

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB UMA NOVA PERSPECTIVA DE RISCO

ADMINISTRATIVE CONTRACTS UNDER A NEW RISK PERSPECTIVE

MARCELO PEREIRA DOS SANTOS¹

RESUMO

Este trabalho tem o propósito de destacar os impactos decorrentes da sociedade de risco, demonstrar os reflexos dos avanços científicos e tecnológicos sobre os contratos administrativos, bem como revelar a mutação que vem remodelando a teoria das áleas incidente nos negócios jurídicos em que o Estado é parte. De modo mais amplo, se busca compreender as exigências de um novo agir da Administração e os pactos eivados de consensualidade, circunstâncias que vêm gerando modelos distintos de contratação pública. Essas variações demandam uma apuração em relação aos limites impostos ao Poder concedente e à iniciativa privada na prática contratual, a fim de apontar os caminhos a serem trilhados em direção ao desenvolvimento social, econômico e político. Para chegar ao resultado pretendido foi preciso utilizar a metodologia de pesquisa bibliográfica e análise das normas que regem o objeto sob investigação.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos administrativos; Riscos; Parcerias Público-Privadas.

ABSTRACT

This work is intended to highlight the impacts arising from the risk society, demonstrate the impact of scientific and technological advances on the administrative contracts, as well as reveal the mutation that has been reshaping the theory of decorative business legal incident in which the State is party. More broadly, if tries to understand the requirements of a new act of the Administration and of a consensus riddled pacts, circumstances that have been generating distinct models of public procurement. These variations require an investigation in relation to the limits imposed by government authorities and the private sector in contractual practice, in order to point out the paths to be pinched in the social, economic and political development. To reach the desired result it was necessary to use the bibliographical research methodology and analysis of the rules governing the investigation object.

KEYWORDS: Administrative contracts; Risks; Public-Private Partnerships.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto é fruto do projeto de dissertação do Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá, orientado pela Prof^a Dr^a Vanice Regina Lírio do Valle (UNESA).

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).

O objeto investigado, também, é produto do plano de Pesquisa e Desenvolvimento da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), em cumprimento ao contrato realizado com FURNAS – Centrais Elétricas S.A. junto à Fundação COPPETEC (Coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos), coordenado pelo Prof. Dr. José Roberto Ribas (UFRJ). O objetivo é identificar as melhores práticas contratuais da Administração Pública, diante de um cenário pós-moderno, reconhecido como sociedade de risco por Ulrich Beck.

2 SOCIEDADE DE RISCO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O conceito de sociedade de risco designa um estágio ou superação da modernidade técnica, onde o corpo social se vê cercado por ameaças fabricadas e produzidas em razão da incessante busca pela perfeição. Isso nos faz refletir sobre as autolimitações ao desenvolvimento econômico, assim como abre espaço para um debate concernente à perseguição de novos padrões de responsabilidade, segurança, controle, equacionamento de despesas e distribuição das áleas que são estendidas a cada descoberta, levando-se em conta a periclitância potencializada pelo consumismo inconsequente (GUERRA, 2009, p. 11).

Diante das lições de Beck (2010, p. 07), a miséria pode ser segregada, mas não os inconvenientes da era nuclear. Segundo o autor, aí reside a novidade da força cultural e política. Numa nação de modernização retardada, a produção social de riqueza é acompanhada, sistematicamente, pela emissão de riscos; conseqüentemente, também pelos problemas e conflitos inaugurados a partir da criação, definição e distribuição dos malefícios científica e tecnologicamente produzidos (BECK, 2010, p.23).

A compreensão desse cenário revela a importância da minimização dos formatos burocráticos e das transformações gerenciais a serem operadas na Administração Pública. Nessa perspectiva, novos paradigmas passam a servir de base ao agir administrativo e ressurgem advertências sobre os velhos dogmas que incidem na gestão estatal. A busca pela adequabilidade dos organismos do Estado ao atual panorama social, econômico, político, científico e tecnológico, requer uma ampliação das práticas consensuais e pulverizadas para que seja possível atender os desafios expandidos pela globalização.

O elevado índice de acontecimentos catastróficos presentes nessa era da pós-modernidade demonstra a vulnerabilidade crescente do mercado e das ferramentas governamentais para conter as ameaças que cercam a coletividade. Assim, cada vez mais se propugna por uma postura de efetiva regulação, fortalecimento dos mecanismos de

fiscalização e maximização de espaços dialógicos, com intuito de reduzir o ambiente de incertezas (FARIA, 1999, p.37).

O pluralismo e a livre iniciativa tomam corpo, seguindo os rumos da mundialização e abrindo espaço para a democracia participativa que comporta uma arena deliberativa, onde é possível aos cidadãos contribuir e cooperar para a efetivação dos direitos fundamentais. Esse contexto dá origem a uma Administração permeável e redimensionada, com moldura maleável que permite a interligação entre órgãos públicos e pessoas privadas para promoção do interesse público.

