliberal reguladora que afasta e desprestigia este tipo de intervenção do Estado na economia em prol dos institutos de concessão, fazendo crer que a solução da prestação de serviços públicos ou produção de bens somente seja eficientemente prestada por particulares.

Então verifica-se um descompasso com a realidade na aplicação dos ramos do Direito Econômico e Administrativo, pois quando ambos são interpretados a partir de uma leitura ideológica neoliberal, o primeiro é mutilado nas suas competências e prerrogativas enquanto o segundo serve como instrumento jurídico para estruturar e concretizar esta mutilação, em detrimento da aplicação do próprio Direito, comprometendo por consequência a efetivação dos ideais consagrados na nossa CR/88.

Assim, a reflexão que se impõe é se a reforma gerencial quer tornar a Administração Pública mais eficiente ou formar uma estrutura em que o Estado atenda formal e discursivamente aos interesses públicos, mas materialmente apenas beneficia determinados segmentos sociais a partir da ampla implementação dos institutos de concessão, em especial, as parcerias público-privadas?

Tal reflexão vem de encontro com a orientação econômica do poder econômico privado, que juntamente com a técnica e política desempenham o papel de traçar as características gerais da reforma gerencial administrativa (PEREIRA, 2012), segundo a qual se prioriza a governança estatal em face do modelo racional legal objetivando o fim do Estado Burocrático da reforma burocrática do Estado, aproximando a administração pública das práticas e conceitos típicos das empresas privadas. Assim, a partir da orientação econômica, existe uma competição na prestação de serviços públicos, que podem ser prestados diretamente pelo Estado ou pela iniciativa privada. Nesta perspectiva o cidadão é encarado como um consumidor que deve ser atendido da melhor forma possível.

Segundo a Orientação Econômica, a administração pública deve propiciar ao cidadão-cliente um conjunto maior de opções e elevar a qualidade dos serviços, sejam eles prestados diretamente pelo Estado, ou preferencialmente, por ele contratados a empresas ou a organizações públicas não estatais. A noção de cidadão-cliente, neste contexto, procura afirmar que o cidadão tem direito não apenas a que os serviços prestados pelo Estado sejam eficientes, custando o mínimo necessário, mas também a que esses serviços sejam de boa qualidade. (PEREIRA, 2012, p. 117)

Assim, temos, no âmbito das concessões, e especialmente no modelo das parcerias público privadas uma estrutura administrativa organizacional com o devido amparo pelo ordenamento jurídico apta a conduzir e efetivar a ideologia neoliberal reguladora, ou garantidora.

É urgente, portanto, uma análise da própria estrutura legal do Direito Administrativo que tem nas formas de concessões a aplicação da ideologia neoliberal reguladora e/ou garantidora, afastando o Estado das suas atividades precípuas, quais sejam, a consecução dos serviços públicos e também da sua intervenção direta na atividade econômica.

3.3 Parcerias Público-privadas - PPPs: Aspectos jurídicos, políticos e econômicos desta nova forma de contratação com o setor público.

3.3.1 A Parceria Público-privada: análise da Lei nº 11.079/2004

Na esteira da reforma administrativa, notadamente, no aspecto prático de busca da eficiência, tal como defendido pelos responsáveis por sua instituição, advém um novo instituto em Direito Administrativo que tem como objetivo 'aperfeiçoar' a forma de concessão de serviços públicos, qual seja, a Parceria Público-Privada, que neste trabalho será referida simplesmente por PPP ou PPPs no plural.

Com o advento da Lei nº 11.079 de 30/12/2004 surge no ordenamento jurídico brasileiro uma nova espécie de contratação do Estado com o setor privado para fazer concessão de serviço público ou obra pública, isto em âmbito federal, uma vez em âmbito estadual já se contava com a existência da Lei nº 14.868/2003 do Estado de Minas Gerais e Lei nº 11.688/2004 do Estado de São Paulo (POZZO; JATENE, 2015)

Tal Lei nº 11.079/2004 tem status de norma geral de licitação e contratos tendo como espectro de estabelecendo como legitimados os órgãos da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades pelos entes federados, conforme o parágrafo único do artigo 1º da lei especial.

Vale registrar a existência da Medida Provisória nº 656/2014, convertida na Lei nº 13.097/2015, especialmente os artigos 143 e 144 que tinham o fim de alterar a Lei nº 11.079/2004 no intuito de se tornar possível a contratação de parcerias público-privadas também aos Poderes Legislativo e Judiciário, ampliando, pois seus legitimados, que, todavia, foram objeto de veto presidencial.

A partir da definição legal, tem-se que PPP é "contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada⁷ ou administrativa⁸."(art. 2º - Lei nº 11.079/2004).

O referido instituto nas palavras de Mello assume a seguinte característica, a partir de sua origem histórica:

Trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da Sra. Tacher, e acolhido entusiasmaticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A "parceria público privada", que foi juncadamente auspiciada pelo partido governista - outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros -, constitui-se na *crème de la crème* do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo do Sr. Fernando Cardoso, em despeito de sua álaque submissão aos ditames do FMI, ousou patrociná-la, talvez por uma questão de decoro. (MELLO, 2012, p. 789)

Assim, ao se instituir uma nova forma de concessão de serviços públicos e obras públicas através das PPPs, surge também uma distinção entre tal instituto e as demais formas de concessões outrora realizadas pelo Estado, estas sendo denominadas de concessões comuns

⁷ Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (art. 2º, § 1º - Lei nº 11.079/2004)

⁸ Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (art. 2º, § 2º - Lei 11.079/2004).

tornando por sua vez, as parcerias como formas especiais, sendo ambas regidas, respectivamente, pelas Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004, sem se esquecer que as contratações que não se enquadram nas hipóteses legais dispostas, regem-se pela Lei de Licitação nº 8.666/93.

Ainda sobre o conceito das parcerias, destaca Pietro que

[...] o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro. (PIETRO, 2011, p. 22)

Nesta forma de contratação, via PPP, há estipulação do limite do valor contratado, bem como de seu termo, não podendo, portanto, ser inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e sequer possuir prazo mínimo de 5 (cinco) anos, haja vista a vedação expressa disposta no § 4º da lei em comento.

No que diz respeito às modalidades ou espécies de PPPs previstas na lei, como já narrado, enquadram-se as formas: patrocinada e administrativa.

Na primeira - patrocinada - tem-se a concessão de serviço ou obra pública, nos moldes da concessão comum regida pela Lei nº 8.987/95 com uma diferença peculiar, qual seja, o concessionário será remunerado por duas formas: a) pela tarifa cobrada dos usuários e b) por uma contraprestação pecuniária do parceiro público.

Sobre esta contraprestação praticada pelo parceiro público importante destacar o seguinte:

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para *poupar* investimentos públicos ou para *acudir à carência deles*, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, parágrafo 3o.). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual (*sic*), desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, *pressupõe que existam disponíveis* e implica permissão legal para que, sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto. (MELLO, 2012, p. 791)

Já na segunda forma - administrativa -, segundo a lei, o que a distingue da forma patrocinada é que faz-se um contrato de prestação de serviço em que a Administração Pública figura como usuária direta ou indireta, sendo permitido incluir-se nesta prestação a execução de obra e fornecimento e instalação de bens (art. 2º, § 3º).

Uma simples leitura do dispositivo já desperta grandes dúvidas, ou seja, se se trata de uma prestação de serviço para a própria Administração Pública, este serviço já não está regido

pela própria Lei nº 8.666/93? O que esta forma de contratação a distingue dos casos previstos na lei geral de licitações sendo necessária sua previsão na lei de PPPs, a qual traz em seu cerne um regramento especial para concessões de serviços públicos cujos destinatários seriam os cidadãos e não a própria Administração Pública?

Independente de qual seja a resposta a tais indagações, a única que certeza que existe até o momento é que a concessão administrativa pode ser viabilizada através do contrato de PPP, eis que devidamente institucionalizada através da lei e do ordenamento jurídico que validamos.

Acerca das particularidade contratuais previstas e estipuladas nesta via de contratualização, podemos destacar:

- a) o prazo de vigência não pode ser inferior a 5 (cinco) anos e nem superior a 35 (trinta e cinco), incluindo neste caso eventual prorrogação;
- b) pode o parceiro privado promover 'atualização automática' de valores (exemplo as tarifas de pedágio) baseados em índices e fórmulas matemáticas, sem necessidade prévia de homologação da Administração Pública, salvo se publicar razões fundamentadas de rejeição;
- c) pode estipular no contrato condições e requisitos para que haja transferência, mesmo que temporária, do controle ou administração do concessionário para as pessoas de seus financiadores e garantidores, podendo a Administração Pública, inclusive emitir empenho em nome destes, hipótese totalmente diversa do que estipulado no artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual, tal transferência, sem prévia anuência da Administração Pública, é motivo de caducidade da concessão, apenas sendo admitida quando observado o atendimento do substituto das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessária à assunção do serviço (parágrafo 2º, art. 5º). E ainda, tais pessoas ficam isentas de responsabilidade fiscal ou qualquer encargo, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, o poder concedente ou empregados. (§ 1º, art. 5º -A);
- d) forma ampla e variada de pagamento ao parceiro privado tais como: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, outros meios admitidos em lei (art. 6º, incisos I a V);

Neste tipo de contratação, via PPP, há possibilidades diversas de prestação de garantia pelo poder concedente que pode garantir suas obrigações pecuniárias através de: vinculação

de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para esta finalidade e outros mecanismos admitidos em lei (art. 8º. incisos I a VI).

Como mais uma peculiaridade disposta na lei instituidora das PPPs, destaca-se a criação de Sociedade de Propósito Específico, como sendo uma figura societária constituída para implantar e gerir o objeto contratual realizado com o poder concedente.

Tal sociedade pode assumir a forma de companhia aberta, significando que suas ações podem ser negociadas em bolsa. E ratificando a corrente neoliberal regulador em que o Estado deve se afastar do mercado, *locus* de trocas, é expressamente proibida à Administração Pública ser titular de maioria do capital votante desta sociedade, salvo quando ocorrer uma única hipótese, qual seja, de socorro do Poder Público ao setor privado, quando ocorra inadimplência de contratos de financiamento, caso em que instituição financeira controlada pelo Poder Público poderá realizar a aquisição de maioria do capital votante da sociedade de propósito específico com o fim de subsidiar e garantir a saúde financeira da entidade.

Atendendo à ideologia neoliberal reguladora, uma vez mais de afastamento da presença estatal das relações que envolvem o interesse particular, a Lei de PPP traz em seu artigo 11, inciso III uma inovação ao permitir o emprego de mecanismos privados de solução de litígio, inclusive a arbitragem, a fim de solucionar controvérsias advindas dos contratos da parceria, relativizando o princípio de indisponibilidade do interesse público, que segundo a doutrina clássica administrativista, representa o pilar, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, dos princípios que regem o Direito Administrativo.

Cabe ainda ressaltar a previsão de existência de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, que tem a função de garantir o pagamento das obrigações pecuniárias junto ao parceiro privado, assumidas pelos parceiros públicos federais, estaduais, distritais e municipais. Este fundo é gerido e administrado por instituição financeira controlada pela União, tem natureza privada e patrimônio separado do patrimônio dos cotistas, sendo quais sejam, a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais, que estão autorizadas a participar do fundo no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais).

Para a integralização das cotas deste fundo admite-se um variada gama de possibilidades: dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, ações de sociedade de economia mista federal, ou outros direitos com valor patrimonial, ressaltando-se que tal integralização independe de prévia licitação, apenas avaliação e autorização do Presidente da República.

Enfim, de toda a leitura da lei sob análise percebe-se uma grande preocupação financeira ao Estado para estimular o parceiro privado a contratar com a Administração Pública. Não se está a falar que o particular, no desempenho de serviço ou obra pública, não necessite de garantias para desenvolver sua atividade, ou que seja remunerado para tal, o que se reflete é toda a construção legal desenvolvida para garantir uma vantagem em demasiado nesta contratação ao particular.

Se se trata de concessão de serviço ou obra pública já se retira a atividade da dos riscos do mercado, haja vista a necessidade pública evidente. Assim, o parceiro privado além de não sofrer as oscilações da lei da oferta e procura, típicas do mercado, também não terá comprometido o risco de auferir sua lucratividade, eis que atuando numa atividade de demanda certa, além de se remunerar pelas tarifas cobradas dos usuários, também é remunerado pela parcela paga pelo ente estatal.

Como se não bastasse a atividade desempenhada por este particular ainda está garantida por um fundo que admite uma diversidade de bens de integralização e de atingimento facilitado, via constrição judicial e alienação, bastando que haja crédito líquido e certo de título aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias do vencimento ou débitos em faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias do vencimento.

E, ainda, pode o parceiro privado lançar-se na ciranda financeira da lucratividade, já que admite-se que a sociedade de propósito específico assuma a forma de companhia aberta com negociações em bolsa.

Na linha então de raciocínio, em que se implantou a reforma administrativa, a lei de PPP concretiza e demonstra a ideologia neoliberal reguladora em que se assenta, uma vez que se na concessão comum o Estado se afasta da execução do serviço público, na concessão especial, via PPP, além deste afastamento assegura a remuneração do concessionário.

Neste contexto, busca-se refletir qual sujeito é o real destinatário da lei, haja vista que se busca com a PPP, segundo a legislação, realizar a **eficiência econômica na prestação de serviços públicos** (art. 4º, inciso I) e a **sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria** (art. 4º, inciso VII). Seria o parceiro público,

representante do interesse de toda a coletividade ou o parceiro privado?

3.3.2 O instituto da PPP aplicado como política econômica do Estado Garantidor

Já analisadas as características do Estado Garantidor, bem como contextualizada a análise do instituto da PPP, cabe verificar se tal forma de contratação com o setor público perfaz instrumento típico desta configuração estatal e, em caso positivo, em que medida isto ocorre no contexto do estado brasileiro.

Antes de se adentrar no aspecto de que o instituto da PPP seria um instrumento de política adotada e típica do Estado Garantidor, necessário abordar o que se entende por política econômica.

Por política entende-se o conjunto de ações voltadas para a consecução de um fim, as quais são coordenadas para regular uma determinada situação, podendo ser utilizadas por qualquer sujeito, seja público ou privado. Assim, se o Estado busca regular um fato que se insere num contexto social, adotará uma política pública, tal como planejar o sistema de infraestrutura, notadamente, o setor de rodovias. Já o particular, quando deseja convergir ações para regular determinada atividade, também estará adotando uma política privada, tal como o empreendedor que deseja instalar uma indústria em determinada região do nação onde a demanda é favorecida.

Em Direito Econômico a política, ou seja, o conjunto de ações coordenadas a um determinado fim, são voltadas para reger um fato ou um ato econômico, por isto se diz política econômica, a qual inclusive é estudada como o objeto desta disciplina, ou seja, é este ramo do Direito que confere tratamento jurídico à política econômica, a qual que pode ser considerada como uma espécie decorrente do gênero políticas públicas (CLARK, 2008).

No Estado liberal o estado se mantém 'absenteísta', deixando ao mercado a realização das necessidades sociais. A política econômica, portanto, adotada nesta fase estatal é de quase total afastamento do Estado do contexto econômico, considerando-se que até mesmo os liberais defendiam a intervenção do Estado para prestar serviços estratégicos (SMITH, 2012) tais como infraestrutura, educação, segurança. Contudo, o Estado intervém na política econômica monetária, de circulação interna e externa de mercadorias e até mesmo no mundo do trabalho.

No Estado Social ou Regulamentador, contextualizado num período histórico de temor do fim da humanidade decorrente das duas grandes guerras mundiais, o Estado é chamada a intervir na vida econômica, a qual transcende a vida privada dos privados produzindo reflexos

a nível social. Nesta configuração estatal a política econômica adotada traduz-se especialmente pela regulamentação (SOUZA, 2005), em que o Estado atua diretamente na atividade econômica através de empresas estatais, desempenhando estas pessoas jurídicas um importante papel, não só no aspecto de produzir e oferecer bens e serviços ao mercado, mas também com a função estratégica de defesa da soberania nacional, e intervém indiretamente, via normas jurídicas.

No Estado Regulador, de inspiração neoliberal, a intervenção do estado no domínio econômico retrai-se, sob o argumento da ineficiência estatal e eficiência da iniciativa privada, a qual é considerada competente para prestar serviços públicos e oferecer bens e serviços. Ante tal concepção, então, o estado adota a política econômica de desestatizações, privatizações, substituindo a sua intervenção pela forma indireta (CLARK, 2010), através de agências reguladoras e via normas jurídicas.

No Estado Garantidor, portanto, as premissas que ganham corpo são as de adoção de uma postura mais extremada que aquela praticada no Estado Regulador, ou seja, a atuação das agências reguladoras, que intermediam a intervenção estatal no domínio econômico, ainda que por via indireta (normas e fiscalização), perde credibilidade como estratégia de política econômica, haja vista a crise financeira que marcou o mundo na década de 2007 e 2008, reforçada pela Teoria da Captura (POSNER, 1971), comprometendo a sua legitimidade de atuação e, logo, sua própria existência.

Nesta esteira, o papel das agências perde espaço e importância, e conseqüentemente a própria intervenção do Estado na seara econômica, ao qual resta atuar apenas via normas jurídicas.

Neste contexto é que o próprio ordenamento jurídico se estrutura para positivar e com isto legitimar, pelo aspecto da legalidade, estratégias de política econômica que o Estado Garantidor adotará.

Mais uma vez, portanto, reduzida a sua atuação direta na atividade econômica, e com base no princípio da subsidiariedade, o Estado começa a implantar sistemas de contratações com o setor privado a partir das parcerias público privadas, haja vista que acabam sendo atribuídos aos parceiros privados a consecução de serviços antes desenvolvidos pelo setor público, nisto se inclui, educação, saúde, segurança, lazer, preservação do meio ambiente e até atendimentos administrativos. A ideia da 'privatização' anterior não prevalece mais, até porque é mais atraente à iniciativa privada a contratação junto ao setor público via PPP, eis que não precisa assumir o risco do empreendimento sozinho. Neste contexto, 'privatizar' as antigas já não é a melhor política econômica a ser adotada, mas transferir via contrato, a

consecução de serviços.

Nesta linha de raciocínio se entende que a PPP assume o papel de substituto formal da agências reguladoras, as quais tendem a minuar, enfraquecer, considerada o típico instrumento de política econômica adotado pelo Estado Garantidor, isto é, a partir das PPPs o Estado coordenará suas ações para tratar de temas econômicos e sociais.

