

MUDANÇA NAS FUNÇÕES DO ESTADO E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO MEIO AMBIENTE

THE CHANGE IN THE FUNCTIONS OF THE STATE AND PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN ENVIRONMENT

PATRICK ROBERTO GASPARETTO*

RESUMO

O presente estudo destina-se, primeiramente, a uma análise da evolução do Estado a partir do Estado Liberal até os dias atuais. Busca-se, através do método qualitativo, demonstrar como mudam as finalidades do Estado, sobretudo no que se refere ao atendimento das necessidades da população. Após constatar esta drástica alteração de prioridades, bem como as consequências em relação à aceitabilidade pelo Direito Administrativo, apresenta-se o instituto das parcerias público-privadas, relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, que decorre justamente destas alterações pelas quais passa a Administração Pública. Na sequência, aponta-se como tem evoluído a consciência ambiental, bem como a participação das entidades privadas na gestão ambiental. Por fim, como resultado, aponta-se a importância da aproximação entre os setores público e privado, através da utilização parceria público-privada, instrumento com relevante potencial nas atividades públicas de cunho ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução do Estado. Meio Ambiente. Parceria Público-Privada.

ABSTRACT

This study is, first, an analysis of the evolution of the State from the Liberal State until the present day. Seeks, by qualitative method, to demonstrate how changing the purposes of the State, particularly with regard to meeting the needs of the population. After the find of this drastic change of priorities, as well as the consequences in acceptability by administrative law, presents the institute of public-private partnerships, a relatively recent in the legal system, which is precisely these homeland changes through which passes the public administration. In the sequence, pointing as it has evolved environmental awareness, as well as the participation of private entities in environmental management. Finally, as result, points up the importance of the approach between the public and private sectors, using public-private partnership, with important potential tool in public activities of an environmental nature.

KEYWORDS: State's development. Environment. Public-private partnership.

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: pgasparetto@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Administração não mais se limita a dizer o direito aplicável no caso concreto ao particular. Destina-se, agora, à persecução e satisfação material de interesses públicos. Enquanto no Estado Liberal “todo o poder administrativo é construído à volta desta idéia de polícia administrativa, destinada a assegurar a ordem pública e a paz estadual”,¹ a Administração positiva passa a ser instrumento de satisfação dos direitos dos particulares. O instrumento principal de atuação que era o ato administrativo perde – ao menos em parte – seu protagonismo: ao invés de imposições, a Administração vale-se de consenso, até mesmo como meio de se chegar ao resultado mais adequado. A decisão final da Administração é apenas conseqüência do que foi previamente deliberado de forma consensual, sendo externada – aí sim – através do ato administrativo.

Não há como se negar a existência de mutações sociais que trazem consigo alterações nas instituições jurídicas. Logo, a interpretação dá-se em um determinado espaço de tempo, não se pretendo seja eterna e estável. Daí a pertinente afirmação de Eros GRAU:

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.²

E, por evidente, a mudança de perspectivas da realidade em que o direito é aplicado traz consigo a mudança de preceitos

1 HAURIUO, Maurice. *Précis élémentaire de Droit Administratif*. 5. ed. Sirei: Paris, 1943, p. 7.

2 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 49.

pelos quais deve guiar-se o intérprete, adequando suas decisões às alterações fáticas a que está sujeito.

É neste contexto que pretendemos desenvolver este breve estudo: apontar a evolução do Estado e suas respectivas funções – especialmente no que se refere à proteção do meio ambiente –, até chegarmos às parcerias público-privadas, instituídas pela Lei 11.079/2004, que pode ser relevante instrumento de atendimento de necessidades públicas.

Antes, contudo, façamos duas advertências: em um, não pretendemos adentrar a fundo em qualquer atividade específica relativa à tutela ambiental, sendo este estudo voltado à análise de aspectos gerais; em dois, quando mencionamos que é um “discurso” de ineficiência do Estado que implica privatizações – em seu sentido mais amplo – não significa que concordemos com ele: não somos adeptos da teoria de que público é sinônimo de ineficiência.

1 DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO PÓS-SOCIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, o Estado Moderno caracteriza-se como um Estado de Polícia, cuja forma de governo era a monarquia e o exercício do poder se dava mediante arbítrio, sem subordinação à lei nem passível de questionamento.

Quando a classe burguesa passa a deter o poderio econômico a administração do Estado começa a sofrer alterações, culminando com a Revolução Francesa que dá origem ao Estado Liberal. É o Liberalismo que permite seja limitada a atuação do Estado, concedendo direitos ao homem e correlatos deveres ao Estado. Eventual atuação deste se submete à lei, com o fito de evitar que se atinjam direitos dos cidadãos. Trata-se de clara limitação à ação administrativa, deveras negativa: dever de não interferir na esfera de individualidade do cidadão.

Estrutura-se o Estado de Direito sobre os prismas da separação de poderes e da sobreposição da lei, com o intuito de

proteção dos direitos individuais. Para tanto, necessário que os responsáveis por conduzir os interesses do Estado se submetam à vontade geral, representada pelo Parlamento, o que justifica essa posição de superioridade da lei. Estamos aqui diante do dever de manutenção da liberdade do cidadão como limite da atuação da Administração. Há uma imposição de abstenção do Estado, a quem se impõe o respeito ao individualismo do cidadão, caracterizando o Estado mínimo.

Esta mudança do absolutismo ao Estado Liberal, entretanto, não foi drástica e repentina, como bem adverte SANTAMARÍA PASTOR:

[...] é equívoco pensar a Revolução Francesa como um processo de ruptura e destruição da Administração Absolutista, sem construir outra. Certamente, que as estruturas organizatórias do Antigo Regime experimentaram uma mudança extraordinária na sua configuração formal, mas sem descontinuidade nem enfraquecimento.³

A centralização do Direito Administrativo no ato administrativo caracteriza o liberalismo. Afinal, é o ato administrativo que concretiza os atos normativos do Estado e, efetivamente, chega ao cidadão. E, não se pode negar, há um caráter autoritário no ato administrativo – já que se trata de manifestação do Poder do Estado numa determinada situação concreta –, que, como a doutrina costuma frisar, é limitado pelo “milagre” da efetividade do contencioso administrativo.

