

ano 19 - n. 75 | janeiro/março - 2019
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i75
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2019 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003- Trimestral ISSN: 1516-3210 Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. CDD: 342 CDU: 342.9
------	---

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil

Public-private partnerships as an instrument of educational infrastructure development in Brazil

Fernando Borges Mânica*

Universidade Positivo (Brasil)
fernando@advcom.com.br

William Geraldo Azevedo**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
wgazevedoo@gmail.com

Recebido/Received: 24.10.2018 / October 24th, 2018

Aprovado/Approved: 18.05.2019 / May 18th, 2019

Resumo: Embora o direito fundamental à educação de qualidade seja garantido pela Constituição da República de 1988, ele está distante de ser alcançado no Brasil. E um dos principais motivos que justificam a baixa qualidade no ensino fundamenta-se na precária infraestrutura do sistema público educacional. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo averiguar se a gestão da infraestrutura da rede pública de educação pode ser exercida em parceria com o setor privado, especificamente, por meio da celebração dos contratos de concessão previstos na Lei Federal 11.079/04. A partir da utilização da técnica investigativo-bibliográfica, analisar-se-á o preceito constitucional do direito à educação, sob o enfoque da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, quais os efeitos que dele

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MÂNICA, Fernando Borges; AZEVEDO, William Geraldo. Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 195-215, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1043.

* Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo-PR (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre e Graduado pela UFPR. Pós-Graduado em Terceiro Setor pela FGV-SP. Coordenador da Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo-PR. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador Científico da ADVCOM Consultores. *E-mail:* fernando@advcom.com.br.

** Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Graduado em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. *E-mail:* wgazevedoo@gmail.com.

decorrem. Em um segundo momento, serão apresentadas as características dos contratos de concessões inseridos pela Lei 11.079/04. Após, realizar-se-á cotejo entre as características apresentadas e a obrigatoriedade de a Administração promover adequadamente, sob o viés organizacional, a educação da rede pública de ensino, demonstrando-se a viabilidade jurídica de se desenvolver a infraestrutura educacional por meio de contratos de concessão administrativa.

Palavras-chave: multifuncionalidade dos direitos fundamentais; educação; faceta organizacional; infraestrutura; parcerias público-privadas.

Abstract: Although the fundamental right to quality education is guaranteed in the Brazilian Federal Constitution of 1988, is far from being achieved in Brazil. One of the main reasons for the poor quality of education is based on the precarious infrastructure of the public educational system. The present paper finds out that if the management of the infrastructure of the public education network can be carried out in partnership with the private sector, specifically through the celebration of public-private partnerships. From the use of technical investigative-bibliographic, it will be analyzed the constitutional precept of the education's right, under approach of multifunctional fundamental rights, and what effects stem from this right. Thereby, a comparison will be made between those characteristics and the Administration's obligation to adequately promote the public school system in an organization perspective, in order to demonstrate the legal feasibility of developing the educational infrastructure through administrative concession contracts.

Keywords: multifunctionality of fundamental rights; education; organization perspective; infrastructure; Public-Private Partnerships.

Sumário: **1** Introdução – **2** O direito fundamental à educação na Constituição de 1988 – **3** A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o dever do Estado no desenvolvimento da infraestrutura educacional – **4** As parcerias público-privadas no Brasil – **5** A Concessão administrativa como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional – **6** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Sabe-se que uma das formas de se alcançar e promover a educação perpassa, obrigatoriamente, pelo investimento na infraestrutura escolar. Ocorre que, a despeito de todas as Constituições brasileiras terem previsto a educação como direito, observa-se, ao longo do período constitucional, a ausência de investimentos passíveis de proporcionar aos alunos da rede pública educacional infraestrutura educacional de qualidade.¹

Prédios antigos e deteriorados, equipamentos de sala de aula sucateados, reformas e obras que superam mandatos, são exemplos constantes que afetam o desempenho dos alunos e diminuem a qualidade do ensino público brasileiro. Diante desse quadro que perdura até hoje, não restam dúvidas que os entes federativos,

¹ É conhecido o déficit que a infraestrutura educacional se encontra no Brasil. Esse cenário foi analisado pela ONG Transparência Brasil, a qual, a partir de dados oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), constatou que 25% das obras já iniciadas estão ou paralisadas ou inacabadas (*Transparência Brasil e Observatório Social lançam projeto Obra Transparente*. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/blog/transparencia-brasil-e-observatorio-social-lancam-projeto-obra-transparente/>. Acesso em: 10 ago. 2017).

a fim de promover e executar o direito fundamental à educação, devem investir continuamente na promoção da infraestrutura educacional.