4 CONTRATOS DE PPPs NO BRASIL

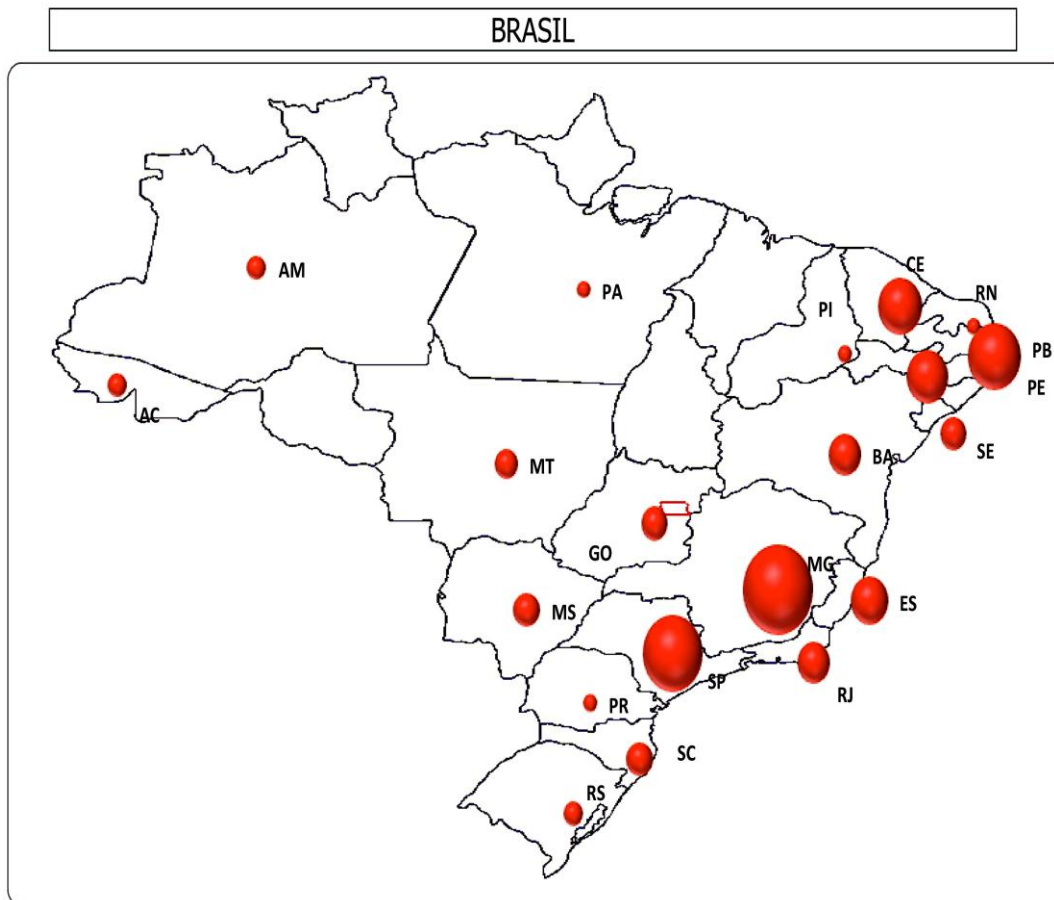
Para se buscar informação sobre a existência de contratos de PPPs já firmados ou apenas em fase de projeto, foram utilizados os dados oficiais constantes no sítio do Ministério do Planejamento, através do qual foram encontrados pelo menos 20 (quinze) projetos de PPPs, **em estudo, executados ou descontinuados**, que se distribuem em diversas áreas tais como construção, prestação de serviços, infraestrutura, gestão de reservas ecológicas, entre outros, a seguir elencados:

Quadro 2 - Apuração de projetos de PPPs a nível nacional

Projetos
Complexo datacenter
Colégio Militar de Manaus
Construção e manutenção de novo colégio de Manaus
Centro de Educação Física Almirante Adalberto Nunes - CEFAN
Parques Nacionais de Jericoacoara
Serra das Confusões
Sete Cidades e Ubajara
Vila Naval de Itaguaí- módulo I
Abastecimento e Gerenciamento de Frota - AGEFROT
Parque Nacional de Brasília
Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros
Parque Nacional das Emas
Arsenal da Marinha
Fuzil - Imbel
Ponta de Irrigação
Esplanada Sustentável
Satélite Geoestacionário Brasileiro
Rede de TV Pública Digital (RTVDB
BR 116-324
Ferrovias Norte-Sul

Fonte: Brasil - dados obtidos através do Ministério do Planejamento

Quanto à investigação sobre os projetos de PPP existentes a nível estadual, distrital e municipal, foram identificados alguns projetos de PPP, sob diversos status, tais como, **implantados, em estudo, em implantação**, que foram informados pelos Estados e Municípios ao Ministério do Planejamento o qual disponibilizou a seguinte apuração:

Mapa 1 - PPPs por Estados**Tabela 2 - PPPs por Estados**

Sigla	Estado	Quantidade
AC	Acre	2
AM	Amazonas	2
PA	Pará	1
RR	Roraima	0
RO	Rondônia	0
AP	Amapá	0
TO	Tocantins	0
BA	Bahia	6
MA	Maranhão	0
PI	Piauí	1
CE	Ceará	11
RN	Rio Grande do Norte	1
PB	Paraíba	16
PE	Pernambuco	10
AL	Alagoas	0
SE	Sergipe	4
MT	Mato Grosso	3
MS	Mato Grosso do Sul	4
GO	Goiás	4
MG	Minas Gerais	29
SP	São Paulo	21

ES	Espírito Santo	8
RJ	Rio de Janeiro	6
PR	Paraná	1
SC	Santa Catarina	4
RS	Rio Grande do Sul	2

	Região Norte
	Região Nordeste
	Região Centro Oeste
	Região Sudeste
	Região Sul

Fonte: BRASIL dados obtidos através do Ministério do Planejamento

Do gráfico apresentado verifica-se a maior incidência de experiências de PPP na região sudeste, especialmente em Minas Gerais e São Paulo, ratificando a informação de que estes entes federados foram os pioneiros nas iniciativas legislativas de implementação desta política de concessão, pois antes de existir a Lei nº 11.079/2011, os referidos Estados já possuíam suas leis regionais sobre a matéria.

Tais Estados são seguidos pela região nordeste, com destaque para a Paraíba, Rio Grande do Norte, Pernambuco e Sergipe, onde a incidência de PPPs é também significativa em relação aos outros entes federados.

Há de se notar que em todo o território brasileiro, com raríssimas exceções, destaca-se a experiência da PPP, podendo-se concluir ser não mais uma simples tendência, mas uma realidade a sua adoção como política econômica na nação.

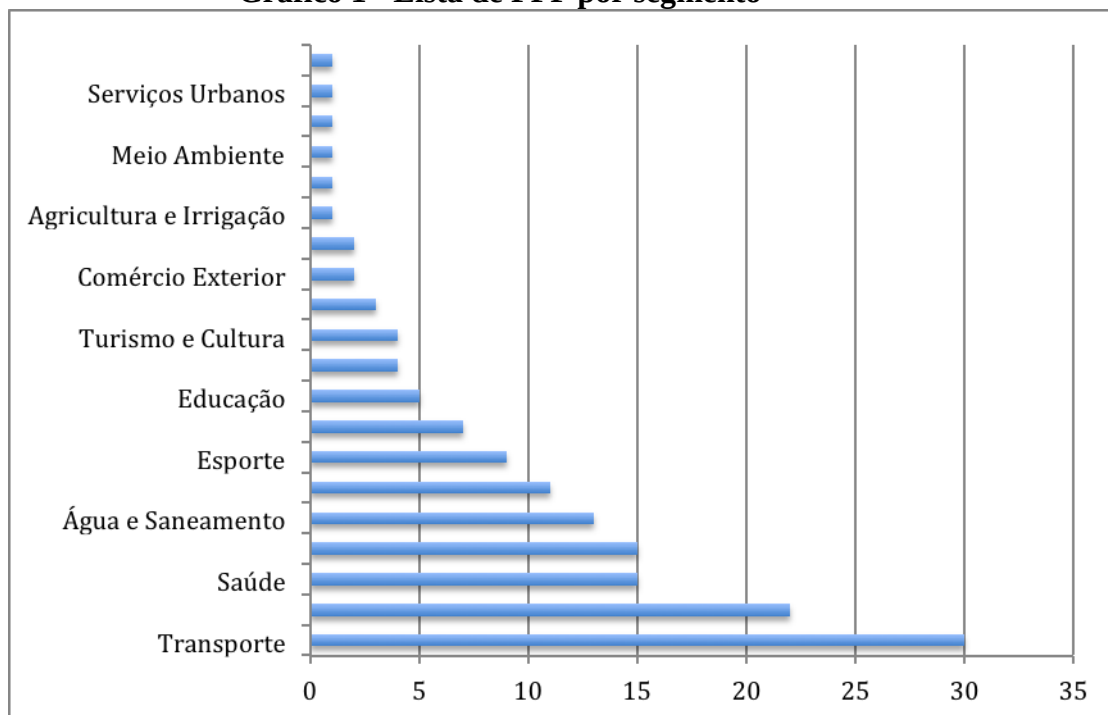
A partir dos dados apurados e apresentados, podemos inclusive depreender que as iniciativas de PPPs, entendidas como instrumentos de política econômica estão diretamente relacionadas com as estratégias políticas e diretrizes político-partidárias que se manifestam em cada região da nação. Os partidos políticos mais liberais tendem a um incentivo à implantação da PPP, enquanto os mais de 'esquerda' a adotam com mais parcimônia.

Assim, verifica-se uma padronização de modelo de gestão a nível nacional, independentemente da política aplicada e defendida pelos partidos políticos, sendo o diferencial de um e outro apenas no aspecto de maior ou menor incidência na adoção da PPP, ou seja, maior ou menor intervenção estatal no domínio econômico e na execução de suas atividades precípuas.

Ainda, a partir das informações prestadas pelos Estados membros, Distrito Federal e Municípios, é possível elaborar a seguinte planilha tendo como base o número de projetos de

PPP e o segmento a ser explorado.

Gráfico 1 - Lista de PPP por segmento

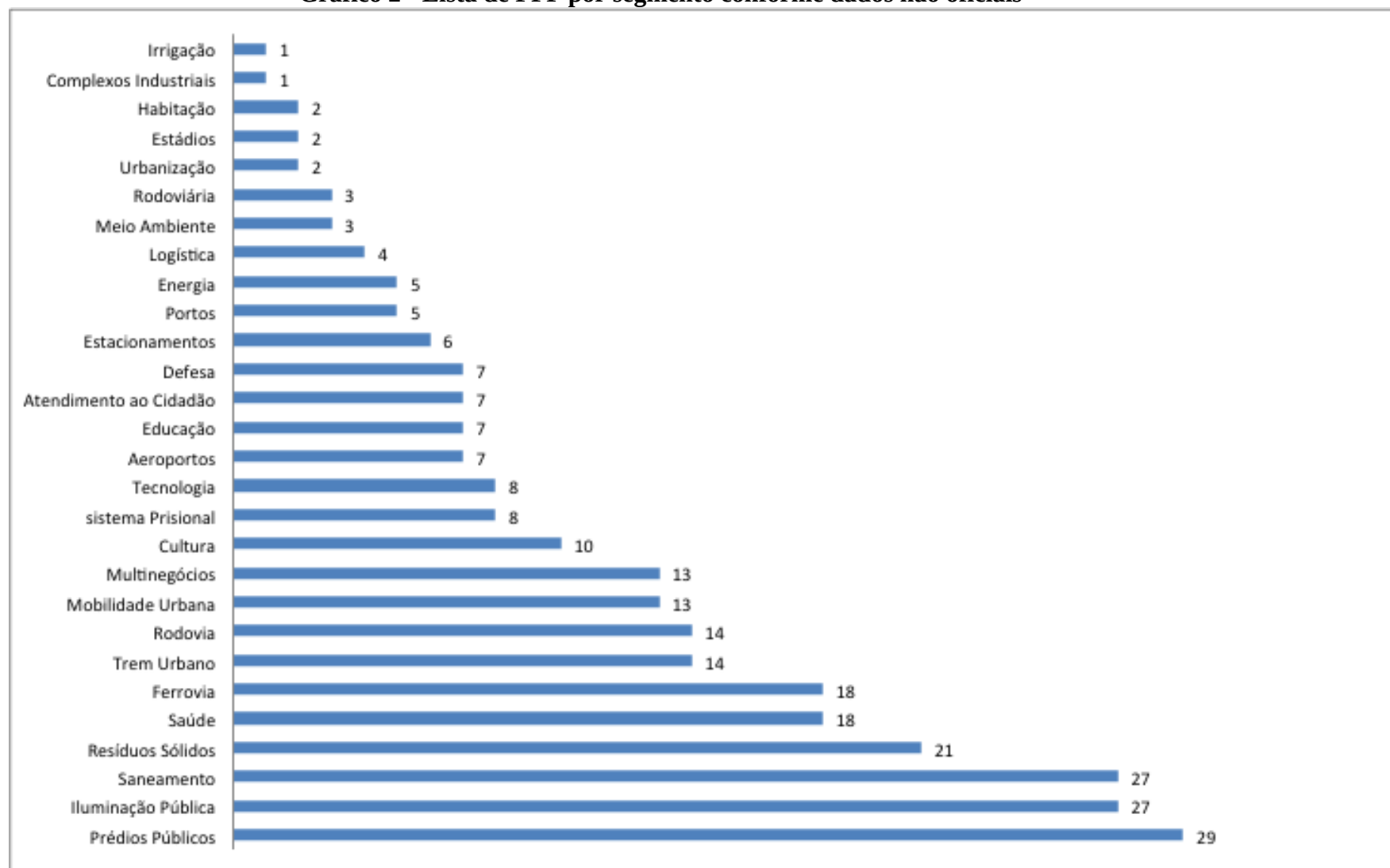


Fonte: Elaborado pela autora conforme dados obtidos no Ministério do Planejamento

A apresentação dos projetos de PPP através do gráfico permite-nos concluir que há uma transferência quase que completa dos serviços praticados pelo Estado ao setor privado, pois os segmentos são de diversas ordens, indo de serviços de infraestrutura até serviços públicos administrativos.

Corroborando com tais dados, há também, através de fontes não oficiais, elaborados pelo Radar PPP, apurações e estudos no tocante aos contratos de PPPs firmados em âmbito nacional, representado no gráfico 1, bem como contratos de PPPs ainda não assinados, mas em processos de análises, licitações, e procedimentos afins, representado por segmento conforme o gráfico 2

Gráfico 2 - Lista de PPP por segmento conforme dados não oficiais



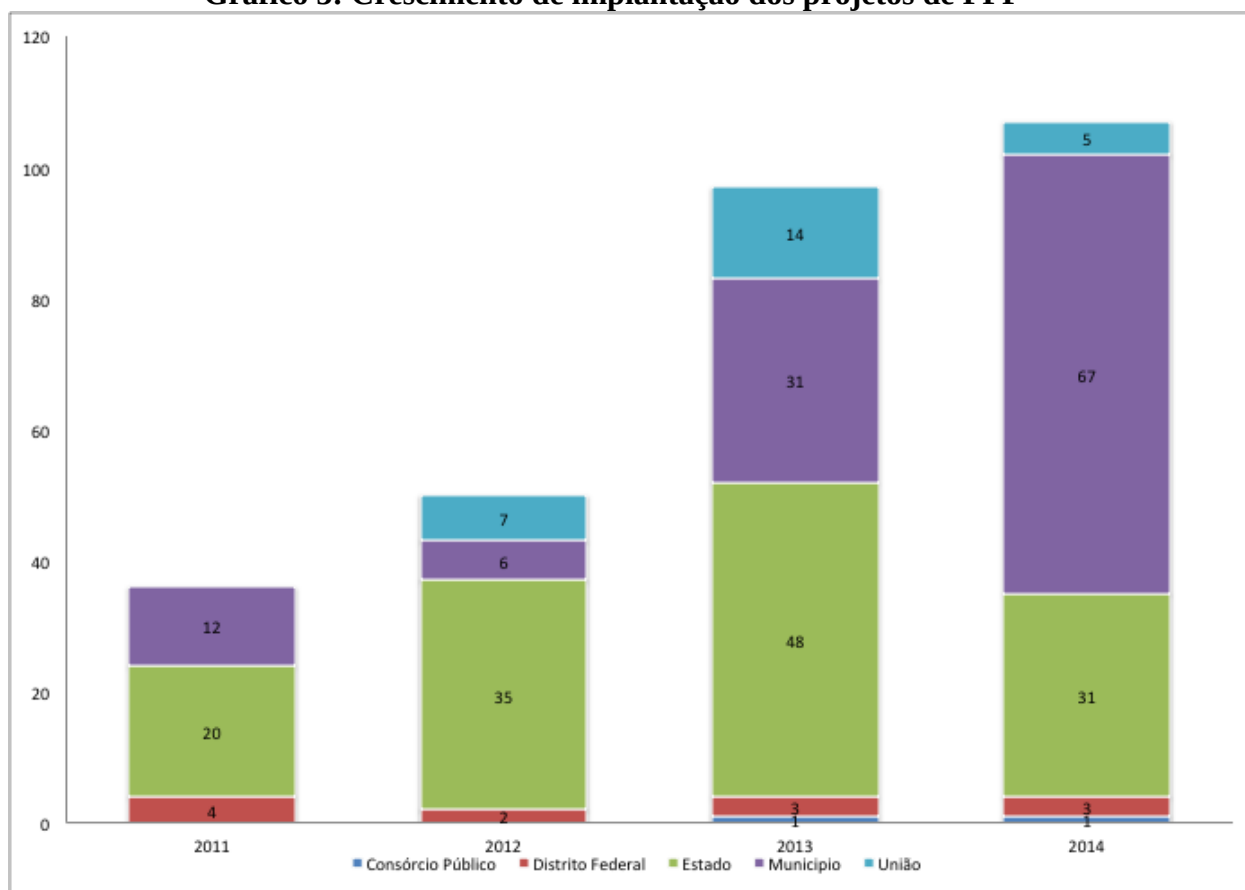
Fonte: CBIC

A partir da análise do gráfico apresentado, verifica-se que a maior incidência de estudos para se implementar a PPP, entre 20 a 30 contratos, estão concentrados nos segmentos de: resíduos sólidos, iluminação pública, saneamento e prédios públicos.

Acima de 10 projetos, encontram-se os segmentos nas áreas de: cultura, mobilidade urbana, trem urbano, multinegócios, rodovia, saúde e ferrovia.