Todavia, a mera submissão absoluta à lei – numa atividade mecânica de subsunção –, a fim de se tutelar a liberdade e autonomia do cidadão, não teve o êxito necessário para suprir os antagonismos sociais que a ambição individual gerava, a qual se sobrepunha aos interesses da coletividade. Demais disso, constituía-se uma concepção deveras formalista e

3 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. V. I. Centro de Estudios Ramon Areces: Madrid, 1990, p. 137.

reducionista, insuficiente à preservação de valores construídos pela comunidade.

Defronte à marginalização de parte da sociedade, o Estado é chamado a disciplinar as atividades individuais, sujeitando-as aos princípios do bem comum e da justiça social. Incluem-se direitos sociais fundamentais do cidadão, exigindo-se uma prestação positiva do Estado, voltada a propiciar condições dignas mínimas, especialmente no que se refere à saúde e educação.

A intervenção do Estado na economia passa a ser decorrente das necessidades da sociedade: presume-se que a busca pela satisfação pessoal ignorava as necessidades sociais. Logo, atribui-se ao Estado o dever promover o “bem-estar social”.

Ou seja, as atividades prioritárias, bem como as finalidades do Estado, são modificadas. Neste contexto, avoca para si a prestação dos serviços essenciais oferecidos à sociedade, buscando a preservação da dignidade da pessoa humana, extinção da pobreza e a eliminação da desigualdade social. Aduz Marçal JUSTEN FILHO:

Ao longo do século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas.⁴

O Estado que até então se ocupava de não interferir nas liberdades individuais, agora passa a agir no sentido de garantir direitos sociais fundamentais dos cidadãos. Há nítido aumento das atribuições do Estado, que se volta à diminuição das desigualdades sociais e à busca do bem-estar social.

SANTAMARIA PASTOR divide em três fases o Estado Social:

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. Dialética: São Paulo, 2002, p. 17.

- a) A primeira, caracteriza-se pela intervenção do Estado na regulação das relações de trabalho. Aqui, o Estado “assume a tarefa de intervir autoritariamente no domínio das relações de trabalho, enfrentando as desastrosas conseqüências que para a classe operária tinham tido a industrialização, a liberdade contratual e o crescimento urbano”.
- b) A segunda é a intervenção do Estado na economia, em que o Estado não só a regula e a orienta como também – e principalmente – exerce atividades produtivas.
- c) A terceira representa o apogeu do Estado Social, pós 2ª Guerra, em que o Estado Social apresenta-se como um “aparelho prestador”.⁵

As Constituições⁶ passaram a consagrar a prioridade pela efetivação de direitos sociais fundamentais. Não basta mais um Estado formalmente submisso ao Direito enquanto há necessidade de redução de desigualdades sociais.

Além de haver um incremento nas atividades garantidoras da liberdade já desempenhadas pelo Estado, este passa a assumir uma série de novas tarefas, como a prestação de serviços públicos em grande amplitude, a edição de normas disciplinadoras dos espaços urbanos, proteção ao meio ambiente, dentre outras.

Ao cidadão são garantidos direitos subjetivos que vão além da não intervenção do Estado na sua liberdade. Pode exigir não só que a Administração observe as leis – característica do Estado de Direito – como também realize prestações efetivas que lhes propiciem melhorias nas condições de vida.

Esta mudança de perspectiva – da abstenção à ação positiva do Estado – traz consigo direitos de participação do cidadão nas escolhas do Estado, ampliando a idéia de uma reserva de direitos subjetivos intocáveis para uma ação verdadeiramente

5 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, p. 158 e segs.

6 Cite-se as constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Em substituição às constituições liberais, passam a trazer rol de deveres públicos que garantiriam os direitos fundamentais sociais.

concretizadora de direitos essenciais: “Perante a Administração Pública, o particular não é mais um mero objeto do poder administrativo, mas um sujeito titular de direitos e obrigações”⁷.

Deveras, “a assunção pelo Estado de ingentes prestações inerentes à satisfação de umas condições vitais de existência incidiu especialmente na administração pública, fortemente lastrada pelo arrasto histórico de categorias e idéias formuladas e cristalizadas sobre o modelo de Estado de direito liberal.”⁸

O Estado interventor teve êxito relativo. A prestação dos serviços públicos chegou a um grande número de pessoas até então excluídas, tornando-as, de certa forma, dependentes. Contudo, o sistema tornou-se vítima de si mesmo, ao passo que, principalmente, a ampliação da prestação de serviços públicos não foi acompanhada pelos meios de seu financiamento. Isso implicou

[...] um sentimento de insatisfação, desassossego e insegurança, decorrente do paulatino esgotamento do modelo de desenvolvimento e progresso, especialmente visível no afloramento dos seus limites e na dificuldade de que padece para resolver de forma satisfatória os problemas de integração social que ele próprio suscita. É também patente a incapacidade do sistema para encarar com êxito complexas e novas questões (basicamente a ameaça do equilíbrio do meio-ambiente e o domínio das interrogações fundamentais colocadas pelo progresso científico e tecnológico), e é um fato a crise de confiança no Estado, quanto à sua capacidade de direção e controle dos problemas sociais, bem como de resolução satisfatória dos problemas de convivência política.⁹

7 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 81.

8 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. El Derecho Administrativo. In: *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 289-352, p. 292.

9 PAREJO ALFONSO, Luciano. Introducción: El surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo. In: PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel: Barcelona, 1990, p. 18.

E, assim,

A partir dos anos 90 se recepciona no país a mudança de orientação mundial das idéias econômicas, tanto abandonando a regulamentação da economia privada, como transpassando novamente à atividade privada certas atividades assumidas meio século antes pelo Estado. Ao efetuar-se a desestatização, algumas atividades restaram, ademais, desmonopolizadas, liberadas às regras do mercado e à livre concorrência, sem uma destacada regulamentação estatal. Por certo, o Estado mantém o dever de controlar se se produz uma tendência monopolizante ou de abuso de posição dominante no mercado, com a finalidade de manter a competência como regra. E há casos em que a regulamentação existe sem que se aplique a qualificação de serviço público: bancos e entidades financeiras, seguros, etc.¹⁰

Até então intervencionista, o Estado passa a considerar-se incapaz de atender as demandas sociais – ou as políticas públicas fazem crer tal incapacidade –, razão que o levou a repassar diversas atividades, até então estavam sob seu amparo, à iniciativa privada.