A continuidade de investimento não se restringe exclusivamente a aportes maiores de recursos públicos – até porque, em tempos de crise financeira e limitação de gastos públicos, aumentar o investimento público é tarefa praticamente impossível –, mas se refere à aplicação e à utilização diversificada desses recursos.

Nesse contexto, o presente artigo tem por escopo verificar a viabilidade de se transferir à iniciativa privada a gestão da infraestrutura da rede pública educacional, especificamente no que se refere ao trespasse da implantação, conservação e execução de obras de equipamentos educacionais públicos, mediante a celebração de contratos de concessão disciplinados pela Lei Federal nº 11.079/2004.

Para alcançar o objetivo proposto, o desenvolvimento do trabalho encontra-se organizado em quatro tópicos. No primeiro tópico será analisado, sob a perspectiva jurídico-dogmática, o regramento conferido pela Constituição Federal de 1988 ao direito fundamental à educação. Em seguida, será apresentada a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, da qual se extrai a incumbência da Administração Pública de promover adequadamente o serviço público educacional, incluindo-se na sua perspectiva organizacional. O terceiro tópico tem por objetivo analisar as características dos instrumentos contratuais dispostos pela Lei das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/04), com ênfase nos pressupostos e limitações normativas necessárias à constituição dessas parcerias. No quarto tópico, será avaliado se a concessão administrativa é instrumento juridicamente viável a promover o desenvolvimento da infraestrutura pública, especificamente pela transferência da gestão pela infraestrutura da educação pública à iniciativa privada. Ao fim serão tecidas algumas considerações finais.

2 O direito fundamental à educação na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a tendência jurídico-dogmática que se consolidou na Europa Ocidental a partir da primeira metade do século XX² e objetivando romper com regime ditatorial que vigorava no país desde a década de 1960, positivou no seu texto um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, os quais conferiram aos cidadãos direitos de natureza tanto individual quanto social.

² Menciona-se que “ao lado dos ordenamentos jurídicos domésticos, consolidava-se, na segunda metade do século 20, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado em inúmeras declarações e tratados de direitos humanos, muitos deles voltados à proteção específica do direito à educação” (LIMA, Carolina Alves de Souza. A conquista da educação como direito fundamental. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, maio/ago. 2015. p. 1130-1131).

A grande gama de preceitos fundamentais positivadas na Constituição Federal, atentando-se especificamente para os direitos sociais e os direitos fundamentais da igualdade e liberdade, conferem ao regime jurídico-constitucional do Estado brasileiro a característica de ser um regime não apenas democrático, mas também social de Direito. Paulo Bonavides, há tempo, defende que a “Constituição de 1988 é basicamente em muitas das suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social”.³

No que concerne especificamente ao direito à educação, cabe noticiar que a sua importância foi reconhecida por todas as Constituições da história brasileira. No entanto, foi com a Constituição de 1934, sob o nacionalismo de Getúlio Vargas, que o direito “à educação foi minuciosamente descrito, pois nesta ocasião passou-se a entender a educação do povo como um problema nacional”.⁴

No atual diploma constitucional, a ordem social é disciplinada pelo Capítulo II (Dos direitos Fundamentais), inserido no Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). O artigo 6º, *caput*, prescreve que são direitos fundamentais sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁵

Dessa análise, percebe-se que, dentre a longa lista de direitos fundamentais sociais previstos no diploma constitucional, o direito social à educação foi o primeiro a ser positivado pelo Constituinte. Talvez a escolha do legislador em colocar esse direito por primeiro decorra do fato de ser a educação o instrumento necessário à construção e ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil,⁶ como também por ela consistir na salvaguarda dos direitos de liberdade.⁷

A Constituição de 1998, nessa feita, não apenas disciplinou a educação como direito fundamental social, como também dedicou uma seção própria (artigos 205 a 214) para regular a questão. Ressalta-se que o Constituinte originário por menorizou os alicerces normativos do direito à educação no diploma constitucional,

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 336.

⁴ ZOCKUN, Carolina Zancaner; MANGULLO, Marcella Querino; LAGE, Ricardo Teixeira. O direito à educação e a Lei 12.711/2012 (Lei de Cotas). *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 58, 2014, p. 150.