No tocante à experiência municipal, apresenta-se um dado interessante, qual seja, crescimento de iniciativas legislativas regulamentando a PPP nos anos de 2013 e 2014 corroborando para que projetos desta natureza sejam implantados, conforme o gráfico abaixo representado:

Gráfico 3: Crescimento de implantação dos projetos de PPP



Fonte: CBIC

Foram ainda destacados projetos que, ainda a nível municipal, possuem grandes chances de alcançarem a fase de procedimento licitatório até o mês de dezembro/2015, os quais destacam-se:

Quadro 3: Projetos que devem alcançar a fase de Licitação até Dezembro/2015

SEGMENTO	PROJETO	MUNICÍPIO
Saneamento	Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário	São Mateus
Iluminação Pública	Iluminação Pública	Vitória
Estádios	Estádio Municipal Paulo Machado de Carvalho - Pacaembu	São Paulo
Prédios Público	Centro Administrativo	Uberaba
Resíduos Sólidos	Resíduos Sólidos e Limpeza Urbana	Cabreúva
Cultura	Estação Cultura	Itu
Estacionamentos	Garagens Subterrâneas de Belo Horizonte	Belo Horizonte
Iluminação Pública	Iluminação Pública	São Paulo
Mobilidade Urbana	BRT	Sorocaba
Mobilidade Urbana	Modernização e Revitalização de Túneis	Rio de Janeiro
Multinegócios	Parque Brasil 500	Paulínia
Prédios Público	Paço Municipal	Mauá
Prédios Público	Centro Administrativo	Belo Horizonte
Resíduos Sólidos	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos	Caruaru
Saneamento	Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário	Marabá
Saúde	Hospital da Zona Norte	Sorocaba
Tecnologia	Solução Integrada de Gestão da Prefeitura	Belo Horizonte

Fonte: CBIC

E por fim, ainda considerando os dados não oficiais, são descritos os contratos a nível nacional **efetivamente assinados**, conforme apresentado na seguinte tabela:

Quadro 4: Lista de PPPs assinadas no país

#	PROJETO	ENTE CONCEDENTE
1	Aeroporto Regional da Zona da Mata	Minas Gerais
2	Arena Fonte Nova	Bahia
3	Arena Multiuso da Copa 2014	Pernambuco
4	Casa Paulista	Estado de São Paulo
5	Centro Administrativo	Distrito Federal
6	Centro de Gestão Integrada	Distrito Federal
7	Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga	Pernambuco
8	Coleta de Destinação Final de Resíduos Sólidos	Paulista
9	Complexo Datacenter	União
10	Complexo do Mineirão	Minas Gerais
11	Complexo Penal	Minas Gerais
12	Complexo Penitenciário	Amazonas
13	Complexos Hospitalares	Estado de São Paulo
14	Corredor da PR-323, PRC-487 e PRC-272	Paraná
15	Diagnóstico por imagem	Bahia

16	Esgotamento Sanitário	Atibaia
17	Esgotamento Sanitário	Guaratinguetá
18	Esgotamento Sanitário	Macaé
19	Esgotamento Sanitário	Paraty
20	Esgotamento Sanitário	Piracicaba
21	Esgotamento Sanitário	Rio Claro
22	Esgotamento Sanitário da Área Urbana	Guarulhos
23	Esgotamento Sanitário da Parte Alta de Maceió	Alagoas
24	Esgotamento Sanitário da Região Metropolitana do Recife e do Município de Goiana	Pernambuco
25	Esgotamento Sanitário do Município de Serra	Espírito Santo
26	Estádio Castelão	Ceará
27	Estádio das Dunas	Rio Grande do Norte
28	Estádio Maracanã	Estado do Rio de Janeiro
29	Frota da Linha 8 Diamante	Estado de São Paulo
30	Hospital da Zona Norte	Amazonas
31	Hospital do Subúrbio	Bahia
32	Hospital Metropolitano de Belo Horizonte	Belo Horizonte
33	Hospital Regional Metropolitano -HRM	Ceará
34	Instituto Couto Maia	Bahia
35	Limpeza Pública	Osasco
36	Limpeza Pública e Manejo de Resíduos Sólidos	Piracicaba
37	Limpeza Pública e Manejo de Resíduos Sólidos	São Luís
38	Limpeza Urbana	São Carlos
39	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos	Campo Grande
40	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos	Embu das Artes
41	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos	Itu
42	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos	Salto
43	Metrô de São Paulo - Linha 18 Bronze	Estado de São Paulo
44	Metrô de São Paulo - Linha 04 Amarela	Estado de São Paulo
45	Metrô de São Paulo - Linha 06 Laranja	Estado de São Paulo
46	Nova Fábrica de Produção da FURP	Estado de São Paulo
47	Parque Olímpico	Município do Rio de Janeiro
48	Polo Cinematográfico e Cultural	Paulínia
49	Ponte de Acesso e Sistema Viário do Destino de Turismo e Lazer Praia do Paiva	Pernambuco
50	Ponte Estaiada sobre o Rio Cocó	Ceará
51	Porto Maravilha	Município do Rio de Janeiro
52	Programas Habitacionais - Projeto Jardins Mangueiral	Distrito Federal
53	Resíduos Sólidos	Belo Horizonte
54	Rodovia dos Tamoios	Estado de São Paulo
55	Rodovia MG 050	Minas Gerais
56	Shopping Popular e Manutenção de Praça	Pelotas
57	Sistema Adutor do Agreste	Alagoas
58	Sistema de Disposição Oceânica do Jaguaribe	Bahia
59	Sistema de Esgoto Sanitário	Rio das Ostras
60	Sistema Integrado de Manejo e Gestão de Resíduos Sólidos	São Bernardo do

		Campo
61	Sistema Metroviário de Salvador e Laruro de Freitas	Bahia
62	Sistema Produtor do Alto Tietê	Estado de São Paulo
63	Sistema Produtor do Rio Manso	Minas Gerais
64	Sistema Produtor São Lourenço	Estado de São Paulo
65	Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos	Barueri
66	Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos na RMBH	Minas Gerais
67	Unidades de Atendimento Integrado - Fase 2	Minas Gerais
68	Unidade de Atendimento Integrado - Municípios	Minas Gerais
69	Unidades de Atendimento Integrado - UAI da Praça Sete	Minas Gerais
70	Unidades Básicas de Saúde da Família	Manaus
71	Unidades de Atendimento Faça Fácil	Espírito Santo
72	Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica - UMEI	Belo Horizonte
73	Vapt Vupt	Ceará
74	Veículos Leves sobre Trilhos	Município do Rio de Janeiro

Fonte: CBIC

5 ESTUDO DE CASOS DE APLICAÇÃO DAS PPPs

Para direcionar os estudos sobre a aplicação dos contratos de parcerias público-privadas, optou-se por analisar dois casos que adotam esta modalidade de contratação no Estado de Minas Gerais, quais sejam, a PPP na Rodovia MG 050 e PPP Complexo Penal de Ribeirão das Neves. Justifica-se tais escolhas porque o Estado de Minas Gerais foi o primeiro Estado membro da nação a regulamentar este tipo de iniciativa através da Lei Estadual nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003, antes mesmo da Lei Federal nº 11.079/2004, bem como por já estarem implementados ambos os contratos.

Assim, no Estado de Minas Gerais destacam-se como legislações pertinentes às PPPs, a referida lei específica nº 14.868/2003, que dispõe "sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas"; o Decreto nº 44.565 de 03 de julho de 2007, o qual "institui o procedimento de Manifestação de Interesse em Projeto de Parcerias Público-Privadas, nas modalidades patrocinadas e administrativas, e em projetos de concessão comum e permissão"; a Lei nº 14.869 de 16 de dezembro de 2003 que "cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas no Estado de MG" e o Decreto nº 43.702, de 16 de dezembro de 2003 que "instala o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas - CGPPP".

Os contratos de parceria público-privada existentes no Estado de Minas Gerais, a partir das informações disponibilizadas pela Unidade de Gestão de PPP, através de sítio próprio, são classificados a partir do seguinte status:

- a) projetos concluídos,
- b) projetos em andamento e
- c) outros projetos de PPP.

Sobre os contratos concluídos, assinados e já em execução destaca-se a informação a seguir:

O Estado de Minas Gerais possui 8 contratos de Parcerias Público-Privadas assinados e em execução, **consistindo no Estado federado com maior número de PPPs assinadas e maior montante de recursos destinados a estas contratações.** Bem como, o Estado de Minas Gerais possui 11 contratos (sic) de Parcerias de Reembolso Tributário, regidas pela Lei Estadual no. 18.038/09, referentes a obras de infraestrutura viária em diferentes regiões do Estado. (MINAS GERAIS, 2015, grifo nosso)

Acerca dos projetos concluídos, conforme disponibilizado no sítio eletrônico do programa de PPPs, destacam-se os seguintes:

- a) **Rodovia MG 050** cuja exploração visa recuperar, manter e ampliar o trecho que liga a região metropolitana de Belo Horizonte ao Estado de São Paulo;
- b) **Complexo penal** que visa disponibilizar 3000 (três mil) vagas prisionais em 5 (cinco) unidades, 3 (três) para o regime fechado e 2 (duas) para o regime semiaberto;
- c) **UAIs - Unidades de Atendimento Integrado** - visam prestar serviços à população, tais como: emissão de documento de identidade (primeira e segunda via), emissão de atestados de antecedentes criminais, emissão de carteira de trabalho e previdência social (primeira e segunda vias), emissão de guia para pagamento de IPVA, e similares.
 - ✓ **Fase I:** implantação, gestão, operação e manutenção de tais unidades nos municípios de Betim, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberlândia e Varginha.
 - ✓ **Fase II:** implantação, gestão, operação e manutenção das Unidades de Atendimento Integrado (UAI), em Municípios de Minas Gerais e
 - ✓ **Fase III - Praça Sete:** implantação, gerenciamento, operação e manutenção da Unidade de Atendimento Integrado da Praça Sete de Setembro no Município de Belo Horizonte.
- d) **Mineirão** (Estádio Governador Magalhães Pinto), visa a concessão administrativa de operação e manutenção com realização prévia de obras de reforma, renovação e adequação do complexo esportivo;
- e) **Aeroporto Regional da Zona da Mata**, visa o próprio investimento no projeto;
- f) **Resíduos Sólidos Urbanos**, que visa serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos, com incentivo para geração de energia a partir de tais resíduos e redução do volume aterrado;
- g) **Sistema Adutor Rio Manso**, que prevê ampliação de oferta de água potável na região metropolitana de Belo Horizonte.

Há ainda projetos em elaboração, que visam a concessão de serviços e obras à iniciativa privada, via PPP:

- a) **Entorno viário da Cidade Administrativa:** serviço de implantação, recuperação, operação, manutenção, conservação e melhoramentos das vias constantes na rede viária no referido entorno localizado em Belo Horizonte.
- b) **Expominas II:** visa a concessão à iniciativa privada de obras com incentivo ao

turismo de negócios e centro de exposição em Belo Horizonte.

- c) **Transporte sobre trilhos:** projeto que tem como objetivo a recuperação dos trens de passageiros na região metropolitana de Belo Horizonte e entorno como forma de ampliar a oferta de transporte público.
- d) **Contorno Metropolitano Rodoviário Norte:** implantação, pavimentação, operação, manutenção, conservação e melhoramentos do referido contorno, conectando os municípios de Sabará, Santa Luzia, Vespasiano, São José da Lapa, Pedro Leopoldo, Ribeirão das Neves, Contagem e Betim, compreendendo a região metropolitana de Belo Horizonte.
- e) **DETRAN/Polícia Civil:** neste projeto estuda-se a concessão de serviços de diversas ordens, tais como:
 - ✓ concessão de serviços de remoção, guarda e realização de hasta pública de veículos apreendidos.
 - ✓ concessão de serviço de fabricação, distribuição, estampagem e colocação de placas, tarjetas e lacres automotivos.
 - ✓ implantação e gerenciamento de infraestrutura de nova sede própria do DETRAN/MG para atividades operacionais de polícia judiciária do órgão.
 - ✓ construção e manutenção do Centro de Ciências Forenses Criminais e construção e/ou reforma e manutenção das unidades integradas de perícia a nível estadual.
- f) **Contorno Metropolitano Rodoviário Leste:** implantação, operação, manutenção, conservação e melhoramentos do referido contorno conectando a BR-040 sul à BR-381 Norte.
- g) **Rota Lund:** os estudos visam estruturar a primeira PPP em unidade de conservação ambiental no Brasil abrangendo a rota das grutas Peter Lund constituída pelo Parque Estadual do Sumidouro, o Monumento Natural Estadual Peter Lund e o monumento Natural Estadual Gruta do Rei do Mato, localizada ao norte da região metropolitana de Belo Horizonte e
- h) **CTCA- Centro de Treinamento e Capacitação Aeroespacial:** concessão para implantar a infraestrutura completa, gerenciamento e operação dos serviços básicos do referido centro. Consiste na implantação do plano macroestrutural para instalação no vetor norte da região metropolitana de Belo Horizonte, de um pólo aeroespacial, de defesa e ensino superior e profissionalizante no Estado de Minas Gerais.

Outros projetos de PPP:

- a) **Parcerias de Reembolso Tributário:** trata-se de contratos ou convênios de parcerias, regidos pelas Leis estaduais nº 18.038/90, nº 12.276/96 alterada pela Lei nº 12.368/96 e Decreto nº 38.520/96, estabelecidos entre o Estado de Minas Gerais e empresas parceiras que desejam se instalar ou já tenham sede no Estado. Este sistema de parceria baseia-se no interesse do Estado em atrair determinado segmento industrial, fomentando e desenvolvendo a economia regional e o interesse desta indústria em aumentar o seu faturamento que encontra-se condicionado à realização de uma obra, recuperação ou melhoramento de obra pública de infraestrutura, mediante realização prévia de estudos de viabilidade econômica. Assim, o Estado promove uma licitação para que uma empresa preste os serviços de obras públicas, contudo quem arca com a remuneração desta empresa é o parceiro privado, o qual, posteriormente, será reembolsado pelo Estado. O reembolso é realizado a partir da aplicação de um percentual previsto no contrato realizado entre o Estado e o parceiro privado, sobre o faturamento obtido por este e apurado mês a mês após a conclusão do empreendimento ou de lotes. Se o Estado não pagar o reembolso, o parceiro privado poderá compensar seus créditos com débitos tributários devidos ao Estado. Pela sistemática contratual, o parceiro privado ganha com o aumento de seu faturamento e o Estado ganha com o aumento da receita tributária, ambos viabilizados pela implementação da obra pública de infraestrutura. Vale destacar que este tipo contratual representa hoje no Estado de Minas Gerais um número de 10 (dez) contratos assinados e em execução.
- b) **Arena Independência:** neste projeto o objeto da concessão é o uso do estádio de futebol que uma vez cedido ao Estado de Minas Gerais, através do contrato de parceria passou à respectiva exploração à iniciativa privada, qual seja, a sociedade de propósito específico Arena Independência Operadora de Estádios S/A, a qual investirá na infraestrutura do empreendimento e explorará toda a variedade de serviços inerentes à exploração do estádio, exercendo verdadeira atividade empresarial, haja vista que detém

[...] ampla liberdade na direção de seus negócios, especialmente na definição dos preços e percentuais de margem auferida na exploração dos serviços, na organização de seus investimentos e de seu corpo de funcionários e contratados. (MINAS GERAIS, 2015)

Assim, oferecida uma visão panorâmica sobre os projetos de PPP no Estado de Minas Gerais, a seguir serão analisados os dois casos já anunciados, quais sejam, os contratos firmados por PPP para o projeto da Rodovia MG 050 e em seguida do Complexo Penal de Ribeirão das Neves, cujas análises serão focadas especialmente em seus instrumentos contratuais com a intenção de identificar, através de suas cláusulas, se a adoção do instrumento de PPP pode ser interpretado como a própria política econômica típica do Estado Garantidor, qual seja, desregulação da economia.

5.1 Infraestrutura: Rodovia MG 050

O setor da infraestrutura voltado para logística é considerado numa nação, como um grande e importante elemento de coesão econômica e social entre os habitantes de várias regiões do Brasil e deste com nações estrangeiras, porque é a partir deste que se consegue promover o escoamento de produções e trânsito de pessoas, a nível nacional e internacional.

A rodovia MG-050 compõe o Corredor de Integração Sudoeste Mineiro/São Paulo com extensão de 372 quilômetros e uma configuração radial. Ela assegura a conexão dos polos localizados na Região Metropolitana de Belo Horizonte com os principais centros de geração e atração de carga do centro-oeste e sudoeste mineiro, além de servir de eixo de integração dessas economias com as zonas paulistas de Ribeirão Preto, Franca e Barretos. (MINAS GERAIS, 2013, p.12)

Assim, representa um setor de enorme significado para o contexto nacional, uma vez que, dentro de um plano logístico, faz interligação entre diferentes regiões. Não é preciso muito esforço para reconhecer o grande e significativo papel que desempenha o investimento no setor de infraestrutura para uma nação.

Como estudo de caso a ser analisado, optou-se pelo contrato de parceria público-privada para exploração da rodovia MG 050, o qual, segundo informações obtidas no sítio desenvolvido para atender ao Programa de Parcerias Público-privadas, teve seu contrato assinado em 21/05/2007, através do edital de licitação de concorrência nº 070/06, com prazo de encerramento em 2032, ou seja, duração de 25 (vinte e cinco) anos, e foi o projeto inaugural na nação que adotou este tipo de contratação para a área de infraestrutura.

O objeto de contratação foi a exploração da Rodovia MG-050, no trecho entroncamento BR-262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis – Formiga - Piumhi - Passos - São Sebastião do Paraíso, no trecho Entrº MG 050/Entrº BR-265 da BR 49115 do km 0,0 ao km 4,65 e no trecho São Sebastião do Paraíso – Divisa MG/SP da Rodovia BR 265, consistindo

em recuperar, manter e ampliar tal rodovia que conta com 372 Km de extensão e liga a região metropolitana de Belo Horizonte ao Estado de São Paulo.

Assim, esta rodovia abrange um total de 50 municípios, 1.331.075 habitantes (7,4% da população), que representa 7,7% do PIB mineiro.

Segundo as informações institucionais disponibilizadas no referido sítio, pode-se ter acesso à apresentação do projeto de PPP da rodovia MG-050.

De acordo com tal apresentação, destacam-se as seguintes informações:

O projeto recebeu o nome de Rodovia MG 050, tendo como órgão gestor a Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas (SETOP), cujo contrato foi assinado em 21/07/2007, com prazo de duração de 25 anos e investimento privado estimado em R\$ 274.000.000,00 (duzentos e setenta e quatro milhões)

Trata-se de modalidade de PPP na espécie patrocinada em que a remuneração do concessionário se perfaz por duas formas: pela **cobrança de pedágio** dos usuários da rodovia e da **contraprestação pecuniária do ente estatal**, que será proporcional ao seu desempenho, avaliado por entidade própria (Verificador Independente), com periodicidade mensal, para

[...] assegurar à concessionária a complementação das receitas necessárias para a prestação do serviço aos usuários da rodovia, atendendo às condições operacionais mínimas da rodovia, às intervenções obrigatórias e às atividades de operação da rodovia e de conservação da rodovia. (MINAS GERAIS, 2015)

Segundo o documento analisado, a prestação pecuniária paga pelo ente público justifica-se para "garantir o alinhamento dos incentivos no contrato" e "Somente inicia-se após a entrada em operação da infraestrutura; o pagamento público representa uma fonte de receita adicional do parceiro privado; 100% do pagamento mensal é submetido a uma avaliação periódica de desempenho."