O discurso da necessidade de eficiência, acompanhado das críticas à Administração burocrática, trouxe consigo a redução das dimensões do Estado mediante abertura ao capital estrangeiro e privatizações. Paralelamente, permitiu-se que vários setores da economia que estavam estagnados fossem revitalizados pelo capital privado e, principalmente, pela dinâmica não burocrática dos particulares.

As funções prioritárias do Estado passam a ser planejar, regulamentar e fiscalizar as atividades prestadas pelos particulares, especialmente através das atividades das Agências Reguladoras. Busca-se garantir que a iniciativa privada atenda com a devida atenção as necessidades sociais, bem como evitar que a busca pelo lucro relegue a um segundo plano tal prioridade.

10 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3 ed. FDA: Buenos Aires, 1998, t. 2, p. VI-5.

Vê-se atualmente uma tendência de o Estado manter sob sua égide apenas aquelas atividades que somente ele, exclusivamente, pode realizar. O que não é atividade exclusiva do Estado remete-se à iniciativa privada das mais diversas formas.

Essa mudança decorre de novas preocupações, especialmente no que se refere ao crescimento desmesurado do Estado e a necessidade de readequação do seu papel na sociedade. Vê-se uma tendência de menor interferência do Estado na iniciativa privada – tal qual concebido no esquema clássico do Estado Liberal – e, mais que isso, a sobreposição de valores fundamentais dos cidadãos como guia das escolhas da Administração, valorizando-se a participação dos indivíduos na tomada das decisões.

Isso implica releitura das atividades do Estado. São novos os desafios e, por conseqüência, novos os caminhos para satisfazê-los. Mas não há, entretanto, um simples rompimento com a realidade anterior, cujos contributos permanecem, como veremos adiante.

3 OS EFEITOS DESTAS MUDANÇAS EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 A MUDANÇA DE PERSPECTIVAS DO ESTADO

Ao longo do século XX houve sensíveis modificações na estrutura organizacional do Estado, decorrente, sobretudo, da necessidade cada vez maior que o cidadão tinha das prestações da Administração. A ampliação dos fins da Administração implicou também aumento de suas atividades, através da utilização de técnicas até então não reconhecidas pelo Direito Administrativo. Assim, além dos já existentes órgãos administrativos, diversas outras entidades – com distintos regimes jurídicos – foram criadas a fim de viabilizar as atividades assumidas pelo Estado:

A complexidade dos fins assumidos pelas administrações públicas e as demandas de eficácia na sua realização foi sem dúvida a razão fundamental da aparição de umas organizações dotadas de perso-

nalidade jurídica cuja característica essencial é a especialidade de seus fins e a dependência de uma administração pública territorial.¹¹

Ora, se o Estado liberal limita-se a manter a ordem pública através do poder de polícia, no Estado Social a função primordial é outra: a prestação de serviço público. E, como bem afirma BACELLAR FILHO “à medida que o Poder Público se organiza, cria um aparelhamento complexo para cuidar de seus serviços e dar consecução aos seus objetivos”.¹²

O agigantamento do Estado faz com que este abandone algumas das técnicas do Direito Administrativo para buscar no Direito Privado os instrumentos que lhe seriam mais eficazes. Acentua-se um movimento de privatização da Administração Pública. A crise decorrente do aumento do aparelho estatal – característica do Estado Social – trouxe consigo a ideia de ser necessário o recurso a formas privadas de organização e atuação administrativa:

Estamos assistindo, então, a uma outra forma de o Estado atuar. Razões de governo podem levar o Estado a atuar de forma mediata, indireta, fazendo-se substituir no exercício da prestação de serviços relevantes à população por particulares em colaboração, mediante a adoção de instrumentos jurídicos diversos daqueles habitualmente utilizados na prestação de serviços públicos, como a delegação (concessão e permissão) e que configurariam, no seu conjunto, a atividade de fomento.¹³

Como mencionamos, “a organização administrativa do Estado liberal pode ser caracterizada pela concentração e centralização”¹⁴, herdada do Antigo regime. Trata-se de fruto da necessidade da burguesia:

11 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El Derecho Administrativo*, p. 294.

12 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

13 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

14 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 40.

A burguesia necessitava de uma estrutura administrativa racional e centralizada, que permitisse eliminar as disparidades locais e conseguir a formação de um mercado nacional, bem como eliminar os perturbadores entraves feudais; e também precisava de uma Administração robusta e enérgica, que procedesse à criação das infra-estruturas e serviços necessários para potenciar a atividade econômica (estradas, canais, caminhos-de-ferro, educação) e que permitisse a instauração de uma ordem pública vigorosa”¹⁵

No Estado Social, aquele modelo centralizado da Administração liberal vai dando espaço para uma organização administrativa repleta de entes diferenciados. Isso tudo decorre não só da divisão de competências internas da Administração, mas, principalmente, das novas atividades que o Estado social avocou para si nas mais diversas áreas.

O crescimento exagerado da máquina pública, ligado ao não atendimento das demandas sociais, implicou sérias insurgências. Evidentemente, a manutenção do aparato estatal exigiu custeio dos cidadãos que, sem a contraprestação devida e com o aumento de denúncias de corrupção, mostra-se extremamente insatisfeito.

Assim, o Estado repensa suas atividades: o que deve ser mantido sob sua execução direta? Quais atividades poderiam ser simplesmente repassadas ao setor privado? Dentre estas, quais devem ser mantidas sob os olhos do Estado? E, por fim, objeto deste estudo, quais atividades devem ser desempenhadas pelo Estado com o auxílio do setor privado?

Isso faz com que o Estado busque novos instrumentos de satisfação das necessidades da coletividade. Deveras, os ordenamentos atuais não se destinam somente a proteger os direitos individuais e as liberdades públicas. Impõe-se à Administração uma atuação positiva que promova condições de efetivar tais direitos.

15 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, p. 138.

3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A função administrativa constrói-se sob o prisma da legalidade. Demais disso, é caracterizada por um sistema de prerrogativas e sujeições, consubstanciadas no que a doutrina costuma designar de “supremacia do interesse público sobre o privado” e “indisponibilidade do interesse público”.