⁵ Cumpre mencionar que o rol de direitos sociais previsto no *caput* do artigo 6º não permaneceu estanque desde a promulgação do texto constitucional, tendo sofrido acréscimos durante estes anos de vigência. Como exemplo, destaca-se a inserção, com a promulgação da Emenda Constitucional 90 de setembro de 2015, do direito ao transporte como direito social.

⁶ Alexandre Godoy Dotta é enfático ao afirmar que a educação é o direito que garante outros direitos. Assim, a necessidade de uma educação de qualidade se torna um dos principais desafios para alcançar o Estado Democrático e Social de Direito (DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 53-69, set./dez. 2016 – tradução livre).

⁷ CARMO, Erinaldo Ferreira do; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. A educação como direito universal. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 137-148, abr./jun. 2014. p. 144.

garantindo um maior grau de aplicabilidade e subjetividade ao direito e também impossibilitando o legislador infraconstitucional retroceder nas conquistas sociais em relação a esse direito fundamental.^{8 9}

O artigo 205 da vigente Constituição, nesse contexto, prescreve que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ao se reportar às relações familiares, em seu artigo 277, a Constituição novamente disciplina ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...]”.

O artigo 206, por sua vez, estabelece amplo rol de princípios que estabelecem as diretrizes para a prestação do ensino no Brasil, realçando-se, dentre outros princípios, o dever de ser garantida a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a proteção ao padrão de qualidade no ensino e a valorização dos profissionais da educação escolar, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas.

Por fim, a importância conferida ao direito fundamental à educação também pode ser observada em outros dispositivos espalhados pela Constituição. Dentre os mais importantes, evidencia-se o artigo 212, o qual impõe aos entes políticos o dever de aplicarem percentuais mínimos, vinculados aos impostos, para manutenção e desenvolvimento do ensino.

No que toca à organização federativa, a Constituição de 1988 atribuiu explicitamente competências materiais e legislativas de cada ente político. Tais competências foram divididas em (a) horizontais, as quais compreendem as competências exclusivas e privativas de cada ente federal e (b) verticais, abrangendo as competências comuns e concorrentes.

O texto constitucional, nos termos do art. 23, V, conferiu a todos os entes da federação (União, Estados membros, Municípios e Distrito Federal), concomitantemente, a competência material para promover e executar a educação pública.

⁸ Nesse sentido, Paulo Ricardo Schier e Adriana Costa Ricardo Schier aludem que “a regulamentação dos direitos sociais, vinculada à sua concretização no plano da realidade, estará protegida contra a ação do legislador futuro, de maneira que não seja possível retroceder nas conquistas já asseguradas” (SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Revista de Direito da Administração Pública*, Universidade Federal Fluminense, ano 2, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 204).

⁹ Acerca dos limites à revisão constitucional, Luísa Cristina Pinto e Netto defende que “os direitos sociais, como imposições da dignidade das pessoas humana e da igualdade material [...] são limites materiais à revisão constitucional; comparecem como elementos do núcleo identificador material-valorativa da Constituição, imune a atuação revisora (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 138).

Ainda, e objetivando coordenar a execução do direito à educação, o texto constitucional, no artigo 201 e parágrafos, impõe expressamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a atribuição de organizarem, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino.

A título exemplificativo, observe que, por exemplo, o próprio texto constitucional, no que tange aos Municípios, delimita a competência destes a manutenção de programas de educação infantil e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Compreende-se, assim, que “dentro do espaço da predominância do interesse local, caberá ao Município, de acordo com os princípios constitucionais federais e estaduais, eleger a melhor maneira de atender, dentre as previstas no art. 23 da CF, as necessidades de seus cidadãos”.¹⁰

Já no que alude à competência legislativa sobre educação, a Constituição a atribuiu a todos os Entes da Federação (art. 24, inciso IX), excetuando-se a disposição acerca das diretrizes básicas da educação nacional, as quais foram conferidas em caráter privativo para União (art. 22, inciso XXIV).

Pode-se perceber, portanto, que a Constituição de 1988 não só positivou o direito à educação no capítulo dos direitos sociais, como também esmiuçou o seu conteúdo, atribuindo-lhe significativa densidade normativa. Também se pode consignar que os comandos normativos constitucionais impõem deveres explícitos ao Estado, a exemplo do que disciplina o artigo 205, o qual estabelece que a promoção da educação é, somando-se a família, dever do Estado.