A despeito das PPPs serem justificadas como instrumento de descentralização das atividades estatais, muitas responsabilidades contratuais, ainda lhe recaem tais como: promover a declaração de utilidade pública das áreas a serem utilizadas pelos concessionários, monitorar as atividades desempenhadas pelo parceiro privado e ainda "**Dividir o risco de demanda** quando este for 10% maior ou menor que o fluxo de veículos previsto para a rodovia no contrato." (grifo nosso)

Este último aspecto que é obrigação do parceiro público já denota uma grande inovação no referido sistema de contratação, eis que o parceiro privado faz jus à benesse de poder dividir o risco de demanda, uma excepcionalidade que a iniciativa privada não costuma

se utilizar já que tal risco é inerente à própria atividade privada.

No plano das garantias a serem prestadas pelo parceiro público, a SETOP prestará sua garantia através da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais - CODEMIG, e como estipulado será na espécie pecuniária ou financeira, vigendo por todo o período contratual, correspondendo ao valor mensal da contraprestação pecuniária devida pelo ente público, devendo incidir

[...] sobre parcela dos direitos à participação nos lucros líquidos decorrentes da venda de produtos derivados do beneficiamento e industrialização de minérios pela Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração – CBMM, emergentes de sociedade em conta de participação constituída pela CODEMIG e pela CBMM, nos termos de escritura pública datada de 28 de setembro de 1972, lavrada pelo Cartório do 6º Ofício de Notas de Belo Horizonte. (MINAS GERAIS, 2015, p. 51)

Há que se destacar uma inovação no contrato de parceria, uma vez que o Estado de Minas adotou a figura de um "verificador independente", ou seja, uma pessoa jurídica contratada e remunerada pela SETOP para aferir os padrões de desempenho do parceiro privado. Segundo dados desta contratação, a partir do sítio que regula as PPPs, a entidade contratada pelo estado de Minas Gerais foi a PricewaterhouseCoopers Serviços Profissionais Ltda, através do Contrato SETOP nº 013/2012, datado de 06/12/2012, por um período de 03 (três) anos com possibilidade de prorrogação de mais 02 (dois) anos, cujo valor contratual global soma R\$ 4.593,559,60 (quatro milhões, quinhentos e noventa e três mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e sessenta centavos), para aferição do desempenho da concessionária "Nascente das Gerais", que tem como objeto a exploração da Rodovia MG 050, Trecho entroncamento BR 262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis - Formiga - Piumhi - Passos - São Sebastião do Paraíso, o trecho Entrº MG 050/Entrº BR 265, da BR 49115 do km 0,0 ao km 4,65 e o Trecho São Sebastião do Paraíso - Divisa MG/SP da Rodovia BR 265.

Tal aferição desenvolve-se pela utilização do sistema do Quadro de Indicadores de Desempenho - QID, através do qual é apurado percentual de cumprimento de índices de serviços pela concessionária, cujas diretrizes estão elencadas no Anexo I - TERMO DE REFERÊNCIA do edital de concorrência 002/2012.

Nos termos dispostos no contrato 007/07, a contraprestação pecuniária do setor público ao parceiro privado somente ocorrerá através e a partir da análise de quadro de indicadores de desempenho (QID), ou seja, são critérios de desempenho a que estão sujeitos a concessionária, e analisados tanto pelo DER/MG quanto pelo verificador independente. A frequência da avaliação, bem como as notas de desempenho são variáveis, podendo ocorrer de

forma: mensal, trimestral, semestral ou anual cujas notas variam de 0 a 10, sem prejuízo de sua revisão no terceiro, sexto e décimo de vigência do contrato. São assim definidos: "Os indicadores de desempenho também estão divididos em quatro áreas, e para cada área atribuiu-se um peso para o cálculo da nota final do QID: Operacional (70%); Ambiental (10%); Social (10%) e Financeira (10%)" (ANUÁRIO, 2013, p. 21)

No mesmo sítio e intitulado como "Contrato Verificador Independente" há divulgação de pelo menos 6 (seis) termos aditivos e também partes destes, ao contrato SETOP nº 011/2007, o qual não está disponível na página eletrônica, celebrado entre o Estado de Minas Gerais e a empresa STRATA ENGENHARIA LTDA. A partir das partes dos documentos divulgados não foi possível definir o objeto do contrato realizado entre esta empresa e a SETOP.

Segundo mensagem do secretário veiculada no Anuário 2013 o projeto mineiro de utilização do sistema de PPPs exigiu a implantação de um núcleo específico para coordenar os projetos junto aos seus executores, ou seja, a Unidade PPP, que atua na estrutura organizacional da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, cujo papel é de

[...] coordenar e apoiar a realização de projetos relacionados ao Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, destinados à oferta de infraestrutura e serviços públicos à sociedade, além de disseminar a metodologia dos contratos de PPP. (MINAS GERAIS, 2013, p. 2)

Mas este sistema de parceria não fica restrita aos parceiros público e privado mencionados, pois o Estado de Minas Gerais também estabeleceu parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, o qual

[...] disponibilizou **recursos a fundo perdido** para apoiar o desenvolvimento da modelagem dos projetos-piloto, criar mecanismos de garantia **e difundir o modelo de parceria**. (MINAS GERAIS, 2013, p.2 , grifo nosso)

Registre-se que a política econômica de implantação de PPP vem realmente ao encontro dos interesses praticados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, pois como organização financeira internacional que é, com sede em Washington - DC nos Estados Unidos, desempenha destacado papel de estimulador financeiro e ideológico acerca do sistema de PPP, oferecendo financiamentos de créditos e subsídios para as nações da América Latina, corroborando para a sustentação do modelo capitalista liberal e dependente (PEREIRA, 2011) que se desenvolve e fortifica no Brasil.

5.1.2 Análise do Contrato SETOP nº 007/2007 - Concessão patrocinada para exploração de rodovia - Concorrência nº 070/2006 DER/MG

Este instrumento contratual tem como partes: o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Transporte e obras públicas - SETOP, a empresa vencedora denominada Equipav S.A, tendo como sociedade de propósito específico contratada a Concessionária da Rodovia MG 050, com nome fantasia Nascentes das Gerais e intervenientes a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG, como garantidor, e o Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DER/MG, assinado em 21/05/2007 tendo como valor contratual a soma de R\$ 2.196.017.610,00 (dois bilhões, cento e noventa e seis milhões, dezessete mil, e seiscentos e dez reais).

Conforme cláusula 6, o contrato já se apresenta, de início, deixando clara a lógica de contratação a ser implementada: **da divisão de riscos** da prestação do serviço concedido, que se dará entre concessionária e poder concedente.

Segundo expressa previsão contratual, identificada pela cláusula 22.10 e seguintes, a responsabilidade no serviço de atendimento de urgência de acidentes na rodovia, caberá ao poder concedente, que deve disponibilizar unidades de corpo de bombeiros, atendimento médico no local, remoção de acidentados e internação em unidades de pronto atendimento ou hospitais, cabendo à concessionária, apenas colaborar com as unidades de resgate para a agilidade do socorro. Importante ressaltar que para a prestação deste serviço, desempenhada pelo parceiro público, foi celebrado convênio entre SETOP, DER-MG, CBMMG e SEDE, no valor de R\$ 55.239.912,00 (cinquenta e cinco milhões, duzentos e trinta e nove reais mil e novecentos e doze reais) para

[...] compra dos materiais e equipamentos, obras, reformas, ampliação dos aquartelamentos, destinados a implementação do Projeto Estruturador “Corredores Radiais de Integração e Desenvolvimento”, Concessão na modalidade de Parceria Público-Privada da rodovia MG050/BR491/BR265, visando a execução por parte do CBMMG, dos serviços de prevenção e combate a incêndio, atendimento pré-hospitalar, de busca e salvamento e outras ligadas aos acidentes envolvendo produtos perigosos, e atuar nas ações e atividades de defesa civil em geral, ao longo das rodovias e região. (MINAS GERAIS, 2015, p. 15)

Da mesma forma, foi celebrado outro convênio entre as mesmas partes e a Polícia Militar para a realização de fiscalização e policiamento ostensivo, no importe de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para o exercício de 2008 (Relatório executivo, 09/2011. p. 18)

No que diz respeito aos animais soltos nas pistas, também celebrou-se convênio entre a Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas - SETOP, Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA e Centro Universitário de Formiga - UNIFOR-MG, para fins de acolhimento e guarda de animais vivos, no importe de R\$ 773.841,12 (setecentos e setenta e três mil, oitocentos e quarenta e um reais e doze centavos) (Relatório executivo, 09/2011, p. 19)

Assim, o poder público concede a exploração da rodovia, mas permanece com serviços dos quais já financia como demonstram os convênios realizados, notadamente, os serviços de corpo de bombeiro e de policiamento. Há, portanto, investimentos pelo poder público de duas ordens, quais sejam, o recurso ordinário destinado para manutenção das instituições militar e de bombeiros, e outro especial direcionado para o pagamento dos convênios estabelecidos com tais instituições para desempenharem suas atividades no âmbito da Rodovia MG-050 concedida ao parceiro privado.

Na esteira da divisão de riscos, há também previsão contratual, constante da cláusula 30.1, no tocante àqueles relacionados à demanda de tráfego na rodovia, isto é, divide-se no percentual de 50% entre concessionária e 50% entre o poder concedente considerado o volume de tráfego previsto e projetado no estudo de tráfego realizado pelo DER/MG (Anexo XVI). Mais uma vez sendo estabelecida a divisão de riscos, excepcionando-se a regra empresarial do próprio empresário assumir os riscos do seu empreendimento, ficando a cargo do poder concedente dividir e garantir um percentual de 50% de demanda de tráfego.

No tocante ao valor do pedágio, previsto nas cláusulas 30.2.1 e 30.2.3, havendo variação de receita para maior ou para menor, desde que fixadas no percentual de 10% (dez por cento), será revertida ou suportada totalmente pela concessionária, não implicando revisão do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Note-se que no caso de variação de receita para maior, não é prevista qualquer tipo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos usuários, eis que o valor da tarifa não sofrerá qualquer tipo de alteração, ficando este a pagar sempre o valor já pré-fixado, e com incidência de reajustes, sem prever qualquer expectativa quanto à redução do valor pago a título de tarifa.

Assim, preserva-se o lucro da concessionária de forma integral e sem qualquer expectativa de redução desta margem, o que significa mais um plus nesse sistema de contratação, eis que a concessionária já recebe a sua contrapartida na remuneração paga pelo poder concedente (Estado de Minas Gerais), fato que é amplamente utilizado como justificativa para a utilização das PPPs, a fim de incentivar o interesse da iniciativa privada.

Ademais, na hipótese de ganhos econômicos em favor da concessionária que decorram de "ganhos de produtividade ou redução de custos operacionais", conforme prevê a cláusula 29.9, no caso de inovação tecnológica ou procedimental, serão esses revertidos integral e exclusivamente ao parceiro privado. Neste caso, não será o acréscimo considerado como excedente ao valor presente líquido -VPL, pelo menos para que este não seja considerado como referência para se estabelecer o equilíbrio econômico financeiro do contrato, nos termos da cláusula 29.4 e também não implicará causa para restabelecimento deste mesmo equilíbrio.

Ainda no tocante à variação de receitas de pedágio e da divisão de riscos entre as partes contratadas, nos termos da cláusula 30.2.4, no caso de se verificar alteração para menor que seja acima do percentual de 10% (dez por cento), haverá compartilhamento entre a concessionária e a SETOP, sob a justificativa de proteger o direito do consumidor.

Nesta sistematização, fica claro pelas cláusulas até então destacadas que o que se divide entre parceiro público e privado é tão somente os riscos e custos do empreendimento, pois, nas hipóteses de ganhos e auferição da lucratividade, esta fica reservada apenas ao parceiro privado. Assim, confirma-se a lógica da "privatização dos lucros e socialização das perdas" que é a ideologia que se preserva neste tipo de contratação.

A única hipótese identificada de compartilhamento de ganhos, conforme prevê a cláusula 32, entre poder concedente e particular refere-se aos ganhos econômicos efetivos em relação à concessionária quando houver redução do risco de crédito dos financiamentos, que serão repartidos no percentual de 50% para cada parte. O que parece quase impossível de ocorrer, haja vista todo um sistema protetivo à saúde financeira da concessionária, tal como as facilidades de prestações de garantias junto a instituições financiadoras, inclusive de ações pertencentes à concessionária, considerando a necessidade de criação da sociedade de propósito específico para gerir a prestação do serviço.

Considerando que o fundamento da utilização da PPP é de que o sistema de parcerias estabelecido entre o setor público e o privado seria o caminho para melhor prestar os serviços de interesse público, é estabelecido no contrato (cláusula 31) o procedimento de revisões programadas do contrato e plano de negócios da rodovia. Estipulou-se uma frequência de revisão para os seguintes períodos: terceiro, sexto e décimo ano de vigência do contrato e a cada 60 meses (cláusula 31.1). Contudo, não foi localizado no sítio de pesquisa, onde se encontram todos os documentos contratuais, nenhuma revisão contratual que deveriam ter sido realizada nos anos de 2010 e 2013 pelo menos, haja vista a celebração do contrato ocorrida em 2007.

Para que a concessionária receba a contraprestação pecuniária decorrente da concessão patrocinada, bem como para que inicie a cobrança da tarifa de pedágio, há que cumprir condições operacionais consideradas mínimas da rodovia devendo também cumprir intervenções obrigatórias conforme uma lista de procedimentos, tais como obras, sinalização, pavimentação da rodovia entre outros. Assim, é prevista uma fiscalização a ser realizada pelo DER-MG e pelo verificador independente. Havendo, portanto, divergência entre o resultado da fiscalização realizada por tais entes, prevalecerá o que atestar este último, em atendimento à cláusula 34.2.1. Assim, a um verificador independente, contratado pelo parceiro público é atribuída maior credibilidade do que ao próprio órgão público, sendo ingênua a conclusão de que, uma vez remunerada pelo parceiro público, estaria vedada aos interesses do parceiro privado. Aliás este mesmo verificador independente que é contratado pelo parceiro público é também o prestador de serviços que oferece serviços de consultoria e assessoria ao mercado, especialmente ao segmento de exploradores de infraestrutura, para estabelecerem contratos com o setor público, através da PPP. Foi localizado material de divulgação de serviços da referida empresa no tocante ao setor de infraestrutura, segundo o qual destacam-se os seguintes serviços oferecidos:

PPP e infraestrutura: Desenvolvimento de estudos de viabilidade e estudos preliminares para possibilitar PPPs • Preparação de matriz de riscos e possibilidades • Formação de termos da concessão, incluindo indicadores performance de desempenho para documentação de propostas e formatação de contrato final

Gerenciamento de programas e projetos: Auditoria de construção • Gerenciamento de construção • Gerenciamento integrado da operação da empresa • Estruturação de projetos • Análise de riscos • Análise técnica de propostas • Análise de maturidade • Estratégia de seleção de fornecedores • Controle de orçamento e prazos.

Relacionamento com o governo: Governo e Governança • Identificação de oportunidades no governo identifying Governments Opportunities • Desenvolvimento internacional • Inovação em gestão pública.

Assessoria sobre dívida e participações: Consultoria de fusões e aquisições (compra e venda) • Assessoria em levantamento de fundos • Project finance • Assessoria em private equity • Public company advisory • Assessoria em privatização. (PWC, 2013, p.6)

A respeito da remuneração da concessionária, conforme cláusula 35.1, ressalte-se que se dá por duas formas, quais sejam, a cobrança da tarifa de pedágio e a contraprestação pecuniária paga mensalmente, atreladas à satisfação dos quocientes de desempenho.

Sobre os pedágios, vale lembrar que foram implantados um número de 6 (seis) praças num total de 371,4 km concedidos, cada uma com preço inicial em 2011 de R\$ 3,00 (três reais), para alcançar o último reajuste aplicado em junho/2015 em R\$ 5,10 (cinco reais e dez centavos), ambos os valores atribuídos para automóveis comuns. (NASCENTES DAS

GERAIS, 2015)

Assim, se uma pessoa trafegar todo o percurso concedido da rodovia, de ida e volta, deverá arcar com um valor de R\$ 61,20 (sessenta e um reais e vinte centavos) no presente ano.

Considerando a demanda de tráfego, para o mês de abril/2014, foi registrado o número de 1.112.995, veículos, revelando inclusive um aumento de tráfego na ordem de 32.000 (trinta e dois mil) previstos no edital, cuja receita registrada no período para a concessionária atingiu o patamar de R\$ 8.600.000,00 (oito milhões e seiscentos mil reais) (Relatório Executivo, abril/2014, p. 2)⁹

Sobre a tarifa básica e seu reajustamento, nos termos do que dispõe a cláusula 40, cabe ressaltar é prevista uma vantajosa prerrogativa à concessionária, eis que incidirá de forma **automática e anual**, conforme aplicação de fórmula apresentada e definida no contrato. Neste caso, é previsto também que na hipótese de reajuste, é possível a revisão do valor desta tarifa básica, com a finalidade de se restabelecer a retribuição paga pela concessionária e dos usuários, nos termos da cláusula 40.4, o que na prática poderia significar aumento, mas também redução dos valores pactuados,

Fazendo-se uma análise no que diz respeito às garantias do recebimento da contraprestação pecuniária pelo parceiro privado, conforme prevê a cláusula 35.5.5, verifica-se que pode a concessionária realizar o pronto acionamento das garantias contratualmente previstas, sendo que a parte interveniente como garantidor do contrato, qual seja, a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais - CODEMIG, utilizará nos termos da cláusula 38.2:

[...] as parcelas dos direitos à participação nos lucros líquidos que decorram da venda de produtos derivados do beneficiamento e industrialização de minérios pela Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração - CBMM, emergentes de sociedade em conta de participação constituída pelo GARANTIDOR e pela CBMM (MINAS GERAIS, 2015)

Note que o CODEMIG constituiu uma sociedade em conta de participação com a Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração - CBMM para oferecer garantias à concessionária, ratificando a preocupação do setor público em garantir a saúde e lucratividade financeira da iniciativa privada, eis que a participação nos lucros líquidos não se tratam de simples garantias, mas de garantia certa e de altíssima liquidez, considerando que a CBMM é

⁹ Conforme Relatório Executivo da Rodovia MG 050 - abril/2014, p. 2 e 15

[...] é o mais importante fornecedor mundial de nióbio e da tecnologia do nióbio e inteiramente integrada, desde a mina até produtos finais atendendo às necessidades do consumidor final. A CBMM fornece apoio técnico especializado a cada cliente nos mais sofisticados segmentos da siderurgia e tecnologia em todo o mundo. [...] A Companhia tem sua matriz em Araxá, Minas Gerais, uma subsidiária de tecnologia na Suíça, outras três subsidiárias comerciais na Europa, Ásia e América do Norte, bem como uma extensa rede mundial de armazéns estrategicamente localizados. (CBMM, 2015)

Registre-se que o nióbio é recurso mineral altamente importante para a indústria mundial já que tem ampla aplicação na indústria siderúrgica, atuando na formação de liga com o aço, fornecendo produtos essenciais para a indústria automobilística, fabricação de oleodutos, gasodutos e grandes estruturas, e ainda na indústria de energia eólica, de produção de turbinas de aviões, lentes óticas, equipamentos de produção de imagens de largo uso medicina e também catalisadores químicos. (CBMM, 2015)

O valor da garantia a ser prestada pelo garantidor equivale ao valor da contraprestação pecuniária (cláusula 38.2.1) e será depositada, mensalmente, e durante o prazo contratual, em conta bancária já estipulada a instituição financeira (privada), qual seja, o Banco Itaú S.A., cuja abertura será realizada especialmente para tal finalidade (cláusula 38.2.2), ou seja, **além da contraprestação pecuniária paga mensalmente pelo parceiro público ao privado, aquele, concomitantemente, também deve realizar o depósito de valor equivalente a título de garantia do contrato**, que serão parcelas de participação em lucros de venda de produtos derivados de minério pela CBMM, que inclusive ensejou a criação de sociedade em conta de participação juntamente com a CODEMIG.