Otto MAYER diz que “a administração, desde o seu começo, foi contemplada como uma atividade do Estado que se exerce sob a autoridade da ordem jurídica que ele deve estabelecer”.¹⁶ Renato ALESSI aduz que, em sentido jurídico, a atividade administrativa consiste em atos de produção jurídica complementar, aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legal.¹⁷ Em outra passagem, afirma “que a função administrativa é subordinada à função legislativa; tal subordinação que concretiza o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa”.¹⁸

Esta construção da doutrina jurídico-administrativa liberal é claramente voltada a limitar as prerrogativas administrativas visando a proteção dos direitos individuais.

Fato é que os dogmas têm sido duramente criticados por parte da doutrina. Tanto pela insuficiência, quanto pela necessidade de superação de alguns resíduos de autoritarismo incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. A Administração Pública – e isso é fato constatado sem maiores dificuldades –, já não se resume àquele modelo centralizado e nem

16 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo alemán*. 2. ed. Trad. H.H. Heredia e E. Krotoschin (Trad.). Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 12.

17 ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenaventura Pellisé Prats (Trad.). Barcelona: Bosch, 1970, t. I., p. 5-25.

18 Idem. *Sistema Istituzionale De Diritto Amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 09.

aos referenciais teóricos dos quais foi construída, provenientes das disputas entre HAURIUO e DUGUIT.

Nesta senda, parte da doutrina tem questionado – senão atacado – o que identifica como os “paradigmas clássicos” do direito administrativo brasileiro.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é tradicionalmente concebido como uma sobreposição do interesse da coletividade sobre o interesse particular, justamente para assegurar a existência deste. As críticas são decorrentes de um suposto caráter autoritário do princípio, que derogaria – ou, ao menos, colocaria em dúvida –, os valores constitucionais voltados à priorização da dignidade da pessoa humana. Assim, surgem as disputas teóricas, consubstanciadas das seguintes formas: a) inexistência de tal dogma; b) existência da supremacia do interesse público, mas meramente como parâmetro e não princípio; c) há necessidade de vinculação (ponderação) do interesse público aos direitos fundamentais; d) a existência do princípio.¹⁹

Já o princípio da legalidade²⁰, estrutural à função administrativa, pode ser sintetizado na expressão de SEABRA FAGUNDES, para quem “administrar é aplicar a lei de ofício”²¹. Desta forma, consagrou-se que enquanto ao particular é facultado

19 Sugerimos duas coletâneas de artigos que abordarão esta disputa: SARMENTO, Daniel (Coord). *Interesses público versus interesses privados*: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

20 Abordamos este assunto em GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

21 SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 5. Não se desconhece que a afirmação foi contextual, comparando a função administrativa – de atuação oficiosa – à função jurisdicional, cuja atuação é mediante provocação. Desta forma, a célebre afirmação não reduz a atividade administrativa a uma atuação tecnocrática.

fazer tudo o que a lei não proíbe, à Administração só é lícito fazer o que a lei expressamente autoriza.²²

As críticas são decorrentes de vários fatores, dentre os quais: a) superação do Estado Liberal; b) déficit de legitimidade do Poder Legislativo, decorrente da perda de valor da lei; c) abuso no uso de medidas provisórias; d) a lentidão do processo legislativo; e) grande influência exercida pelo Poder Executivo sobre o Poder Legislativo. Tais circunstâncias levam parte da doutrina a defender a flexibilização do princípio da legalidade, o qual passaria a ser chamado de “princípio da juridicidade”.²³ Busca situar a Constituição como fator de legitimação da atividade administrativa, considerando, para tanto, que muitas vezes “a lei é um recipiente vazio”.²⁴

Outro dos paradigmas questionados é a intangibilidade do mérito administrativo, a qual decorre da discricionariedade de determinados atos administrativos. Segundo Paulo OTERO, “a Administração Pública tem garantidos pela Constituição espaços de autonomia decisória que, traduzindo reservas normativas de administração e reservas de caso concreto [...]”.²⁵ A discricionariedade é concebida como uma certa margem de liberdade de escolha diante do caso concreto, deixada pela legislação à Administração.²⁶

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

23 ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 80.

24 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 111.

25 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina: Coimbra, 2007, p. 1083.

26 Vale destacar que a doutrina diverge acerca da forma com que a legislação outorga essa margem de atuação. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende que os “conceitos fluidos” podem gerar discricionariedade após devidamente interpretados. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. Já em sentido contrário, defende-se que os “conceitos imprecisos” perdem tal imprecisão

Mas “a discricionariedade não pode ser um pretexto para decisões ineficientes, assim consideradas as que atendam deficientemente ao interesse público definido na finalidade da lei”²⁷. E, aventando para a vinculação da Administração à Constituição, tal margem de atuação resta extremamente limitada, senão inexistente. Pois sim, a Constituição disciplina – ainda que de modo não específico –, toda a atividade administrativa, instrumento de efetivação de seus preceitos. Logo, havendo tal regulação, possibilita-se o controle dos atos administrativos e das políticas públicas.

Como aduz Vasco Manuel Pascoal Dias PEREIRA DA SILVA: “O poder discricionário não é assim nenhuma realidade extra-jurídica, antes algo que se enxerta no processo de reconstituição, que é a interpretação e aplicação do direito [...] A fiscalização jurisdicional do poder discricionário tem por objetivo a apreciação da conformidade da decisão com a lei e o direito [...]”.²⁸

Ou seja, este último fator decorre, sobretudo, da evolução da interpretação constitucional – ao que se costuma chamar de neoconstitucionalismo²⁹ –, experimentada mediante supremacia da Constituição e irradiação de seus princípios, que implicam nova leitura dos princípios do Direito Administrativo. As já imbricadas relações do Direito Administrativo com o Direito Constitucional tornam-se ainda mais estreitas.

diante da interpretação no caso concreto, de forma que não deixam margem de discricionariedade. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 12 ed. Madrid: Thomsom Civitas, 2004, v. I.

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade* – Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15.

28 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 89-90.

29 J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA. Afirmam que “a principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora: Coimbra, 1991, p. 45.

Referida constitucionalização do Direito Administrativo tem servido como pretensa legitimação ao cometimento de certos exageros. Acaba-se, muitas vezes, por engessar a atividade administrativa, limitando-se o administrador a ser mero executor das determinações provenientes de outras instituições.