Verificada a importância conferida pela Constituição Federal ao direito fundamental à educação, analisar-se-á, sob a perspectiva da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, quais são os feixes de múltiplas posições que emergem da educação e as consequências que se impõem ao Estado para sua efetiva promoção.

3 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o dever do Estado no desenvolvimento da infraestrutura educacional

A teoria clássica do direito constitucional, pautando-se pela perspectiva histórica, classifica os direitos fundamentais em três grandes grupos: os direitos individuais; os direitos sociais e os direitos transindividuais (ou direitos coletivos).

Nos termos em que leciona Camaratta e Rivero, os direitos individuais (civis e políticos), provenientes das Constituições liberais do século XIX, caracterizam-se

¹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Autonomia municipal no Estado federal brasileiro. *Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 199-208, jul./dic. 2014. p. 202.

pela desnecessidade de qualquer atuação estatal para efetivá-los, bastando que o Estado se abstenha de interferir na liberdade das pessoas para que eles produzam os efeitos. Por outro lado, os direitos sociais (sentido amplo da palavra, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais), os quais nascem dos movimentos sociais do século XX e ganham maior importância jurídica após a Segunda Guerra Mundial, caracterizam-se pela imposição de deveres positivos ao Estado, pelos quais se concretizam. Por último, os direitos transindividuais ou coletivos, emergentes no último quarto do século XX, possuem como traço específico a titularidade que transcende ao próprio indivíduo ante a necessidade de serem tutelados como bens jurídicos de toda uma sociedade.¹¹

No entanto, a referida classificação, diante da limitação estrita que impõe aos direitos fundamentais, agrupando-os em categorias pré-fixadas e limitando o seu âmbito de eficácia, há um bom tempo vem sofrendo críticas.

Nesse contexto, a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais exsurge com o objetivo de, sob um novo paradigma, demonstrar que todos os direitos fundamentais pertencem a uma mesma categoria, de modo que sua idêntica estrutura bidimensional normativa gera feixes de posições jurídicas idênticas a todos os direitos fundamentais. Noutros termos, pode-se dizer que os direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais, independentemente de possuírem o rótulo de individuais ou sociais, podem ser caracterizados, a partir do paradigma da multifuncionalidade, por fruírem de idêntico tratamento. Explica-se.

Os direitos fundamentais, no contemporâneo Estado Constitucional, não só conferem “posições subjetivas ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, [...] expandem deveres objetivos ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independente da provocação do particular”.¹² Assim, independentemente de como as normas de direito fundamental são dispostas na Constituição, todas elas são detentoras de uma estrutura típica cujo conteúdo fundamenta-se na imposição ao Estado tanto de obrigações quanto de deveres.

Trata-se da estrutura bidimensional supracitada: a norma de direito fundamental, independente da “classificação” a ela conferida – natureza individual, social ou transindividual –, detém conteúdo que confere ao cidadão posições subjetivas em face do Estado (dimensão subjetiva) e, ao Estado, impõe deveres

¹¹ CAMARATTA, Martin; RIVERO, Antonela. Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, vol. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015. p. 128-129 – tradução livre.

¹² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, ago./dez. 2013, p. 624.

de cunho objetivo (dimensão objetiva). Isto, porque “da própria existência de um direito subjetivo [...] dirigido ao Estado, resulta sempre uma dimensão objetiva”.¹³

A análise estruturada dessas duas dimensões dos direitos fundamentais permite concluir pela multifuncionalidade dos direitos fundamentais. E, sob o olhar da multifuncionalidade, entende-se que não é mais possível associar os direitos fundamentais a uma função única: de cada direito fundamental podem ser extraídos variados deveres – respeito, proteção e promoção –, decorrentes de incumbências de distintas naturezas que eles dirigem ao Estado. Noutros termos, aduz-se que de todas as normas jusfundamentais deriva a “imposição ao Estado ou às entidades públicas – enquanto destinatários primários dos direitos fundamentais – de particulares deveres jurídicos de *fazer, de não fazer ou suportar*”.¹⁴

Observa-se, nesse influxo, que todas as normas de direito fundamental, quando consideradas no sentido amplo, desdobram-se em cinco funções, quais sejam: (i) de defesas contra agressões do Estado; (ii) de prestações materiais oferecidas no mundo dos fatos; e (iii) de prestações normativas, as quais estão associadas (iii.a) à proteção do direito fundamental contra ações de particulares e (iii.b) à criação de órgãos e instituições [organização] e (iii.c) à estruturação de procedimentos passíveis de permitir o desempenho universalizado das demais funções.¹⁵