Como se não bastasse a liquidez de tal garantia, conforme a cláusula 38.5 pode ainda o parceiro público substituí-las por:

- I - fiança bancária, prestada por banco brasileiro de primeira linha;
- II - carta garantia, oferecida por organismo multilateral de crédito com classificação de risco 'AAA';
- III - equivalente ou outras formas de garantia pessoal ou real aceitas pela Concessionária. (MINAS GERAIS, 2015)

Sob a justificativa de promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da exploração, é prevista a possibilidade de a SETOP transferir o controle acionário da concessionária às instituições financiadoras, nos termos da cláusula 11.2, que de toda forma implicará um socorro à saúde financeira da concessionária, sendo que inclusive a contraprestação pecuniária poderá ser utilizada como direito creditório junto às mesmas instituições, previsto na cláusula 18.2, ressalvando que neste caso, não deve ser comprometida

a operacionalização da continuidade do serviço.

De forma similar, as ações referentes ao controle acionário da concessionária também podem ser oferecidas em garantias para fins de financiamentos ou contra-garantia, conforme cláusula 18.3, no caso de obrigações a serem cumpridas tendo por origem o contrato, ressalvando prévia autorização da SETOP.

Já quanto às garantias prestadas pela concessionária, algumas diferenças são detectadas. Primeiro porque enquanto ao parceiro público há variadas modalidades de garantias a serem prestadas, a estipulação já é pré-determinada, mesmo que haja previsão de serem substituídas, ressaltando que as substituições são extremamente exigentes, eis que se impõe mais que idoneidade financeira dos financiadores, mas que sejam instituições de "primeira linha"; classificações de risco 'AAA', ou se submete ao critério da concessionária a modalidade que deseja seja substituída.

As garantias então prestadas pelo parceiro privado não se submetem a esta prefixação, pois são escolhidas a seu critério, mesmo que dentro das hipóteses previamente definidas, podendo ser uma modalidade ou combinação entre elas. Assim, podem ser, conforme cláusula 44.7:

- I — caução em moeda corrente do país;
- II — caução em títulos da dívida pública, desde que emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliado pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda, e não gravados com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, ou adquiridos compulsoriamente;
- III — seguro-garantia; ou
- IV — fiança bancária. (MINAS GERAIS, 2015)

Note-se que o grau de exigências das garantias entre as partes não são estipuladas na mesma medida, especialmente no caso da fiança bancária.

Acerca da distribuição de dividendos aos acionistas, ou pagamento de títulos de participação nos lucros e mútuos, estes somente deverão ser procedidos no exercício seguinte àquele em que atendidas as condições operacionais mínimas da rodovia e executadas as intervenções obrigatórias assim como atendidos os indicadores de desempenho, tal como previsto na cláusula 12.5. Ocorre que, em nota de esclarecimento a tal cláusula restou convencionado que a concessionária poderá definir seu próprio cronograma de execução, para fins de liberação de dividendos e mútuos, antes do prazo de conclusão dos estudos elaborados pelo DER/MG, mas se atendidos os índices do QID, o qual lembre-se é avaliado pelo Verificador Independente.

É motivo de caducidade do contrato notas de desempenho consideradas baixas na prestação de serviço, conforme cláusula 53, tendo como referência os aspectos ambiental, social, operacional e financeiro, haja vista que a concessionária deve obedecer quadro de indicadores de desempenho. Assim, notas inferiores a 5 (cinco) detectadas em trimestres consecutivos, bem como notas iguais a 0 (zero) por dois semestres consecutivos ensejarão a caducidade do contrato.

No tocante ao método de resolução de controvérsias decorrentes do contrato de parceria público privada, verifica-se a possibilidade legal de estipulação do método de arbitragem, que implica um tratamento diferenciado no âmbito das contratações realizadas pelo poder público, haja vista se tratar o interesse público um direito indisponível.

Ocorre que, mesmo diante de toda discussão existente, a cláusula 70 prevê a estipulação do método de arbitragem institucional para resolução de conflitos entre o parceiro público e privado.

Analísado o instrumento contratual realizado para implementação da PPP no projeto da Rodovia MG 050, com destaque para as cláusulas consideradas mais importantes, cabe realizar a análise do documento denominado anuário que contém informações gerais sobre o desempenho do referido projeto.

5.1.3 Análise do Anuário da Rodovia MG 050

A partir da análise do anuário elaborado em 2013 sobre a concessão da Rodovia MG 050, depreende-se diante dos objetivos da parceria estabelecida entre o Estado e o setor privado o intuito de "a iniciativa privada participar com capacidade de financiamento, investimento, flexibilidade e competência gerencial, enquanto o setor público assegura a satisfação do interesse da população." (MINAS GERAIS, 2013, p. 9)

E, segundo os benefícios que são elencados, dois são utilizados de forma destacada, quais sejam: a) compartilhar os riscos entre o parceiro público e o privado e b) aumentar ou despertar a atratividade de negócios até então não interessantes. (MINAS GERAIS, 2013)

Nesta esteira de sistema de contratações via PPP, como forma de "despertar" o interesse da iniciativa privada, facilmente são encontradas prestadoras de serviços particulares, com o fim de orientar os grandes investidores a apostarem nas PPPs, os quais, mobilizam-se para prestar assessoria, palestras informativas e workshops.

Há que se destacar a atuação de uma dessas empresas do segmento de prestador de serviços denominado - Radar PPP, o qual realizou um encontro internacional sobre

infraestrutura e PPP em Brasília no mês de abril de 2015. Este encontro teve como objetivo sinalizar aos grandes investidores as oportunidades de negócio no mercado brasileiro, notadamente, as contratações junto ao poder público, conforme informações obtidas e sítio eletrônico.

Na elaboração de um guia prático para estruturação de PPPs, formulado pelo Radar PPP, em cujo documento identifica-se inclusive o patrocínio da Embaixada Britânica em Brasília, o seu embaixador, ao manifestar-se sobre a intenção do Brasil em investir no setor de infraestrutura asseverou que

O Reino Unido quer participar desse processo, o Ministério das Relações Exteriores Britânico (The Foreign & Commonwealth Office) lançou em 2011 o Fundo Prosperity com o objetivo de apoiar o desenvolvimento de economias importantes para o mercado global nas áreas de ambiente de negócios e infraestrutura; segurança energética; e mudanças climáticas. Desde seu lançamento, o fundo apoiou aproximadamente 500 projetos em 14 diferentes países e regiões no mundo, dentre eles, o Brasil. (BRASIL, 2015, p. 7)

Verifica-se, assim as marcas da colonização pós moderna presente em nosso sistema de políticas econômicas, já que o Reino Unido financia projetos para implementar políticas no território brasileiro, fazendo com que a soberania de nossa nação estabelecida no artigo 170, inciso I da CR/88 fique permeável ao capital e influência estrangeira, haja vista que encontram-se entre os grandes concessionários grandes investidores de nações estrangeiras.

A reflexão que se deseja realizar é a seguinte: quer mesmo o Reino Unido auxiliar as nações, já que crê na postura altruísta de ajudar ao próximo sem exigir nada em troca, na implantação da política de PPP, já que pioneiro neste modelo de gestão da coisa pública, ou na verdade quer conquistar acesso no mercado brasileiro e dos demais nações para explorar as concessões, já que nota-se uma tendência em que as concessionárias representam complexas estruturas empresariais com predominância de pessoas jurídicas estrangeiras.

É o caso da concessionária da Rodovia MG-050, eis que possui natureza jurídica de sociedade de propósito específico, conforme determina a Lei nº 11.079/04, para administrar a prestação do serviço denominada "Nascentes das Gerais", sendo empresa subsidiária de uma holding denominada Atlantia Bertin Concessões S/A, que é uma joint venture nascida da união do Grupo Italiano Atlantia com o Grupo Bertin, sendo que o primeiro é referência mundial na concessão rodoviária no mundo e o maior na Itália e o segundo já detinha importantes concessionárias no Brasil, notadamente no setor rodoviário. (ANUÁRIO, 2013)

Pode-se destacar a atuação da Atlantia no Brasil e no mundo a partir dos seguintes dados:

Além do Brasil, a Atlantia possui seis Concessionárias no Chile (313 quilômetros), seis na Itália (3.096 quilômetros), uma na Polônia (61 quilômetros) e uma na Índia (110 quilômetros). A Atlantia também tem participação em outras empresas: no segmento de coleta eletrônica, está presente na norte-americana Electronic Transaction Consultants (61,4%) e na francesa Écomouv (70%). (MINAS GERAIS, 2013, p. 17)

Já o Grupo Bertin, fundado em São Paulo, inicialmente começou a atuar no segmento de agroindústria e em 2003 iniciou suas atividades no segmento de infraestrutura " (rodovias, saneamento, construção civil), energia (renováveis e fósseis), agropecuária e equipamento de proteção individual (EPIs)" (ANUÁRIO, 2013, p. 17). É detentora da concessionária SPMar, que atua no Rodoanel em São Paulo.

Seguindo-se ainda a lógica do sistema de contratações via PPP em que os discursos dos governos se apoiam na perspectiva do parceiro privado atuar com sua capacidade de investimento, financiamento e competência gerencial, se conclui que a escolha da contratação na forma da PPP, se não significasse uma verdadeira estratégia de lucratividade com a consequente concentração de renda para apenas pequenos grupos econômicos, deveria no mínimo ser orientada para o fim de se alcançar menor custo ao erário, talvez com base no critério de análise de avaliação quantitativa da capacidade de projetos de PPP denominada Value for Money - VfM.

Segundo tal critério, o projeto de PPP é submetido a testes de prestar o mesmo serviço desempenhado pelo poder público com níveis bem menores de consumo dos recursos públicos. É como se se estabelecesse uma comparação, estritamente financeira, sobre os custos a serem desembolsados para a execução do serviço, mensurados pela ótica do poder público e pela iniciativa privada. Assim, se restar comprovado que haverá menos custos na execução do serviço desempenhado por este último, o modelo de PPP poderia ser utilizado. (CBIC, 2015)

Contudo, ratificando a lógica da lucratividade das concessionárias, a Lei nº 11.079/2004 que prevê o instituto da PPP sequer prevê a utilização deste critério analítico, mas diferentemente e de forma ainda mais questionável, o critério avaliativo que se exige é tão somente a prévia autorização da licitação baseada em estudo técnico que ateste a conveniência e oportunidade que justifiquem esta forma de contratação, ou seja, a escolha pela opção da PPP é direcionada pelo critério discricionário da Administração Pública, em que a conveniência e oportunidade apenas é atestada por estudo técnico. (art. 10º e incisos)

Estes critérios só ratificam a utilização do modelo de interpretação do Direito pela Escola da Análise Econômica, em substituição à Análise Substancial (SOUZA, 2005), uma

vez que se quer reduzir ao aspecto econômico, ou financeiro a forma de execução de serviços públicos, sendo que este valor apesar de importante, quando se trata de oferecimento de serviços públicos não se resume ao simples aspecto financeiro, mas ao alcance do interesse público. Se para o poder público, ao desempenhar um serviço à população, deve se pautar pelo atendimento das necessidades, para a iniciativa privada, o mesmo serviço significa fonte de investimento e logicamente significa obtenção de lucros que certamente serão alcançados com a diminuição de custos. Esta é a lógica do empreendedor privado a qual não se confunde com o tratamento da coisa pública, que independente do seu custo, deve ser oferecido à sociedade, já que o Estado objetiva o lucro social, ditado pelos comandos constitucionais, sem prejuízo, por óbvio da devida gestão de seus recursos financeiros.

Neste sentido, oportuna a explicação formulada no documento apresentado no encontro internacional promovido pelo Radar PPP, segundo o qual elabora uma série de razões para justificar que a PPP no setor de infraestrutura seria um bom investimento tanto para o investidor quanto para a indústria da construção,

Do ponto de vista do investidor, uma PPP é um negócio atrativo na medida em que, se o projeto for bem estruturado e gerido, obtém-se um fluxo de pagamentos no longo prazo, reajustado anualmente por um índice de preços. Logo, a depender do projeto, **o perfil de risco e retorno de uma PPP pode ser muito atrativo para investidores com maior apetite ao risco e com expectativas de retorno no longo prazo. Do ponto de vista das construtoras, as PPPs podem ser um modelo de contrato com maior valor agregado, com mais risco e mais retorno quando comparado com o mercado de contratação pública tradicional.** O mercado de contratação pública tradicional é bastante mais competitivo, pois há muitas empresas que podem disputar contratos de obra. Já nas PPPs, por se tratar de um contrato de longo prazo que envolve construção, financiamento, manutenção e operação, normalmente é exigida uma composição empresarial e/ou societária mais complexa, que não depende apenas do know-how de uma construtora tradicional. **A PPP demanda uma engenharia financeira complexa, que torna necessário o relacionamento com instituições financeiras e mercado de capitais,** além de uma exposição de capital próprio do acionista, materializada em contratos sofisticados e densos o suficiente para incorporar a cadeia de suprimentos necessária ao projeto. Do ponto de vista das construtoras, pode ser uma boa forma de gerar demanda por contratos de obras fora do mercado “comoditizado” e do mercado de contratação de obras públicas via Lei 8.666/93. (CBIC, 2015, p. 14, grifo nosso)

Destacados os pontos mais importantes sobre a PPP no Anuário 2013, segue-se à análise do segundo caso escolhido, atinente ao segmento de segurança pública, qual seja, do Complexo Penal de Ribeirão das Neves.

Ante toda a análise realizada, conclui-se que o contrato de parceria público-privada estabelecida entre o Estado de Minas Gerais e o parceiro privado Nascente das Geraís, para a concessão de trecho da rodovia MG 050, representa não mais que uma tendência, mas uma realidade na implementação de políticas econômicas típicas a representar o Estado

Garantidor, fazendo com que o Estado afaste-se da prestação direta de serviços e obras públicas e o conceda à iniciativa privada, tudo sob o argumento de maior eficiência por parte deste último.

A partir dos contratos firmados, verifica-se a realização de uma complexa estrutura contratual, que somente compreendida quando lida por técnicos, detentores da linguagem apropriada a traduzirem o real significado de suas expressões, ou seja, a linguagem é encriptada (SANIN, 2012) e reservada a apenas alguns poucos a sua tradução e com isto encobrindo da população diretamente interessada o seu conhecimento.

Ao fim da análise documental restou, portanto, a seguinte inquietação: apesar de todo esforço para o estabelecimento da PPP, cujo discurso perfaz a técnica mais apta e eficiente para a realização da obra pertinente à rodovia MG 050, esta eficiência parece não compreender a financeira ou econômica, uma vez que parece ser muito mais dispendioso aos cofres públicos manter o contrato de parceria que prestar a obra de forma direta.

Verifica-se que o Estado de Minas Gerais, não firmou apenas um contrato de parceria com a concessionária Nascente das Gerais, mas deste derivou vários outros contratos que representam, logicamente, maior onerosidade ao Estado, uma vez que se prestasse diretamente a obra, certamente, tais valores não seriam dispendidos.

Assim, cabe destacar os valores contratuais previstos que englobam toda a estrutura contratual da PPP de infra estrutura da Rodovia MG 050, quais sejam:

Tabela 1 - Lista dos contratos firmados para o projeto de PPP da Rodovia MG 050

Contratos	Valores
Contrato firmado entre o Estado de Minas Gerais e a concessionária Nascente das Gerais	R\$ 2.196.017.610,00
Contrato firmado entre o Estado de Minas Gerais e a PriceWaterhousecoopers (verificador independente)	R\$ 4.593.559,60
Contrato firmado entre o Estado de Minas Gerais através da SETOP, DER/MG, CBMMG e SEDE para prestação de serviços de corpo de bombeiros	R\$ 55.239.912,00
Contrato firmado entre o Estado de Minas Gerais, através da SETOP e IMA e UNIFOR-MG para destinação de animais soltos na rodovia	R\$ 773.841,12
Contrato firmado entre o Estado de Minas Gerais e a Polícia Militar	R\$ 6.000.000,00

Depósito contratual

Mensal e equivalente ao valor da
contraprestação pecuniária¹⁰

Fonte: Elaborada pela autora conforme dados do contrato SETOP 007/2007

Apesar de não se ter acesso aos valores que o Estado dispendia para, diretamente, manter o trecho rodoviário em questão, a um simples olhar verifica-se que há um custo agregado ao contrato firmado com a concessionária que contraria a lógica de eficiência econômica ou financeira, ficando latente uma maior onerosidade aos cofres públicos para manter a contratação via PPP, prática que nem Adam Smith, pai do liberalismo, ao dispor sobre as obras públicas que deveriam ser realizadas diretamente pelo Estado para facilitar o comércio, era favorável, pois entendia que

1. [...] se o governo assumisse a administração dos postos de pedágio e empregasse soldados - que trabalhariam por um pequeno adicional a seu soldo -, teria condições de manter as estradas em bom estado, com um custo muito menor do que o acarretado por curadores, os quais somente podem empregar operários cuja subsistência depende inteiramente dos próprios salários. Alega-se que seria possível desse modo gerar uma grande receita, talvez de meio milhão, sem lançar nenhum ônus ao povo. Com isso, os postos de pedágio poderiam contribuir para a receita gerada do Estado, a exemplo do que acontece hoje com os serviços postais. (SMITH, 2012, v. 2, p. 921)

5.2 Segurança Pública: Penitenciária

Seguindo-se à abordagem de estudo de casos, cabe a análise da experiência de PPP adotado pelo Estado de Minas Gerais para construção e gestão do complexo penal localizado na região metropolitana de Ribeirão das Neves.