De qualquer forma, podemos dizer que os elementos básicos que caracterizam a função administrativa são: exercício pelo Estado ou quem lhe faça as vezes; mediante comandos concretos ou abstratos; infralegal ou, excepcionalmente, com amparo direto na Constituição; sujeita a revisão interna ou externa.³⁰

Estes elementos tradicionais da função administrativa, ou passam por uma revisão – mencionada –, ou já encontram limites, a exemplo da segurança jurídica como limite à revisibilidade dos atos administrativo. Aparentemente, tornam-se insuficientes à correta delimitação do que pretende designar.

Não se pode olvidar, porém, que o próprio Direito Administrativo é fruto de um processo de autolimitação do Estado, eis que o poder então absoluto passa a se sujeitar ao império da lei, o que significa direta imposição de limites aos poderes administrativos e permite o controle da legalidade dos atos do Estado pelo administrado.³¹ E isso desde sempre, ou seja, o Direito Administrativo já surge como limitador da atividade da Administração Pública, em face da preservação dos direitos individuais, desta feita constitucionalmente tutelados.

Ou seja, ao mesmo tempo em que a irradiação dos valores constitucionais por todas as áreas do Direito demanda releitura

30 Tais características foram extraídas, de um modo geral da doutrina, valendo-se, especialmente de: ZANOBINI, Guido. *Curso di Diritto Amministrativo*. 8. ed., Giufrè: Milão, 1958, v. I; MAYER, Otto. *Derecho Administrativo alemán*; ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*; PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

31 TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 81, p. 167-171, jan./mar., 1987, p. 165.

dos respectivos paradigmas, é deveras irresponsável ignorar que a construção do Direito Administrativo foi – e é –, essencial arma na luta contra o autoritarismo e na defesa dos direitos democráticos dos cidadãos.

A Administração Pública Constitucional é instrumento de realização de direitos fundamentais. Cercear a atividade administrativa não garante, por si só, o exercício da democracia.

Toda e qualquer “novidade” – ou mesmo denominada “evolução do direito administrativo” –, trazida pela doutrina deve ser encarada com senso crítico e com a devida cautela. A aceitação de importações, de criações incompatíveis com o espírito constitucional pátrio, poderá conduzir ao não desejável autoritarismo de determinadas instituições, tão somente substituindo o ator da atividade administrativa.

4 COMO ESSAS ALTERAÇÕES DA ORDEM SOCIAL ALTERAM A GESTÃO AMBIENTAL

Toda esta evolução que aqui é narrada tem implicância direta quando tratamos do direito ambiental. Se nos primórdios do Estado Liberal a preocupação é com a preservação da liberdade do ser humano, individualmente considerado, os valores atuais tornam-se distintos: a preocupação é com a coletividade. Logo, aqueles direitos liberais absolutos – especialmente quando nos referimos à propriedade – agora já devem ser exercidos com vista à vida em sociedade:

O desafio relevante e atual que hoje se apresenta perante o Estado democrático de direito e a organização democrática do poder político passa hoje por uma séria discussão e enfrentamento dos “déficits” de justiça ambiental no espaço das sociedades de risco, e a partir de um novo modelo estadual, delimitado aqui a partir de um Estado de Direito Ambiental.³²

32 MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na*

Em que se pese essa mudança gradativa de prioridades, consagrada no art. 225 da Constituição Federal em relação ao tema que aqui tratamos, não há como se negar a dificuldade de se angariar uma ampla adesão do cidadão neste espírito de solidariedade e sustentabilidade que deve nos guiar. Entretanto, caminhamos no sentido de conscientizá-lo de seu papel em relação ao meio ambiente.

Esta lenta evolução da preocupação com a sustentabilidade – que cremos tem sido incrementada nesta última década – pode ser externada quando pensamos nas Conferências internacionais, altamente relevantes no que se refere à definição das medidas voltadas à proteção do meio ambiente.

Entendemos ainda mais relevante estes eventos enquanto envolvem não somente o Estado, mas também a sociedade civil, que acaba por se comprometer com a causa. Aliás, podemos citar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de Estocolmo em 1972, como marco inicial do movimento ambiental internacional. Após, cite-se a realização da Conferência no Rio de Janeiro em 1992, onde restou definida a relevante Agenda 21, caracterizada por uma diversidade de ações de curto e longo prazo, visando à garantia da sustentabilidade ambiental e da recuperação de áreas degradadas.

É a partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada em 1992 no Rio de Janeiro que se acentuou a necessidade de conscientização da sociedade para a preservação e restauração do meio ambiente, como condição de manutenção da vida humana digna.

Este incremento de consciência, ainda que paulatino, permite que nos oponhamos a um desenvolvimento estatal que não seja sustentável ambientalmente. Como já adiantávamos, esta adequação entre evolução e sustentabilidade fora ignorada ao longo dos anos pelas formas de agir do Estado. Liberdade,

sociedade de risco. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004. p. 307-308.

igualdade e propriedade não nos bastam, assim como também as prestações do Estado Social são insuficientes se não forem vinculadas à sustentabilidade. Precisamos, para usufruir de tais conquistas, sobreviver, e sem um meio ambiente equilibrado, estamos fadados ao perecimento.

Não por outra razão a consagrada advertência de CANOTILHO: “Estado Constitucional, além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos”.³³ O autor, dentre outros problemas que reconhece em relação à proteção do meio ambiente, aponta os debates em relação ao dever de proteção ser do Estado ou do cidadão, ou, ainda, de ambos. Na realidade, esta problemática decorre de terem sido consagradas, historicamente, idéias individualistas em contraposição às concepções coletivas hodiernas.

Daí – e novamente nos valemos dos ensinamentos de CANOTILHO – a importância da cooperação do cidadão neste contexto:

A abertura do Estado de ambiente está estreitamente relacionada ao reconhecimento do associativismo ambiental. Contra a idéia tecnocrático–publicista de que a política e gestão do ambiente postulam um “governo de sabichões ambientais” e contra uma visão estritamente individualista do ambiente como “direito fundamental individual”, as associações de ambiente procuram uma espécie de democracia onde se resume o *pathos* da democracia dos antigos com o *ethos* da democracia dos pós-modernos.³⁴

Diante da inoperância do Poder Público a participação da sociedade civil se torna cada vez mais efetiva na tutela do meio ambiente. Frise-se: não é somente a omissão do Estado,

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004, p. 03.