É nesse panorama que Araña (p. 41, 2005) destaca a necessidade de uma nova concepção sobre os preceitos e princípios do Direito Administrativo, pautada na redução das marcas da exorbitância da Administração e na construção de uma visão diferenciada em relação à supremacia do bem comum. Segundo esse autor, o modelo ideal deve se fundar numa tutela jurisdicional consistente, não mais deitando suas raízes no mero contorno da lei. O contexto deve ser avaliado sob as lentes da Constituição, visando preservar a dignidade da pessoa humana e o direito à boa governança.

Esse pensamento é incrementado por Garcia de Enterría e Ramón Fernandes (1990, pp. 591-593), os quais enfatizam que a gestão pública deve buscar novos padrões e, assim, atingir a chamada “Administração acordada”, modelo no qual o Estado renuncia seus poderes unilaterais e imperativos e passa a tratar, em comum acordo, os ajustes com os particulares, a fim de melhor se chegar aos resultados almejados pela coletividade.

Autores como Bandeira de Mello (2008, p. 605-606) separam os contratos administrativos daqueles considerados, meramente, da Administração, levando em consideração a finalidade do negócio jurídico. Assim, se o pacto é realizado com intuito de atender o interesse público secundário, incidirá sobre ele as regras de direito privado. Do contrário, se o vínculo contratual se der em razão da vontade coletiva primária haverá o influxo das normas de natureza pública.

Para Souto (2004, p. 277) e Medauar (2007, pp. 225-226), independentemente do formato da negociação feita pelo Estado haverá sempre a finalidade de atender o interesse público, não importando se primário ou secundário. Com isso, consideram um contrassenso reconhecer aquilo que Bandeira de Mello nomeia de contrato da Administração. Os autores mencionados afirmam que as cláusulas contratuais submetem-se às regras da Lei 8.666/93, sendo possível, em caráter subsidiário, a incidência das normas de direito privado.

As simples disposições da legislação supracitada, bem como os contornos dados pelas Leis nº 8.987/95 e 9074/95 não satisfazem a ceara contratual do Poder Público, além

disso, a modelagem de distribuição da álea nelas instituídas não comporta a aquosidade que envolve o ambiente negocial da Administração. A teoria do risco passa a requerer uma sistemática de equilíbrio econômico-financeiro proporcional aos efeitos gerados por essa sociedade líquida (FREITAS, 2011, p. 87).

Com intuito de incentivar investimentos privados sobre as infraestruturas estatais, a Administração procurou se socorrer de modalidades alternativas de distribuição dos riscos, valendo-se de pactos aprimorados através da discricionariedade técnica e administrativa, sem se afastar dos princípios básicos da gestão pública. Assim, as parcerias ganharam expressão, afrouxando o rígido entrelaçamento da lei ao pacto e estabelecendo um novo escopo erguido sobre a atuação cooperada (STOBER, 2012, p.498).

3 CONCLUSÃO

Com base no conteúdo apresentado, concluímos que a Administração Pública além de se colocar na posição de potencial produtora de risco, também sofre os reflexos da sociedade que avança através das descobertas científicas e tecnológicas. Gradativamente, os níveis de ameaça e insegurança são estendidos pelo país a fora, fatos que demandam a implementação de medidas ligadas à prevenção e precaução, para que sejam evitados os prejuízos aos bens individuais, coletivos e difusos.

Tais circunstâncias exigem que os contratos administrativos sejam compostos por termos bem delineados e objetivos, nos quais devem estar definidos deveres, direitos e reponsabilidades, sem que haja zona cinzenta a inviabilizar o perfeito cumprimento desses negócios jurídicos.

As disposições legais que regem a matéria não atendem plenamente o cenário de risco que circula sobre o ambiente contratual do Poder Público, sendo necessário reformar as regras vigentes e alargar o campo da discricionariedade. Além disso, o Estado precisa expandir o diálogo e a gestão participativa, com objetivo de agregar conhecimentos multidisciplinares e satisfazer o bem comum de modo eficiente, eficaz e efetivo.

Até o presente momento, identificamos que as PPP's (Parcerias Público-Privadas) são os modelos que melhor se adequam as exigências do mundo evoluído e globalizado. Isso se dá devido aos seguintes fatores: a) Objetividade das cláusulas; b) Regime compartilhamento dos riscos; c) Reduzido grau de perdas; d) Resultados mais factíveis; e) Adequação ao princípio da economicidade; e f) *Accountability* mais apurado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

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

FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de Riscos nos Contratos Administrativos e a Lógica Econômica dos Contratos. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**. Ano XXVIII, n.48, (set/2011). Rio de Janeiro: TCMRJ, 2011, p. 86-89.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. El derecho del poder para la libertad. **Nueva Revista**, n. 102, noviembre/diciembre, 2005, p. 39-56.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. Trad. Antônio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.