Atinente ao segmento de segurança pública, o sistema contratual de PPP foi desenvolvido no Estado mineiro de forma pioneira, tal como a experiência da Rodovia MG 050, e, já implantado, é apresentado à população como forma de resolver a questão da superpopulação carcerária, bem como redução de custos do setor público nesta área.

Contudo, preliminarmente à análise do caso referido, interessante destacar a existência no Brasil do projeto de lei nº 513/2011, de autoria do Senador Vicentinho Alves, inclusive inspirado na experiência mineira, cujo trâmite de aprovação encontra-se submetido à análise da relatoria desde 04/08/2015, ocorrida movimentação em 21/10/2015 para a Comissão

¹⁰ A contraprestação pecuniária é apurada com base no valor do pedágio mensal recebido pela concessionária. Conforme o último dado publicado no relatório executivo de abril de 2014 o pedágio foi apurado neste mês março no valor de R\$ 7.556,21* e a contraprestação pecuniária no valor de R\$ 774,04*. Este valor é pago pelo Estado à concessionária e concomitantemente depositado o equivalente a título de garantia contratual.

*Valores em milhares

Especial do Desenvolvimento Nacional, cuja relatoria atual encontra-se nas mãos do Senador Antônio Anastasia, conforme informação obtida no sítio do Senado.

A despeito da existência do referido projeto de lei, cabe ressaltar a existência da Recomendação nº 20 de 11 de fevereiro de 2015, emitida pelo Conselho Nacional de Segurança Pública aos governos estaduais e distritais para que se abstenham e rejeitem qualquer proposta de privatização ou parceria com a iniciativa privada para a gestão de presídios, considerando entre outros aspectos, a indelegabilidade estatal da execução penal e ainda

[...] a incompatibilidade entre, de um lado, **os objetivos perseguidos pela política penitenciária**, em especial, os fins da pena privativa de liberdade (retribuição, prevenção e ressocialização) **e, de outro lado, a lógica de mercado, ínsita à atividade negocial.** (BRASIL, 2015, p. 1)

Retomando a análise do projeto lei, seu objeto é estabelecer normas gerais para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios contratar por meio de PPP a construção e administração de estabelecimentos penais, contendo como justificativa, a criação de normas uniformes sobre questões essenciais para todo o território nacional.

Ainda há intenção de tornar mais abrangente a aplicação do instituto da PPP, uma vez que considera tal contratação tanto para presos condenados como para provisórios, estes não são abrangidos na experiência mineira, e independente do regime de pena (art. 2º).

Há previsão que o concessionário terá "liberdade" para explorar a mão de obra do preso, podendo ainda ser subcontratado por empresa diversa, sendo que o próprio estabelecimento prisional poderá ser utilizado para o comércio dos produtos e serviços originados deste trabalho. (art. 10º)

Registre-se que tal exploração não se submete ao regime de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, não sendo considerada, portanto, relação de emprego, e que a remuneração garantida é de pelo menos 3/4 do salário mínimo para 44 horas semanais, conforme a própria lei de execução penal.

Outro artigo que merece destaque é o que permite a participação de empresas ou grupos de capital estrangeiro nos contratos realizados pela sistematização da PPP (art. 15º), abrindo espaço não só para a iniciativa privada prestar um serviço eminentemente público, qual seja, a segurança pública, mas também que este possa ter como investidor o capital externo, ratificando a lógica do capitalismo "globalizado," que na verdade se revela como verdadeiro discurso ideológico e teatral, para que as nações em desenvolvimento continuem

apenas adotando as políticas econômicas impostas pelo imperialismo econômico internacional das nações desenvolvidas, as quais, contraditoriamente, preferem desempenhar suas economias através de escolhas protecionistas e domésticas, valorizando o seu mercado interno. (BATISTA JÚNIOR, 2005)

Na esteira de suas justificações é asseverado que o projeto apresenta-se não como "privatização" do setor carcerário, mas em apelo ao eufemismo, como uma "cogestão" entre parceiros público e privado, uma "terceirização" de tal serviço, a fim de se alcançar a ideia de uma Administração Pública gerencial, com fins de eliminar a burocracia, buscando a eficiência, e alocando melhor o dinheiro público. Discurso já conhecido pela corrente neoliberal reguladora, eis que sustentado na ideia de se buscar eficiência, passa-se para as mãos da iniciativa privada a execução dos serviços públicos.

Há expressa menção de que a utilização de tal técnica de contratação poderá inclusive eliminar a corrupção, como se tal prática encontra-se restrita aos servidores públicos!

O projeto ainda ressalta que sua justificativa baseia-se na lógica da ressocialização, ou seja, o objetivo principal a atingir com a parceria público privada não é financeiro, mas ressocializante, nos termos do que prevê o artigo 1º da lei de Execução Penal, que se intenta alcançar com a aplicação dos seguintes fatores: obrigação de trabalho, educação e capacitação profissional. Para tanto, assim destaca

[...] a iniciativa privada precisa estar livre para explorar a mão-de-obra do preso como bem quiser, respeitados, obviamente, os limites legais. A lógica econômico-privada garantirá uma auto-regulação do sistema que só trará ganhos para a sociedade, pois possibilitará o que o sistema atual não possibilita, a ressocialização, e, talvez, no longo prazo, a autossuficiência. (BRASIL, 2015, p. 5)

Nesta esteira, traz como caso ilustrativo de uso racional da mão de obra carcerária, o acordo firmado em 2011 entre o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o Comitê Organizador Brasileiro da Copa do Mundo de 2014 e o Ministério dos Transportes prevendo contratação de detentos e ex-detentos para executarem as obras serviços para o evento mundial.

Apenas não resta claro em que medida as PPPs podem contribuir para uma maior incidência da realização de acordos desta natureza, pois nada impede que sejam formalizados pelo próprio poder público quando na administração direta do sistema penitenciário.

Ademais, há uma nítida preocupação em estimular o trabalho do preso, quando expressamente se diz que a iniciativa privada teve ter "liberdade" para explorar a mão de obra do condenado. Ocorre que esta liberdade e esta exploração acabam por comprometer o

próprio discurso da ressocialização, pois se a iniciativa privada tem esta liberdade, inclusive ratificada pela lei que confere ao preso o recebimento de 3/4 do salário mínimo, na verdade o trabalho corre sérios riscos de ser utilizando não como objeto do interesse ressocializante, mas como fator de produção de bens e a um custo muito menor que o praticado no mercado, ou seja, verifica-se a implantação legal de exploração de uma mão de obra extremamente barata, que consequentemente garantirá maiores lucros ao empresário.

E, por derradeiro, a aprovação do projeto de lei é justificado sob o argumento de que é a má administração dos recursos públicos que faz com que se agrave a crise que assola o sistema penitenciário no Brasil, como se inexistissem causas prévias ao próprio cometimento de crime que leva a pessoa do condenado à prisão, tais como aplicações financeiras insuficientes nos setores da educação e emprego, direitos sobre os quais o Estado deve prestar efetivamente, e assim considerados como estratégias preventivas da própria custódia do cidadão.

Dizer que a crise do sistema prisional é agravada pela má gestão pública financeira é simplesmente restringir o discurso que cerca a questão da criminalidade, a qual deve ser tratada com mecanismos preventivos efetivos para então se falar em privação de liberdade. Isto faz crer que o projeto de lei, ao regulamentar o tema da criminalidade, ou melhor, a custódia do condenado, tem como foco de análise o seu resultado e não a sua causa.

O discurso argumentativo de implantação da PPP é sustentado como a solução para o problema da incidência de crimes, como se a privatização dos presídios fosse a alternativa perfeita para ressocialização do condenado à prisão, ou seria na verdade a criação de oportunidades para o setor privado investir seus recursos e lucrar com a custódia de certos indivíduos?

Assim, a preocupação é custodiar o condenado para então a iniciativa privada ressocializar, enquanto a preocupação deveria repousar na efetivação de direitos que possam construir uma sociedade em que os indivíduos vivam dignamente evitando com isto os índices de criminalidade.

As razões utilizadas pelos governos para justificar a privatização do sistema carcerário, quais sejam, altos custos e superpopulação carcerária, são os mesmos levantados pelos pioneiros na implementação do sistema de privatização de presídios, quais sejam, os Estados Unidos e Inglaterra, sendo instalada uma verdadeira crise que para Minhoto possui um ingrediente chave, qual seja

[...] a redução economicista da questão penitenciária empreendida pelas sucessivas administrações norte-americana e britânica, influenciando no modo como são encaminhadas as propostas supostamente destinadas aos seu enfrentamento. Uma

crise concebida primordialmente em termos físicos e monetários, em que em nenhum momento se problematiza o papel da prisão enquanto mecanismo de controle social e sua complexa vinculação ao problema da criminalidade é acriticamente pressuposta. (MINHOTO, 2002, p. 139)

Nesta esteira, pode o modelo de gestão por via de PPPs ser considerado uma boa gestão pública financeira? Na medida em que o erário deixa de investir, ele próprio, em obras e serviços necessários e entrega o seu papel à iniciativa privada, não está segmentando a um pequeno e seletivo grupo social, quais sejam, investidores nacionais e internacionais, este recurso, através de uma estrutura de contratação que tem como fim estimular e garantir os ganhos privados?

Conforme divulgado no sítio www.brasil.gov.br, ao noticiar a inauguração da PPP do complexo penal mineiro, e baseado em dados da Secretaria Estadual de Defesa Social, há informação de que o sistema de parceria implantado no Estado de Minas Gerais teve como inspiração a experiência de nações como a Inglaterra e que o consórcio constituído terá a responsabilidade pela construção e administração do complexo prisional a ser construído, sendo que receberá por cada preso, em média, R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais).

Por outro lado, em divulgações encontradas no sítio do governo do Estado de Minas Gerais sobre a prática de monitoramento eletrônico no mesmo ente federado, há relatos de autoridade governamental de que a referida técnica certamente reduzirá os gastos com o preso no sistema carcerário, bem como contribuirá para a redução da superpopulação de presos, atestando que o custo pelo monitoramento eletrônico encontra-se na faixa de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por mês, enquanto o preso em penitenciária gera aos cofres públicos um custo aproximado mensal de R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais).

Assim, como conceber que a PPP pode ser uma boa opção de gestão financeira quando se constata que o poder público gasta muito mais com o sistema penitenciário nos moldes da concessão do que quando investe diretamente?

Uma medida alternativa e viabilizadora tanto da questão ressocializante quanto da questão financeira, que o Estado pode investir ao invés da opção das PPPs é o sistema APAC - Associação de Proteção e Assistência ao Condenado, pessoa jurídica de direito privado, que tem como objetivo recuperar e reintegrar o condenado à pena privativa de liberdade. Baseia-se num método de valorização da pessoa humana em que o preso é corresponsável pela sua recuperação, através da aplicação de 12 elementos, tais como: trabalho, família, religião, participação da comunidade, entre outros. Segundo dados da Secretaria de Defesa Social na aplicação do método uma vaga custa 1/3 do custo da vaga no sistema comum, e estima-se que a reincidência em egressos é da ordem de 15% enquanto no sistema tradicional de 70%.

Ressalte-se ainda que neste método prevalece a existência de presídios de pequeno porte com limite de 100 a 180 presos e que cumpra preferencialmente a pena no lugar onde vive ou onde reside sua família.

Após apresentação e análise do projeto de Lei nº 513/2011 que aborda o tema da "terceirização" ou privatização do sistema carcerário no Brasil, importante avançar a análise para o caso específico de contratação por meio de PPP realizada no Estado de Minas Gerais.

O referido Estado membro, tal como no setor de infraestrutura de rodovias, também foi pioneiro na experiência de contratação via PPP para conceder à iniciativa privada a construção e gestão do complexo penal localizado na região metropolitana de Belo Horizonte - Município de Ribeirão das Neves.

O projeto, já implantado e em execução, teve o contrato assinado em 2009, recebendo a denominação de "Complexo Penal de Ribeirão das Neves".

A construção do complexo penal compreendeu 5 (cinco) unidades penais com capacidade para 3.360 (três mil, trezentos e sessenta) vagas, sendo 3 (três) unidades para o regime fechado e 2 (duas) para o regime semiaberto, sendo prevista uma unidade de administração central.

Conforme apresentação do projeto veiculada no sítio eletrônico das PPPs, o projeto desta parceria é baseada em três princípios basilares, quais sejam: **gestão profissional de penitenciárias**, calcada em conceitos de eficiência e qualidade; **efetiva ressocialização do preso** e **transparência na execução da política de segurança pública**. O projeto ainda é orientado pela busca de cooperação entre os parceiros público e privado e "garantias de retorno" para o operador e para o "investidor". Isto significa que o investidor terá garantida a obtenção de lucro, ou seja, o Estado está a garantir o objetivo social da atividade de empresário.

Este projeto estipula prazo para que o parceiro privado construa o complexo prisional num prazo de 2 (dois) anos e que no decorrer de 25 (vinte e cinco) anos realize a sua gestão, sendo inclusive estipulados alguns serviços a serem por esse prestados, tais como: médicos, educacionais, de alimentação, recreação, jurídicos, psicológicos, vigilância interna e gestão do trabalho do preso.

A modalidade de PPP utilizada é a administrativa, correspondendo o pagamento público a fonte de receita do parceiro privado, sendo que somente 20% (vinte por cento) do pagamento mensal é submetida a uma avaliação de desempenho periódica, ou seja, quase totalidade de sua remuneração, isto é, 80% (oitenta por cento) independe desta. O pagamento inicia-se após a entrada em operação da infraestrutura, cujas parcelas são consideradas a partir

dos referenciais de: vaga disponibilizada e vaga ocupada.

Sobre os níveis de desempenho utilizados destacam-se como indicadores os seguintes critérios: número de fugas, rebeliões e motins, nível educacional, quantidade e qualidade de assistência jurídica, psicológica e de saúde e quantidade de presos que trabalham.

E quanto ao parceiro público lhe cabem várias atribuições, sendo a principal delas o pagamento da contraprestação pecuniária mensal, haja vista que se trata de uma PPP na modalidade administrativa. Dentre as demais, destacam-se: implantação de vias de acesso até o complexo penal, manutenção da segurança armada do complexo, fiscalização das unidades, direção da segurança por ente governamental e prevenção da superlotação, cabendo-lhe a transferência de presos e ainda, segundo o relatório de apresentação de dados e fatos do projeto "Garantir demanda mínima de 90% da capacidade do complexo penal, durante o contrato."

Verifica-se que é obrigação atribuída ao poder público concedente "garantir demanda mínima ao concessionário", ou seja, das 3.360 vagas disponibilizadas, deve-se garantir lotação de pelo menos 3.024 presos, chegando-se ao absurdo de comparar o serviço afeto ao sistema penitenciário ao mercado de bens e serviços em que o Estado, pode, através de políticas econômicas, fomentar determinado segmento industrial ou produto para atender ao mercado interno, como temos a produção de petróleo por exemplo. Torna-se justificada, portanto, a intenção do projeto de estimular e proteger o setor privado, uma vez que é difícil imaginar qual segmento no mercado tradicional um empresário pode ter garantido 90% (noventa) por cento de sua demanda na sua atividade cotidiana.

Enquanto se verifica no contexto social e jurídico iniciativas de se evitar ou humanizar a custódia do condenado, como por exemplo: a Lei nº 9.099/95 que estabelece o Juizado Especial Criminal, em que medidas socioeducativas são preferidas à privação de liberdade; o sistema APAC, já mencionado, com quem o próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais mantém convênio; o sistema de monitoramento eletrônico instituído pela Lei nº 12.258/2010, bem como a recente Lei nº 12.736/2013 que permite ao juiz no próprio arbitramento da sentença computar a pena cumprida provisoriamente evitando a própria privação de liberdade ou a extrapolção do seu tempo, o sistema de contratualização por meio de PPP atribui como obrigação do Estado garantir demanda de sentenciados a serem custodiados, invertendo a lógica narrada que procura evitar a custódia.

Reduz-se assim a pessoa do condenado à mera mercadoria, eis que submetido a um sistema de oferta e demanda. Quer-se com isto determinar que os juízes criminais, na hipótese de baixos percentuais de demanda no complexo penal gerido pela PPP, transformarem-se em

máquinas de condenar para garantir o percentual de lotação?

Encerradas assim as breves considerações sobre o projeto do PPP do sistema penitenciário mineiro, segue-se à análise do seu instrumento contratual.

5.2.1 Análise do contrato complexo prisional Ribeirão das Neves

O contrato realizado para ser implementada a concessão dos serviços penitenciários pelos moldes da PPP, teve como partes o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Defesa Social - SEDS e a empresa concessionária Gestores Prisionais Associados S/A- GPA, tendo como objeto a construção e gestão do complexo penal, formalizado através do edital de concorrência 001/2008 SEDS/MG, na modalidade de concorrência internacional.

Nos termos da cláusula 12.1, o instrumento contratual tem valor estimado em R\$ 2.111.476,80 (dois bilhões, cento e onze mil, quatrocentos e setenta e seis reais e oitenta centavos), cujo cálculo compreende a soma dos valores nominais das **contraprestação pecuniária mensal** e a **parcela anual de desempenho**, com base no teto do valor da vaga dia **disponibilizada e ocupada** em unidade do regime fechado, ou seja, R\$ 74,63 (setenta e quatro reais e sessenta e três centavos) valor adjudicado na licitação, reajustada a cada 12 (doze) meses, conforme previsão na cláusula 14.4, e sobre o qual incidem coeficientes de cálculo.

A remuneração da concessionária prevista na cláusula 14.1 é realizada por unidade penal e resulta no somatório de quatro parcelas, quais sejam:

- a) **Contraprestação pecuniária mensal:** é a remuneração decorrente da prestação do serviço executado pela concessionária. Para tanto, aplicam-se dois coeficientes (COEF) ou índices: a.1) de mensuração de desempenho e a.2) de qualidade de disponibilidade, cujo cálculo equivale à aplicação dos descontos decorrentes do sistema de mensuração de desempenho e disponibilidade sobre a contraprestação pecuniária cheia. Esta representa o valor devido mensalmente, caso a concessionária atinja níveis máximos de desempenho. Integra uma parte, portanto, da contraprestação pecuniária mensal.
- b) **Parcela anual de desempenho:** é a remuneração à concessionária decorrente da qualidade do seu desempenho. É apurado anualmente, através de análise dos relatórios e planos entregues ao poder concedente.
- c) **Parcela referente ao parâmetro de excelência:** é a remuneração paga à

concessionária, bimestralmente, considerada a garantia de ocupação do tempo do sentenciado e o trabalho remunerado. Refere-se a um percentual que recebe a concessionária sobre a parcela recebida pelo poder concedente como ressarcimento do trabalho remunerado do sentenciado, nos termos da cláusula 14.16.1.