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 4, p. 69-79, dez. 1995. p. 73..

mas também um dever constitucionalmente atribuído ao cidadão que faz com que este assuma papel de relevo na tutela do meio ambiente. E é neste espaço que se propõem a atuar diversas entidades sem fins lucrativos, como as associações, as organizações civis de interesse público, ONGs, etc, dando concretude ao princípio da cooperação que

[...] traduz a conjugação de esforços e participação nos processos decisórios, o que, em termos normativos, se apresenta sob forma de instrumentos que promovam a informação e a participação dos cidadãos e organizações, como pressuposto à efetiva cooperação entre os diferentes setores da sociedade nacional e internacional.³⁵

Mas também a iniciativa privada, com absoluto e declarado interesse econômico, se aproxima da Administração, propondo-se a ser um mecanismo mais eficiente de se chegar à finalidade almejada. Aqui se viabiliza a possibilidade de se firmar a parceria público-privada voltada à tutela do meio ambiente.

5 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

É claro que num país como o Brasil, cujo atendimento às necessidades mais básicas da população é precário, torna-se mais fácil pregar a ineficiência gerada pelo regime jurídico administrativo. Afinal, ao que se tenta fazer crer, não há muito o que perder, diante das parcas conquistas que chegam à população. Logo, a promessa de eficiência é deveras atrativa, já que a falta de um atendimento público adequado é atribuída, vulgarmente, à burocracia da Administração Pública.

O cidadão, tal qual se espera e se estimula, assume papel ativo na sociedade, não se conformando com a inoperância do Estado em determinadas áreas. A Administração Pública, como sabido, não é capaz de, por si só, exercer todas as atividades a ela

35 BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas*. Políticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70

inerentes. De tal forma, por vezes se faz necessária a participação de particulares a fim de suprir as demandas subjetivas e objetivas.

Assim, possibilita-se à Administração a contratação de pessoas jurídicas e físicas, não pertencentes a seus quadros, formando relações contratuais regidas pelo Direito Público e, excepcionalmente, pelo Direito Privado.

Acredita-se que a passagem de serviços públicos não exclusivos para a iniciativa privada acarreta sua realização com mais eficiência. As vantagens que se atribuem a tais entidades são, de um modo geral, autonomia, possibilidade de controle social mais democrático de resultados, e maior eficiência na gestão, eis que realizada de forma não burocrática:

A privatização enquanto a forma de gestão de serviços públicos tracionais – que ademais continuam o sendo – constitui a segunda fase de um processo de «fuga do Direito Administrativo» (segundo a feliz expressão de CLAVERO) que se manifesta como inerente à criação de entes administrativos personificados, de caráter instrumental, cujos fins e interesses são os mesmos da Administração Pública que agora se alcançam empregando uma fórmula descentralizadora. [...] para atuar com flexibilidade e eficácia na satisfação das necessidades públicas havia que se escapar do estreito curso que os procedimentos administrativos representavam.³⁶

As formas de participação do particular na Administração são as mais vastas, tais como: concessão e permissão de serviços públicos, de obra pública, convênios e consórcios, parcerias, dentre outros. Isso sobretudo em virtude do fato de que a Administração “não se limita a gerir o presente: a ela compete preparar o futuro. Esta atitude prospectiva exige instrumentos novos – planos de desenvolvimento, de urbanismo, diretivas, etc – e põe em questão um grande número de soluções adquiridas”.³⁷

Neste contexto, a ideia de parceria público-privada advém de um interesse em conjugação de esforços objetivando

36 GARRIDO FALA, Fernando. Privatización y reprivatización. *Revista de Administración Pública*. n. 126, set.-dez., 1991, p. 19.

37 RIVERÓ, Jean. *Droit Administratif*. 13. ed. Dalloz: Paris, 1990, p. 31.

um fim comum. No direito posto, institui-se como marco a Lei 11.079/2004. Entretanto, a doutrina já vinha tratando do assunto num sentido mais amplo, abordando todas as formas das quais se vale a Administração para se relacionar com a iniciativa privada.

Pois bem. Especificamente em relação à parceria público-privada estabelecida pela lei alhures mencionada, tem-se que se destina à diminuição do aparelho estatal – e conseqüente redução de custos – repassando à iniciativa privada determinadas atividades que por ora estão sob o crivo da Administração. Demais disso, busca sejam elas prestadas, pelo menos em tese, com maior eficiência, ao passo que não se submetem às regras burocráticas – pelo menos numa visão mais superficial – que permeiam o ordenamento-jurídico administrativo. Já a iniciativa privada, obviamente guiada pelo lucro, busca-o sem ignorar necessidades administrativas, submetendo-se a regras de controle por parte dos entes administrativos.

Segundo a Lei Federal n. 11.079/2004, trata-se de “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Para não ficarmos discutindo conceito e perder o foco do trabalho, optamos por nos balizar na noção dada por CARVALHO FILHO:

[...] o acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.³⁸

Como já mencionado, a ideia central das PPPs seria avocar recursos do setor privado, já que a Administração não os tem de forma plena ou integral a possibilitar a contratação. O particular arcará com os custos da obra ou do serviço, sendo de

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 392.

sua responsabilidade a angariação. Mas pode esta, entretanto, dar-se junto a próprios setores do Poder Público. Aliás, esta última observação implica cautelas no que se refere ao fundamento das parcerias ser a ausência de recursos da Administração: a própria lei previu que o Estado poderá subsidiar os investimentos privados.

Em relação às espécies, assim optou o legislador por fazer:

- a) Patrocinada: o concessionário é remunerado através de tarifa pagas pelos usuários e pela contraprestação do poder concedente. Ela se assemelha, de fato, à concessão tradicional. Tanto assim que a própria norma ocupou-se em distinguir, no seu art. 2º, §3º,³⁹ ainda que não de forma tão exitosa, se levado em conta que o art. 17 da Lei 8.975/95⁴⁰ prevê, ainda que de modo oblíquo, subsídios estatais às concessões típicas. Efetivamente, não é só a participação econômica do parceiro público que caracteriza a concessão patrocinada, devendo-se incluir: compartilhamento de riscos, garantias dadas pelo Poder Público e a possibilidade de repartição de ganhos econômicos nas PPS;
- b) Concessão administrativa: o art. 2º, § 2º disciplina-a como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração

39 Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...]

§ 3º. Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

40 Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

§ 1º. Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.
§ 2º. Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.⁴¹

Diante destas premissas, vejamos como tem sido o impacto destas mudanças no que se refere à gestão ambiental.

5.1 A INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA E A POSIÇÃO DO CIDADÃO

No contexto que vem se propondo, há, no entanto, um espaço de atuação – caracterizado pela possibilidade de coerção – que não pode ser relegado à iniciativa privada. Já há muito se consagrou que atividades típicas do Estado que demandam a imposição de poder são de exercício exclusivo seu. É o Estado quem detém o monopólio da utilização da força, sendo vedada a delegação ao particular.

Quando nos referimos ao uso da força para impor limitações a condutas individuais estamos diante do denominado poder de polícia, o qual consiste na “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”.⁴² Ele se manifesta tanto através de atos concretos de imposição de deveres, como através de normas gerais e abstratas que regulam condutas. Em qualquer das hipóteses, no entanto, somente será legítimo enquanto exercido de modo sublegal, considerando o contido no art. 5º, II da Constituição Federal.

Salientamos, assim, que quando mencionamos a participação de particulares na tutela do meio ambiente estamos excluindo estas atividades indelegáveis pelo Poder Público.

41 A noção dada pela norma é deveras insuficiente e imprecisa, inclusive aproximando-se do regime da lei de licitações, só que com uma série de benefícios ao contratado, como adverte Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO. In: *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 785.

42 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 829.

Mas isso não impede que os particulares exerçam atividades instrumentais ao poder de polícia do Estado. Deveras, nada impede que a Administração busque na iniciativa privada as melhores condições acessórias de exercer suas atividades precípuas. É claro, pois sim, que a atividade privada restará aqui desprovida da imperatividade característica dos atos do Poder Público.

Avocamos, novamente, o art. 225 da Constituição Federal, donde se extrai o dever concomitante de cidadão e do Estado de proteção ao meio ambiente: não há óbices ao cidadão, concretizando seu dever constitucional, fornecer os meios necessários ao exercício da coerção estatal. Tanto por sua própria iniciativa quanto quando convocado pelo Estado pelas mais diversas formas de parcerias.

A gestão estratégica – destinada à orientação de um serviço – e a gestão operacional – voltada à regulação e otimização de um serviço – são indelegáveis ao particular. Lícito, no entanto, a delegação da gestão executiva, que é a execução material do que prepara a decisão da Administração.⁴³

Posta esta advertência prévia, vejamos a relevância da parceria público-privada neste tema.

5.2 PARTICIPAÇÃO DE PARTICULARES NA GESTÃO AMBIENTAL ATRAVÉS DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Conforme averbamos alhures, o artigo 225 da Constituição Federal assegura o direito a um ambiente equilibrado como forma de garantir a sadia qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana. Ela mesma atribui tal responsabilidade tanto aos entes públicos quanto à coletividade. Há atividades privadas –

43 Esta classificação é fornecida por GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au Droit des services publics*. Paris: LGDJ, 1994, p. 101.

indelegáveis – do Poder Público, consoante advertimos no tópico anterior. Por outro lado, há uma ampla gama de serviços públicos voltados à concretização do dispositivo constitucional, sendo viável, nesta seara, a utilização das parcerias público-privadas.

Neste ínterim, torna-se indispensável a utilização dos mecanismos de cooperação entre os setores público e privado para que ambos estabeleçam as condições adequadas de garantir o futuro das próximas gerações. Esta é a realidade do Direito Administrativo atual:

[...] a crescente dificuldade, não só da autônoma definição (abstrata e objetiva) do interesse público, mas especialmente da sua realização pela via autoritária e unilateral. De uma forma crescente, portanto, o interesse público vê-se na necessidade de induzir a colaboração da economia privada e chegar a fórmulas de concerto, transação e cooperação com grupos sociais e agentes privados.⁴⁴

Mencionamos outrora que tivemos momento em nossa história de pouco desenvolvimento de determinados setores, considerando a ausência de interesse lucrativo nos mesmos. Isso fez com que o Estado avocasse para si tais atividades que somente no Estado pós-social são devolvidas à iniciativa privada. Na realidade, esta dependência de investimentos do Estado em interesses sem retorno vantajoso ou de alto risco – especialmente da União – permanece. E aqui se posicionam as PPPs, destinadas a suprir a escassez de recursos públicos e, mais que isso, otimizar sua aplicação.

A colaboração entre privado e público já era indicada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente que almejava: “parcerias integrando o setor privado em uma nova cultura de responsabilidade ambiental e criação de espaços para a preparação e participação da sociedade civil e setores acadêmicos para atuar solidariamente na gestão ambiental e no desenvolvimento sustentável.”

44 PAREJO ALFONSO, Luciano. Introducción: El surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo, p. 20.

É sabido que a Administração Pública dispõe de diversos instrumentos hábeis a angariar entidades que auxiliem esta sua função, como contratos de prestação de serviços, concessão de serviços públicos, convênios, consórcios, dentre outros. Entretanto, nem sempre estas atividades relativas à preservação do meio ambiente são interessantes aos particulares, já que o objetivo primário não é o lucro.

As parcerias público-privadas, neste contexto, adquirem relevo, já que são utilizáveis em diversos setores voltados à proteção ao meio ambiente, tais como aquelas previstas pela Lei 11.445/2007. Torna-se instrumento adequado – a par das críticas cabíveis – ao atingimento das finalidades constitucionalmente previstas. Dados os requisitos legais, conclui-se, no entanto, que as aplicações ambientais das parcerias público-privadas são para projetos vultosos e de longo prazo de implementação.

Quando apontamos anteriormente as espécies de parcerias público-privadas permitimos que se tirasse a conclusão que elas ora tem a feição de contrato administrativo – concessão administrativa – e ora assumem característica de concessão de serviço público – concessão subsidiada. No entanto, especificidades as afastam das características das contratações previstas pelas Leis 8.666/93 e 8.987/95, sobretudo no que se refere à captação de investimentos privados.

Inserem-se as parcerias público-privadas como instrumento de compartilhar riscos entre o Poder Público e o particular. Aqui se peculiarizam as parcerias público-privadas: torna-se muito mais atraente aos particulares o investimento se encontrarem respaldo público a eventuais insucessos econômicos. Ou seja, a Administração atrai o investimento privado, porém lhe dá amparo caso necessário, permitindo que outras formas de angariação de recursos (a exemplo das privatizações, tributação, etc.) sejam atenuadas.