- d) **Parcela complementar:** acrescentada pelo segundo termo aditivo assinado em 29 de julho de 2013. Corresponde ao recebimento mensal pago à concessionária, no período de agosto de 2013 a dezembro de 2018, calculado em R\$ 1.890.060,00 (hum milhão, oitocentos e noventa mil e sessenta reais), em função de investimentos realizados pela concessionária por alteração do projeto realizada pelo poder concedente.

No caso de se ver o poder concedente obrigado a reduzir despesas, para atender às diretrizes da lei de responsabilidade fiscal, deverá incluir o valor da contraprestação pecuniária mensal nas respectivas leis orçamentárias, a fim de garantir que o pagamento do contrato não sofra, durante o seu prazo de concessão, **qualquer redução de valor ou suspensão de pagamento**, conforme cláusula 14.6. Significa dizer que o crédito da concessionária é total e prioritariamente garantido, pois integrará a Lei de Diretrizes Orçamentárias sob o título de dívida pública, haja vista representar uma obrigação financeira do ente federado assumida em virtude de contrato (art. 29 - Lei Complementar nº 101/2000), a qual não sofre limitação de empenho ou movimentação financeira.¹¹ Assim, pode haver limitação de recursos financeiros para o serviço de saúde, por exemplo, mas o mesmo não ocorre com a dívida pública decorrente de obrigações contratuais.

Visto que a remuneração da concessionária está atrelada ao seu desempenho, este é avaliado pelo Verificador Independente, conforme Contrato de Prestação de Serviços SEDS 339039.54.1902.12, firmado entre o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Estado de Defesa Social e a empresa Accenture do Brasil Ltda. Este contrato tem prazo de duração de 36 (trinta e seis) meses, com possibilidade de prorrogação e valor contratual de R\$ 8.344.941,45 (oito milhões, trezentos e quarenta e quatro mil, novecentos e quarenta e um reais e quarenta e cinco centavos).

Há, portanto, um sistema de mensuração de desempenho, constante do anexo X do edital de licitação, segundo o qual é medido o grau de atendimento de operação da concessionária, cujos dados deverão ser gerados e entregues à contratante para serem

¹¹ Art. 9º (...)

§ 2º.: Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pelas lei de diretrizes orçamentárias.

submetidos à auditoria realizada pelo Verificador Independente.

O sistema narrado é aferido com base em cinco estruturas distintas:

- a) medida do número de vagas disponibilizadas pela concessionária no mês,
- b) medida de desempenho (bimestral);
- c) medida de qualidade da disponibilidade (bimestral);
- d) medida da avaliação anual de desempenho com base nos planos de ação elaborados pela concessionária e
- e) medida do parâmetro de excelência que se traduz na capacidade da concessionária encontrar interessados em absorver a mão de obra dos sentenciados com vistas à implementar a sua ressocialização., conforme prevê o anexo X do termo contratual.

A estrutura de quantificação de disponibilidade de vagas é representada pelo Sistema quantitativo de disponibilidade- SQD, em que são considerados vários aspectos orientadores **para ser determinada a quantidade de vagas prisionais** em certo período. Esta disponibilidade será calculada para que seja apurada a contraprestação pecuniária mensal recebida pela concessionária.

Assim, tem-se que o SQD é o resultado do conjunto de números denominados totalizadores, cuja apuração é realizada mensalmente. Para tanto, um totalizador equivale a uma unidade penal, sendo que os totalizadores são apurados a partir do resultado do número de vaga dia, esta considerada uma vaga durante um dia (0h0" até 23h59") disponível na unidade penal no mês. A vaga dia compreende o número de celas, número de dias disponíveis e número de vagas nas celas.

Ressalte-se que as condições de disponibilidade de vagas estão atreladas ao nível de segurança das celas, blocos e pavilhão, pois se esta restar comprometida, considera-se a vaga como indisponível, e portanto, não é incluída no cálculo do totalizador. Assim, tal sistema está intrinsecamente relacionado com o atendimento de condições denominadas de "disponibilidade", que é entendido como quesitos de funcionalidade a serem cumpridos quanto às estruturas das celas e segurança destas, sendo relacionadas como grupo A; condições de estrutura e segurança de outros ambientes das unidades penais diversos das celas, quanto à funcionalidade e estado de conservação, relacionadas ao grupo B; e o grupo C no qual estão dispostas condições de assistência material básica a serem prestadas ao sentenciado, tais como alimentação, vestimentas, etc.

O atendimento simultâneo, portanto, das condições elencadas nos grupos A, B e C é que será determinante para que uma cela seja considerada disponível.

As vagas disponíveis em cada cela está atrelada ao tipo de regime fechado ou semiaberto em que sentenciado cumpre pena, logo, no regime fechado são consideradas 04 (quatro) vagas para cada cela, já no regime semiaberto 08 (oito) vagas por cela, considerados estes números como limites máximos.

Dessa forma, o número total de vagas dia equivale ao número de vagas disponíveis num período multiplicado pelo número de dias em que tais vagas estiverem disponíveis.

A segunda estrutura, qual seja, de mensuração de desempenho é feita bimestralmente e deve resultar num **índice de desempenho** cujo produto final é um número positivo entre 0 (zero) a 1 (um), calculados níveis **interdependentes**: a) sub-indicadores, b) indicadores, c) sub-notas, d) notas, e) índice. Assim, Índice = cálculo das notas = cálculo das sub-notas = cálculo dos indicadores = cálculo dos sub-indicadores.

Esta então é a estrutura de cálculo do índice de desempenho, sobre a qual serão aplicadas 03 (três) **notas** relacionadas a critérios de ressocialização e prestação de serviços assistenciais; segurança e condições básicas e monitoramento. A partir destas notas são estipulados também critérios para aferição de **sub-notas** cujos cálculos são formados a partir de indicadores, os quais são formados por sub-indicadores, calculados com base em fatos.

Assim temos como exemplo: o índice de desempenho será o resultado de: **nota** para ressocialização que baseia-se na **sub-nota** formada pelos **indicadores** de assistência jurídica prestada aos sentenciados, que baseia-se nos **sub-indicadores** formados pelo número de advogados em exercício, tempo total de assistência e número de atendimentos, conforme disposto em tabelas previamente elaboradas.

De tudo isto resulta um **código de identificação** formado por 05 (cinco) campos distintos e representativos de cada nível (nota, sub-nota, indicadores e sub-indicadores), assim formulado: 1.X.X.X.X¹².

A estrutura do Sistema de mensuração da qualidade de disponibilidade - SMQD, é realizado bimestralmente e tem em vista avaliar a qualidade dos ambientes que formam a unidade penal e do complexo penal, aferido por uma pontuação variável de 0 (zero) a 1 (um) para cada unidade penal do complexo, denominado Índice Composto de Qualidade da Disponibilidade - ICQD. Tal índice resulta da aferição da qualidade física dos ambientes somado à atribuição de um conceito estabelecido em: ruim, regular, bom ou ideal, cuja

¹² Conforme previsto na página 10 do Anexo X, integrante ao contrato do complexo prisional Ribeirão das Neves.

referência numérica varia de 0 (zero) a 1 (um).

O ICQD é apurado conforme a apuração de indicadores, sub-indicadores e parâmetro de qualidade da disponibilidade, a partir da aplicação de uma metodologia de atribuição de conceitos, os quais são convertidos em valores numéricos.

Cada **cela** corresponde a um indicador, apurado conforme média aritmética dos sub-indicadores. Os sub-indicadores referem-se a aspectos de cada **recinto, ambiente ou estruturas da unidade penal**, cujo cálculo será realizado através de avaliação direta por vistoria, ou, se houver, a partir da média aritmética do parâmetro da qualidade da disponibilidade. Este representa subdivisões dos sub-indicadores, que se apresentam numa verificação mais detalhada.

Exemplo para o indicador: **celas**, será avaliado um sub-indicador: **portas**, associado a pesos (80 e 100), e a partir de tais sub-indicadores, apura-se o parâmetro de qualidade da disponibilidade a partir da análise de: **ausência de ferrugem, integridade, demais condições de funcionamento**, também associados a pesos (1 e 3), tudo isto disposto em tabelas padronizadas.

Ressalte-se que o cálculo do ICQD também considera índice de qualidade da unidade penal e coeficiente de qualidade do complexo penal, compreendendo, portanto, avaliação do complexo de forma integral.

A estrutura do Parâmetro anual de desempenho - PAD serve para complementar a mensuração qualitativa de desempenho da concessionária a nível de cada unidade penal e também do complexo como um todo. É apurado anualmente e representado por um número variável de 0 (zero) a 1 (um), apurado conforme um parâmetro de conceitos aos quais são atribuídas 8 (oito) notas preestabelecidas no anexo X e 02 (duas) discriminadas de forma bienal pela SEDS. Estas últimas duas notas servem como ampliação do critérios tendo em vista flexibilizar a política penitenciária no médio prazo, bem como premiar a concessionária por boas práticas.

As notas referidas levam em consideração os seguintes critérios: segurança e monitoramento interno; assistência social, educacional, material, à saúde e ao trabalho; atividades desportivo-recreativas e artístico-culturais e manutenção da infraestrutura, os quais são dotados de pesos variáveis entre 5 (cinco) a 25 (vinte e cinco).

A partir de tais critérios, excetuado o critério de assistência ao trabalho que possui cálculo distinto, são atribuídas notas baseadas nos seguintes conceitos: não atende, atende, atende satisfatoriamente, atende com excelência, cujas notas variam de 0 (zero) a 1 (um).

A atribuição dos conceitos será realizada a partir da comparação entre o plano de operação e o relatório formulado pela concessionária, considerando-se os resultados que foram alcançados. Uma vez atribuídos, faz-se uma média aritmética ponderada das notas relacionadas com os pesos de cada nota, chegando-se à nota equivalente ao parâmetro anual de desempenho, resultando, pois, num sistema extremamente complexo e encriptado, para se apurar a eficiência do valor a ser pago.

Já a estrutura do Parâmetro de excelência-E refere-se a uma parcela mensal paga à concessionária, na hipótese do alcance de níveis mínimos de desempenho nos critérios de educação e trabalho, ou seja, que a atuação da concessionária significou um aumento da qualidade de capacitação do sentenciado, a fim de que possa ser ressocializado, e com isto diminuir a criminalidade.

Conhecidas, portanto, as parcelas que integram a remuneração da concessionária, bem como a sistemática de apuração do seu desempenho, indaga-se porque a concessionária além da contraprestação pecuniária que faz jus, ou seja, o que recebe para executar seu serviço, ainda é remunerada por parcela anual de desempenho e parâmetro de excelência? Primeiro, porque já é prevista na sistemática de cálculo da contraprestação pecuniária a utilização de coeficiente de desempenho, bem como porque, como já narrado, somente 20% da contraprestação pecuniária submete-se ao sistema de avaliação, ou seja, a concessionária já trabalha com a garantia de recebimento de 80% de sua remuneração, quase sua totalidade, independente de avaliação.

Conforme o próprio discurso preconceituoso de ineficiência estatal na gestão do sistema penitenciário, conclui-se que a sua transferência à iniciativa privada já possui como pressuposto a pronta eficiência e para tanto resta dispensável haver ofertas de prêmios ou vantagens pela execução de seu bom desempenho, sem prejuízo de sua fiscalização. As suas existências, portanto, fazem supor pela criação de artifícios formais que possuem como fim tão somente aumentar os ganhos da concessionária.

A partir do estatuto social da sociedade de propósito específico constituída para desempenhar o contrato de PPP, verifica-se que esta é representada por um sistema de consócio de empresas, quais sejam:

- a) CCI Construções que no estatuto consta ser Ltda., contudo no seu sítio eletrônico é divulgado o tipo societário como de sociedade anônima - CCI Concessões e Construções de Infraestrutura S/A sendo uma empresa especializada em conceber, financiar, construir, operar e manter projetos de infra estrutura voltado para a

prestação de serviços públicos que possui acionistas nacionais e estrangeiros. Atua no setor de infraestrutura, em concessões de rodovias e permissões de estacionamentos, desde a década de 90, setor de agronegócios na produção de etanol hidratado, gestão prisional, tecnologia de sistema eletrônico de pagamento de pedágios, saneamento e construção de estação de tratamento de água. São destacados como seus principais clientes o poder público, dentre os quais os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, Municípios de São Paulo, Guarulhos e São José dos Campos, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, a empresa de saneamento básico do Estado de São Paulo - Sabesp, o Departamento de Estradas e Rodagem - DER, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e Agência de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP.

- b) Construtora Augusto Velloso S.A que é empresa de engenharia atante nos setores de edificações, saneamento básico, empreendimentos imobiliários e infraestrutura, tendo como principais clientes: CAESB - Companhia de Saneamento ambiental do Distrito Federal, CEDAE - Companhia Estadual de águas e esgotos, Petrobrás, Município de São Paulo, de São Caetano do Sul, Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, Tribunal de Justiça de São Paulo, Universidade Federal Fluminense, Universidade de São Paulo, Marinha do Brasil, entre outros.
- c) Empresa Tejofran de Saneamentos e serviços Ltda., especializada na atividade de serviços de limpeza e conservação.
- d) N.F Motta Construções e Comércio LTDA, empresa especializada em fornecer serviços em obras de pavimentação e saneamento básico, com destaque para galerias de águas pluviais, redes de água e esgoto e pavimentação asfáltica.
- e) INAP - Instituto Nacional de Administração Prisional LTDA, que é empresa com atuação na área de gestão prisional em sistema de cogestão de unidades prisionais e também através do sistema de PPP.

Verifica-se que as sociedades empresárias possuem histórico na prestação de serviços públicos, tendo algumas delas inclusive relacionado entes federados e pessoas jurídicas de direito público, como seus principais clientes. A empresa CCI, por exemplo, possui acionistas tanto nacionais e não nacionais, cabendo ressaltar que em nações estrangeiras estas sociedades especializadas na gestão prisional possuem destaque no mercado, como alerta Minhoto

As duas maiores companhias envolvidas no atual negócio das prisões administram estabelecimentos penitenciários nos EUA, Canadá, Inglaterra, França, Alemanha, Austrália e Porto Rico. A Corrections Corporation of America (CCA) e a Wackenhut Corrections Corporations **detêm 3/4 do mercado global das prisões**. O market share das duas companhias corresponde a 49,32% e 25,81%, respectivamente. Segundo suas previsões, num futuro próximo ambas deveriam expandir os negócios rumo à América Latina e ao Leste Europeu. (MINHOTO, 2002, p. 135, grifo nosso)

Conforme cláusula 7, no decorrer da análise do instrumento contratual, verifica-se que é prevista a possibilidade de transferência da concessão, desde que atenda aos requisitos contratuais e anuência do setor público.

Na cláusula 24 em que previsto compartilhamento de ganhos econômicos, isto ocorrerá entre poder concedente e parceiro privado quando houver ganho decorrente de redução de risco de créditos e financiamentos. Por outro lado, na hipótese de ganhos em decorrência de **redução de custos** relacionados com a "eficiência" da concessionária, este reverterá exclusivamente ao parceiro privado, sem que seja prevista qualquer tipo de alteração (a menor) no valor da contraprestação pecuniária.

É interessante notar como o critério de redução de custos pode ser adotado sob prismas diversos, pois quando a iniciativa privada reduz custo quando no desempenho de sua atividade empresarial atuando no mercado, trata-se de medida adotada para se preservar a margem de ganho ou aumentar a sua lucratividade, por exemplo, reduzindo ou extinguindo a mão de obra, no segundo caso quando se investe em tecnologia e automação de serviços, ampliando a oferta de produtos produzidos ou adquiridos com custo menor, diminuindo a qualidade ou quantidade do produto ou serviço oferecido no mercado. Por outro lado, quando esta mesma iniciativa privada, no desempenho de serviço público alcança redução de custos, ou se investe no interesse de alcançá-lo, o discurso aplicado é que se buscou eficiência e não aumento dos lucros que é inerente ao seu objetivo social. Urge, portanto, refletir em que medida o parceiro privado quando no exercício da atividade estatal está a praticar verdadeira eficiência ou aumento dos lucros, uma vez que no desempenho do serviço público é o próprio interesse público e não privado que deve ser alcançado.

Havendo necessidade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro, a concessionária possui a vantagem de recorrer ao sistema de arbitragem como procedimento adequado à solução de conflitos, se houver discordância ou resistência para que se proceda a recomposição pleiteada, nos termos da cláusula 26, possuindo, portanto, prerrogativa processual distinta dos demais contratantes com o poder público, que devem se submeter às vias tradicionais do Poder Judiciário.

No tocante às modalidades de garantia contratual, a serem prestadas pelo parceiro privado, previstas na cláusula 27, estas se apresentam na forma de: caução em dinheiro, caução em título da dívida pública, seguro-garantia cuja apólice deverá ser validada durante todo o período de contratação e acompanhada da opção de resseguro, ou fiança bancária, conforme prevê o artigo 58 da Lei nº 8.666/93.

Já ao poder concedente, as modalidades são variadas e se apresentam na forma de penhor sobre bens de sua propriedade, quais sejam: direitos creditórios sobre contratos de abertura de créditos junto ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG; algumas modalidades de debêntures, títulos da dívida pública federal, direitos creditórios decorrentes de financiamentos concedidos por fundos estaduais e bens graváveis com ônus real. Tais garantias, podem entretanto, ser substituídas, caso haja concordância da concessionária, para as seguintes modalidades: fiança bancária, carta de fiança oferecida por organismo multilateral de crédito, garantias reais ou pessoais e gravamos sobre direitos creditórios oriundos de financiamentos concedidas por fundos estaduais.

E por fim, foi constatada a existência de sete termos aditivos, dos quais já se fez a devida referência, sendo que o terceiro não foi disponibilizado, comprometendo a realização de sua análise.

Após a realização da análise documental atinente à contratação, via PPP, do complexo penal de Ribeirão das Neves, conclui-se que encerra uma sistemática complexa, volumosa e extremamente técnica, acabando por encriptar a completa compreensão do que efetivamente contratado e realmente pago ao parceiro privado.

Ademais, tal como no caso da Rodovia MG 050, a contratação com o setor privado agrega obrigações de ordem financeiras ao poder público que, se o serviço fosse prestado diretamente pelo Estado, simplesmente não existiriam, ficando latente o menosprezo com o gasto do erário, pois não se pleiteia com este tipo de contratação eficiência na gestão financeira dos recursos públicos, mas garantia de lucro ao concessionário. Ao Estado cabe, portanto, além de pagar ao parceiro privado a sua contraprestação pecuniária mensal, já que se trata de concessão administrativa, ainda deve arcar com parcelas anuais de desempenho, parcelas bimestrais de padrão de excelência na gestão privada e ainda na contratação do verificador independente cujo valor contratual soma R\$ 8.344.941,45 (oito milhões, trezentos e quarenta e quatro mil, novecentos e quarenta e um reais e quarenta e cinco centavo). Além disso, deve o Estado realizar as obras de infraestrutura do entorno do complexo e continuar a manter os presos de alta periculosidade. Assim como o discurso para aprovação do projeto de Lei nº 513/2011, em trâmite no Senado Federal para privatização dos presídios, narra que

problema do sistema carcerário é a má gestão pública dos recursos financeiros, a contratação via PPP também não seria?