É evidente que a iniciativa privada dispõe da tecnologia hábil ao atendimento das demandas ambientais. Logo, a partir da

possibilidade de se compartilhar os riscos exsurge um estímulo ao desenvolvimento de técnicas mais apuradas e mais ágeis, tanto quanto a velocidade da degradação ambiental.

Há assunção de responsabilidade pelo investimento em infra-estrutura a cargo do agente particular. Consoante decorre do diploma legal, o Poder Público especifica o serviço ou obra, competindo ao parceiro privado disponibilizá-lo, podendo ser remunerado tanto pelos usuários do benefício quanto pelo poder público durante a execução do objeto.

Delimitam-se previamente os resultados por parte do Poder Público. Já o particular, ciente dos resultados almejados, poderá empregar a tecnologia que entender mais conveniente, com condições previamente estabelecidas – especialmente tempo e forma de remuneração – diminuindo assim os riscos.

A Administração acautela-se no sentido de arcar com sua contraprestação tão somente a partir da disponibilização do objeto do contrato. Ainda, caso o serviço ou a obra não sejam executados de forma satisfatória, atendendo as metas estabelecidas, viabiliza-se a não remuneração do parceiro privado.

Assim, enfatiza-se o princípio da eficiência através das exigências feitas ao parceiro particular, que deverá usar sempre os melhores meios de se atingir o fim. Por outro lado, condiciona-se o emprego dos recursos públicos, evitando o dispêndio em obras e serviços que não atendam o fim previsto contratualmente.

É de se ver que o interesse financeiro do parceiro privado será resguardado diante da qualidade da obra ou serviço para o qual foi contratado. Vinculando-se o retorno financeiro à qualidade objetivamente prevista no contrato, tutela-se o interesse das partes e, sobretudo, da coletividade.

Mostram-se as PPPs aptas também à captação de recursos para setores que dependem de alto investimento. A possibilidade de compartilhamento de riscos implica prévia e profunda análise dos impactos ambientais decorrentes do empreendimento tanto pelo Poder Público quanto pelo seu parceiro privado. Ou seja,

torna-se mais controlável – ou evitável – o dano ambiental, através da implantação de medidas mitigadoras que evitem tais prejuízos.

Há uma maior segurança nos negócios para ambos os parceiros, já que depende de um estudo técnico – submetido inclusive à apreciação popular – que demonstre que a PPP é o instrumento adequado àquela contratação. Demais disso, pautam-se suas diretrizes fundamentais na sustentabilidade socioeconômica, sem deixar de aventar, assim, o impacto causado à sociedade.

Evidentemente, este viés de segurança econômica não pode deixar de lado o fato de que há um interesse público envolvido. O que se quis aqui mencionar é que as garantias econômicas permitem que se chegue ao fim – sem nunca deixar de lado que este é o verdadeiro intuito da PPP – de modo mais eficiente.

Portanto, seja qual o instrumento de contratação utilizado, não se poderá ignorar aquilo que lhe moveu: a satisfação da necessidade da coletividade.

CONCLUSÕES

Não estamos mais – e isso há muito – diante de interesses antagônicos da Administração *versus* particular. O caráter instrumental da primeira é cada vez mais acentuado, sobretudo no reconhecido papel de protagonista na realização dos direitos constitucionalmente garantidos. Já o papel do cidadão tem sido cada vez mais ativo, não bastando mais a mera busca de satisfação de suas necessidades perante o Estado, o que criava uma relação de dependência não desejável.

Da mera subsunção à lei evoluímos a um papel ativo da Administração que busca (ou deveria buscar) das mais diversas formas a realização do interesse público. E justamente aqui está o problema: a multidisciplinaridade das atividades administrativas dificulta a construção de um regime jurídico-administrativo de bases estanques.

O Estado tem buscado cada vez mais o consenso em detrimento da imposição: “há um fator de obediência à regra diferente da simples coação: a adesão dos atingidos pela aplicação da decisão tomada, quer dizer, a participação na sua elaboração”.⁴⁵ As formas de colaboração dos particulares têm sido priorizadas, tanto nas manifestações mais simples, quanto na própria feitura das cláusulas mais complexas.

A Constituição de 1988 não restringiu à Administração Pública a atribuição de prestação de atividades voltadas ao bem estar comum, possibilitando também ao particular. Mormente quando nos referimos ao meio ambiente, onde há expressa responsabilidade do cidadão.

A escolha por uma das modalidades se sujeita a requisitos legais e constitucionais, não sendo de livre arbítrio do administrador. Ainda que a Administração Pública exerça determinadas atividades sob o regime de direito privado ou através de parceiros privados, há princípios do direito administrativo que são intransponíveis.

Fato é que para uma exitosa proteção ambiental é necessária a implementação de políticas que não só punam a poluição e a degradação ambiental, também estimulem os mecanismos de prevenção, no que se faz indispensável a colaboração do cidadão. A parceria público-privada torna-se instrumento altamente relevante neste caminho.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenaventura Pellisé Prats (Trad.). Barcelona: Bosch, 1970, t. I.

_____. *Sistema Istituzionale De Diritto Amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

45 RIVERÓ, Jean. *Droit Administratif*, p. 34.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas*. Políticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004.

_____. Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 4, p. 69-79, dez. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora: Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNANDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 12 ed. Madrid: Thomsom Civitas, 2004, v. I.

GARRIDO FALA, Fernando. Privatizacion y reprivatizacion. *Revista de Administración Pública*. n. 126, set.-dez., 1991.

GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. El Derecho Administrativo. In: *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 289-352.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3 ed. FDA: Buenos Aires, 1998, t. 2, p. VI-5.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros: São Paulo, 2002.

GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au Droit des services publics*. Paris: LGDJ, 1994.

HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaire de Droit Administratif*. 5. ed. Sirei: Paris, 1943.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. Dialética: São Paulo, 2002

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo alemán*. 2. ed. Trad. H.H. Heredia e E. Krotoschin (Trad.). Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade – Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Introducción: El surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo. In: PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel: Barcelona, 1990

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública* – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

RIVERÓ, Jean. *Droit Administratif*. 13. ed. Dalloz: Paris, 1990.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. V. I. Centro de Estudios Ramon Areces: Madrid, 1990.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 81, p. 167-171, jan./mar., 1987.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 1996.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 8. ed., Giufrè: Milão, 1958.

Recebido em 17/08/2012.

Aprovado em 21/02/2013.