Diante de todo o exposto, cabe indagar qual a real vantagem para o Estado e para a sociedade na contratação via PPP? Tudo isto nos leva a uma única resposta, qual seja, de que a opção pela "privatização" dos presídios retrata nitidamente o caso de aplicação da teoria da lei e ordem reforçada pela mídia e instituições de ensino que reforçam as PPPs as quais trazem mais lucros para o poder econômico privado, quando fazem da construção e gestão de presídios uma atividade lucrativa, considerando que já somos considerados como o país com a quarta maior população carcerária do mundo¹³. E assim, como a referida teoria, o sistema de contratação via PPP não ataca as causas da violência, pelo contrário, apenas cria um verniz de segurança e uma crosta de dinheiro público para o setor privado através da solução implementada para a violência social resultando num ciclo vicioso de investimento em: mais balas, mais policiais e mais presídios.

¹³ Segundo dados oficiais expedidos pelo Ministério da Justiça, conforme levantamento de informações penitenciárias - INFOPEN - junho de 2014. Segundo análise dos vinte países com maior população carcerária no mundo, o Brasil registra um número de 607.731 perdendo apenas para Estados Unidos que lidera o ranking com 2.228.424, China com 1.657.812 e Rússia com 673.818.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada, passando pela análise das configurações estatais, Estado Liberal, Regulamentador, Regulador e depois Garantidor, conclui-se que as diversas formas estatais transformam-se no tempo e espaço de uma dada comunidade de forma impositiva, sendo determinante para suas definições as formas pelas quais o Estado dispõe ou cria para adotar as suas políticas públicas. Na seara econômica, identificou-se que o Estado sempre interviu no modo de produção capitalista, variando apenas a intensidade e modo de intervenção.

O Estado Garantidor vem sendo construído através dos instrumentos legais previstos no Direito, em especial com a Parceria Público-Privada, que dá suporte ao modelo contratual que consolida a política econômica de 'afastamento' do Estado da atividade econômica passando para o setor privado, via PPP. Modelo criado para estimular e garantir seus altos lucros, conclusão que se chega a partir dos estudos de caso analisados, em face das cláusulas especialmente protetivas preocupadas com não somente com a saúde financeira das empresas. O Estado, ou melhor, a sociedade, por intermédio do dinheiro público, passa a financiar diversos serviços agregados ao contrato de principal de parceria, assumindo diversas despesas, como demonstram os contratos das parcerias analisadas. Assim, a reflexão que fica é a seguinte: se o Estado pode financiar estas variedades de despesas decorrentes da contratação de parceria, não seria menos oneroso aos cofres públicos o Estado prestar diretamente os serviços concedidos?

A partir, portanto, desse contexto, de Estado Garantidor, e das mutações a que está sujeita esta instituição é que se propõe a ideia do pensar desconstrutivo para se poder questionar o capitalismo em suas mais variadas configurações, rever seus conceitos, questioná-lo para então tentar alcançar uma política econômica que admita outras formas de produção ou outras formas de condução deste modo produtivo, tudo em busca da justiça social, finalidade a ser atendida pela ordem econômica prevista no artigo 170 caput da CR/88.

A representatividade legítima e consciente talvez seja a ferramenta que será capaz de fazer a leitura que se deseja do texto constitucional de forma a efetivar os direitos nele estabelecidos, do contrário se tornará vazia a ideia de que o Estado, entendido como instituição, possa mesmo fazer as intervenções que são necessárias a fim de equilibrar as relações entre particulares e entre estes e o Estado.

A implantação do instituto da PPP quase não é criticado, pelo contrário, na maioria das vezes é elogiado e concebido como medida salvadora para promoção da eficiência estatal, tal

como no passado foi difundido o discurso de implantação do Estado Regulador, na figura das agências de regulação, que tanto um como o outro acabam por fragilizar o Estado no exercício de suas funções constitucionais e só garantem os lucros privados, desviando-se o instituto da PPP do objetivo maior que é a concretização dos ditames do texto constitucional

Assim, a cada vez que nos depararmos com a adoção do instituto da PPP, o que tem sido uma realidade no contexto brasileiro e mundial, veiculada pela mídia como a solução gerencial do Estado, o raciocínio que devemos fazer é o que está por trás de tal política quando podemos concluir que estará ocorrendo um afastamento cada vez maior do Estado na prática de suas funções, quer estratégicas ou não, quer relacionadas ao serviço público ou somente afetadas pelo interesse público, deixando espaço e abrindo oportunidades para o setor privado atuar, renunciando-se assim, uma nova configuração estatal - o Estado Garantidor!

E se as nações não assumirem ou resgatarem o Estado, enquanto instituição jurídica, como o único ente capaz de organizar a vida em sociedade e realizar a justiça distributiva, a tendência pode nos fazer avançar para um outro e novo modelo de configuração estatal: o anarcocapitalismo.

Pelo menos por ora, conclui-se que a PPP, vista como instrumento de política econômica, encontra-se no âmbito de aplicação do Brasil, no limite entre a configuração estatal do Estado Regulador e do Estado Garantidor, cujo processo de implantação inicia-se principalmente na região sudeste, seguido pelo governo federal e demais Estados membros, cabendo ao processo dinâmico da história a definição da configuração estatal que se estabelecerá no futuro.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alexandre et al. A crise, a troika e as alternativas urgentes: o que conduziu a economia portuguesa à crise. 2. ed. Tinta da China. Lisboa. 2013

AVELÃS NUNES, Antônio José. A 'Europa' à deriva no mundo do crime sistêmico. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 57, 2013. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/34557>>. Acesso em 02 set. 2015.

AVELÃS NUNES, Antônio José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Sequência**. Florianópolis, nº 54, p. 9-18, jul. 2007. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15064>>. Acesso em 13 jul.2015

AVELÃS NUNES, Antônio José. O neoliberalismo, o ataque ao estado Social, os perigos do “fascismo de mercado”. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 3, n. 32, 2013. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/588>>. Acesso em: 02 set. 2015

AVELÃS NUNES, Antônio José. **A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do estado capitalista. **Revista Pensar**. v. 16. p. 409-476, jul./dez. 2011. Fortaleza.

BATISTA JÚNIOR. Paulo Nogueira. **A economia como ela é...** 3. ed.. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

BARATA, André; CARMO, Renato Miguel do. **Estado Social de todos para todos**. O Estado social não é gordura, é músculo. Lisboa. Tinta da China.. 2015.

BASTISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. **O círculo de giz da globalização** in A economia como ela é. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

BERCOVICCI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. **Revista Consultor Jurídico**. [S.l]. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BIBLIOTECA NACIONAL (Portugal). **Manifesto dos economistas aterrados: crise e dívida na Europa: 10 falsas evidências, 22 medidas para sair do impasse**. Tradução de Nuno Serra. Lisboa. Editora Actual. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2ª tiragem, 2004.

BOITO JÚNIOR, Armando; BERRINGER, Tatiana. Brasil: classes sociais, neodesenvolvimentismo e política externa nos governos Lula e Dilma. **Revista de Sociologia e Política**. vol.21 n.47. Curitiba. 2013. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000300004 >
Acesso em: 26 out.2015

BOITO JÚNIOR, Armando. As bases políticas do neodesenvolvimentismo. **Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**. Trabalho apresentado na edição do Fórum Econômico da FGV. São Paulo. 2012. Disponível em: <
<http://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/file/Painel%203%20-%20Novo%20Desenv%20BR%20-%20Boito%20-%20Bases%20Pol%20Neodesenv%20-%20PAPER.pdf> > . Acesso em: 26 out. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. Disponível em: <
http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf. > Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Relação de projetos de PPP. Brasília. Ministério do planejamento. 2015. Disponível em: <<http://antigo.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=114&ler=t10800>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Relação dos projetos de PPP a nível estadual. Brasília. Ministério do planejamento 2015. Disponível em:<
<http://antigo.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=114&ler=t10801>>. Acesso em: 31 ago 2015.

BRASIL. Lei n.12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12736.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set.1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Guia prático para estruturação de programas e projetos de ppp. Bahia. Secretaria da Fazenda. 2015. Disponível em:<
<http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Guia%20Pr%C3%A1tico%20para%20Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20Programas%20e%20Projetos%20de%20PPP.pdf>.> Acesso em 31 ago. 2015).

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 - Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Recomendação 20/2015 - funções de ordem jurisdicional e relacionadas à segurança pública e de execução penal são atribuições do estado. Brasília. Ministério da Justiça. 2015. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/conasp/atos-do-conselho/anexos_recomendacoes/recomendacao-20-2015-funcoes-de-ordem-jurisdicional-e-relacionadas-a-seguranca-publica-e-de-execucao-penal-sao-atribuicoes-do-estado.pdf/view > . Acesso em 03 nov. 2015.

BRASIL, Atividade Legislativa. Projeto de lei 513/2011. Brasília. Senado Federal. 2015. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752> > . Acesso em 11 set.. 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 maio 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm > . Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jun. 2010. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm > . Acesso em: 30 set. 2015.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs: encontro com as referências mundiais sobre o tema a situação do Mercado Brasileiro de PPPs. Brasília. CBIC. 2015. Disponível em:< <http://infraestruturaeppps.com.br/Portugues-CBIC-Radar-PPP.pdf> > Acesso em: 28 ago. 2015

CASTRO. Antônio Carlos Lúcio Macedo de. **Direito Econômico & a legitimidade das decisões judiciais**. Ed. Juruá: Curitiba. 2015.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo constitucional. **Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, 2013.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 103-118, jul./dez. 2008. p. 104. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/79/75> > . Acesso em: 20 ago. 2015

CLARK, Giovani. O pioneirismo da faculdade de direito da UFMG: a introdução do Direito Econômico no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Série “Estudos Sociais e Políticos” 155 Edição Comemorativa dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG (1892 - 2012), Belo Horizonte, n. 40. 2012. Disponível em: < <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/177> > . Acesso em 13 jul. 2015.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. Estado regulador: uma (re) definição do modelo brasileiro de políticas públicas econômicas.

Encontro preparatório para o congresso nacional do conpedi. 2008. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/giovani_clark-1.pdf >. Acesso em: 02 set. 2015.

CONCESSÕES E CONSTRUÇÃO DE INFRA ESTRUTURA S/A. **Parcerias público-privadas.** [S. l.]: CCI, 2015. Disponível em: <<http://www.cci.com.br/>. > Acesso em: 28 set. 2015

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão - 1789. São Paulo: Comissão de Direitos Humanos da USP, 2015. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >. Acesso em: 20 ago. 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira/relatorio-depen-versao-web.pdf> >. Acesso em: 04 nov. 2015

DERRIDA, Jacques. **Posições.** Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2001.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **Segurança, território, população:** curso dado no Collège de France (1977-1978)/Michel Foucault; edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção tópicos)

KLEIN, Aline Lícia. A utilização de parcerias público-privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.) **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 691.

MARX, Karl. 1818-1883. **Salário, preço e lucro/** Karl Marx; [tradução Eduardo Saló] (Introdução : Elementos para a teoria da mais-valia: Edmilston Costa). Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2004. (Série Clássicos Edipro).

MARX, Karl: Economia/organizador [da coletânea] Paul Singer; tradução Edgard Malagodi...et al- São Paulo: Ática, 1982. Coleção. Grandes Cientistas Sociais. Coordenador Florestan Fernandes.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29 ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MIGUEL, Luis Felipe. Utopias do pós-socialismo: esboços e projetos de reorganização radical da sociedade. **Revista brasileira de ciências sociais.** São Paulo, v. 21, n. 61, p. 91-114, jun. 2006. Disponível em:< <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7455>>. Acesso em 04 nov. 2015.

MINAS GERAIS. Governo de Minas Gerais. Belo Horizonte. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<http://www.mg.gov.br/governomg/portal/c/governomg/50990-minas-gerais-ja-tem-presos-usando-tornozeleiras-eletronicas/0/5315?termo=custo+por+preso&termos=s>>. Acesso em 30 set. 2015.

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Contratos e Aditivos. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Rodovia_MG-050/Contrato_Aditivos/CONTRATO%20007-2008%20MG%20050.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2015.

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Edital e anexos. Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/edital-e-anexos-mg50/page/77?view=page>>. Acesso em: 12 jul. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Rodovia MG 050. 2015. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-rodovia-mg-50>>. Acesso em: 12 jul. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Apresentação. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/Mg050/Prospecto_PPP_MG_050.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Fatos e dados do projeto. Disponível em: < Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/Mg050/Prospecto_PPP_MG_050.pdf> Acesso em: 10 ago. 2015)

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Verificador Independente. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Rodovia_MG-050/Verificador_Independente/Contrato_SETOP_VI.PDF>. Acesso em: 12 jul. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Complexo penal. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal>>. Acesso em: 12 jul. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Outros projetos de PPP. 2015. Disponível em:<<http://ppp.mg.gov.br/sobre/outros-projetos-de-ppp/arena-independencia>> . Acesso em 30/07/2015

MINAS GERAIS. Lei n.14.869, de 16 de dezembro de 2003. Cria o Fundo de Parcerias Público- Privadas do Estado de Minas Gerais. **Diário do Executivo**, Minas Gerais, 17 dez. 2003. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14869&comp=&ano=2003&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 01 out. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada do estado de Minas Gerais. Anexo

10, p. 1-2. 2015. Disponível em:< <http://www.ppp.mg.gov.br/edital-e-anexos-penal/page/101?view=page>>. Acesso em: 29 set. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada. Anuário da MG 050. Minas Gerais. Transportes. 2013. Disponível em:< http://www.transportes.mg.gov.br/downloads/Anuario_MG_050_13_compress.pdf> Acesso em: 29 set. 2015

MINAS GERAIS. Programa de parceria público-privada. Relatório executivo, PPP - complexo MG 050, Agosto 2011. Disponível em:< http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Rodovia_MG-050/Exec_Contrato/2011/Relatorio%20Executivo%20AGOSTO_a.pdf>. Acesso em 22 set. 2015

MINAS GERAIS. APAC - Programa novos rumos - metodologia APAC. Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2015. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/novos-rumos/apac/> >. Acesso em: 29 set. 2015

MINAS GERAIS. Lei n. 18.038, de 12 de janeiro de 2009. Define diretrizes para a formalização de parcerias entre o estado e a iniciativa privada e modifica as leis n°s 6.763, de 26 de dezembro de 1975, que consolida a legislação tributária do estado de minas gerais, 15.981, de 16 de janeiro de 2006, que cria o Fundo de incentivo ao desenvolvimento - FINDES -, e 16.306, de 7 de agosto de 2006, que cria o fundo de universalização do acesso a serviços de telecomunicações em Minas Gerais - FUNDOMIC, para execução do programa minas comunica. **Diário do Executivo**, Minas Gerais 13 jan. 2009. Disponível em: < http://ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/outros/Parcerias_Tributario/Lei%20Estadual%2018038-09.pdf >. Acesso em: 30 jul. 2015.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. **Revista Lua Nova**, São Paulo. n. 55-56. 2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf> >. Acesso em: 29 set. 2015.

NASCIMENTO, Floriano de Lima; CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). Novo dicionário de direito econômico. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2010.

NASCENTESDASGERAIS. Tarifa de pedágio 2014-2015. [S.l]: abnascentesdasgerais. 2015. Disponível em:<<http://www.abnascentesdasgerais.com.br/pdf/Anuncio%20tarifa%202015.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015

N. F. MOTTA CONSTRUÇÕES E. [S.l]. NFMOTTA. 2015.. Disponível em: <<http://www.nfmotta.com.br/?t=grupo>>. Acesso em: 28 set. 2015.

O QUE..., O que é o método APAC. Itaúna. APAC Itaúna. 2015. Disponível em:< <http://www.apacitauna.com.br/index.php/institucional>>. Acesso em: 29 set. 2015.

PONTUAL. Helena Daltro. PPPs. Brasília. Senado. 2015. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/ppps>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), Brasil: **Um Século de Transformações**. S.Paulo: Cia. das Letras, 2001. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf> >. Acesso em: 23 jul. 2015.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. 5 modelos de capitalismo. **Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**. Textos para discussão 280. São Paulo. 2011. Disponível em: < http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.32.Modelos_de_capitalismo-TD-280.pdf > . Acesso em: 04 nov. 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira sobre a perspectiva internacional**. São Paulo. Ed. 34; Brasília: ENAP. 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Brasília. 1995. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> >. Acesso em: 18 nov. 2015

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas setor público**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PORTAL BRASIL. Cidadania e Justiça. Inaugurada em Minas Gerais a primeira penitenciária privada do país. Brasília. Brasil. 2013. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/01/inaugurada-em-minas-gerais-primeira-penitenciaria-privada-do-pais>>. Acesso em: 30 set. 2015.

POSNER, R. Taxation by regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Spring, v. 2, n. 01,1971. Disponível em: < <https://www.jstor.org/journal/belljeconmanasci>>. Acesso em: 04 nov.2015.

PWC. Infraestrutura no Brasil. [S.l]. pwc. 2013. Disponível em: < https://www.pwc.com.br/pt_BR/br/publicacoes/setores-atividade/assets/infraestrutura-grandes-projetos/infraestrutura-brazil-13.pdf> Acesso em: 28 ago. 2015.

POZZO, Augusto Neves Dal; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.) **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RESTREPO, Ricardo Sanín; HINCAPIÉ, Gabriel Méndez. La constitución encriptada nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, Año 4, n. 8, Jul./Dec. 2012.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. v.2

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TRADE. Instituto nacional de administração prisional Ltda. [S.l]. tradenosis. 2015. Disponível em; <<http://trade.nosis.com/pt/INSTITUTO-NACIONAL-DE-ADMINISTRACAO-PRISIONAL-LTDA/Sites/4896828/315/p/s>>. Acesso em: 28 set. 2015.

VELLOSO, Augusto. **Principais clientes**. [S.l], Augusto Velloso, 2015. Disponível em: <<http://www.augustovelloso.com.br/apresentacao.asp>> Acesso em 28 set. 2015

TEJOFRAN, Grupo. **A empresa**. [S.l]. Tejofran, 2015. Disponível em: <<http://www.tejofran.com.br/tejofran.aspx>>. Acesso em: 28 set. 2015

WARLICH, Beatriz. “A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas. Uma apreciação geral”. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro v. 18, n 1, 1984. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/10623/9612>> . Acesso em: 04 nov. 2015.