Neste mesmo sentido, porém com outro enfoque, observa-se outra classificação, a qual tem como arrimo as facetas de defesa e de prestação acima mencionadas. A primeira (faceta de defesa) refere-se à função de respeito, donde a ameaça provém do próprio Estado e este, portanto, deve abster-se de interferir na esfera dos cidadãos. A segunda faceta (prestacional) relaciona-se com a função de promoção e proteção e concerne-se à criação de pressupostos fáticos e jurídicos necessários ao exercício do direito, as quais são divididas em prestações de sentido estrito e de sentido amplo.

Essas funções dos direitos fundamentais, quando associadas à segunda classificação apresentada, podem ser organizadas da seguinte forma: a faceta da defesa abrange a função de proteção dos cidadãos contra agressões do Estado; a faceta prestacional em sentido estrito corresponde às prestações materiais, oferecidas no mundo dos fatos; por último, a faceta prestacional em sentido amplo diz respeito às prestações normativas associadas à proteção do direito fundamental

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 68.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 53.

¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, ago./dez. 2013, p. 628.

contra ações de particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos, os quais permitam o desempenho universalizado das demais funções.¹⁶

Nesse prisma, veja-se os resultados obtidos quando os elementos da classificação apresentada são aplicados para o direito fundamental à educação,¹⁷ utilizando por base os preceitos que o disciplinam na vigente Constituição.

O cidadão pode escolher em qual escola matriculará o seu filho, se na pública ou na privada, devendo o Estado abster-se (não interferir) nesta decisão (dimensão da defesa). O Estado, por sua vez, deve promover a educação (art. 205 da CF/1988), assegurando a existência de professores qualificados nas salas de aula, os quais, no dia a dia, se incumbirão da tarefa de lecionar (prestação fática). No que concerne à função de proteção contra os particulares, cabe ao Estado a criação de normas que definam padrões de qualidade, para que os particulares não prestem serviços educacionais abaixo dos níveis adequados. Ainda, cabe ao Estado regular como se dará o acesso ao ensino público, tais como a divisão de acesso por bairros, a forma de se efetuar a matrícula, etc. (função de procedimento). Por fim, é de competência do Estado a criação, ampliação e a manutenção das escolas públicas, estruturando-as e equipando-as adequadamente (função de organização), a fim de garantir a prestação da educação básica gratuita aos cidadãos.¹⁸

Exatamente em relação à faceta organizacional do direito fundamental à educação que se origina o dever da Administração em estruturar estabelecimentos adequados, garantindo-se, assim, a “participação efetiva dos cidadãos nas instituições públicas e nos processos susceptíveis de afetar os seus direitos fundamentais”.¹⁹ Noutros termos, é dizer: no que se refere à perspectiva de organização do direito à educação, compete à Administração, seja direta ou indiretamente, estruturar adequadamente a infraestrutura educacional, proporcionando aos cidadãos estabelecimentos e ambientes educacionais devidamente organizados e aparelhados.

¹⁶ Trata-se de síntese elaborada por Daniel W. Hachem (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná).

¹⁷ Perceba que não se fez qualquer referência à educação como direito social, mas sim a direito fundamental. Tal terminologia abarca a concepção, anteriormente afirmada, de que os direitos fundamentais possuem identidade estrutural e pertencem a uma única categoria.

¹⁸ Observe que o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, determina o dever do Estado na prestação do serviço de educação básica (4 aos 17 anos) de forma gratuita.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 84.

4 Parcerias público-privadas no Brasil

Com a Reforma Administrativa dos anos 1990 ocorreram significativas alterações na forma de atuação da Administração Pública, principalmente no que concerne à maneira pela qual a elaboração e a celebração dos contratos administrativos seriam realizados, pautados sob o paradigma da consensualidade. Por consequência dessas mudanças, a Administração burocrática, fundada em prerrogativas contratuais arbitrárias, cedeu espaço à Administração consensual,²⁰ multipolar,²¹ a qual preza pela busca de soluções consensuais e conta com a participação do setor privado na efetivação das atividades públicas.

Foi nesse contexto que, dentre outros instrumentos contratuais inseridos no ordenamento pátrio, foi editada a Lei Federal nº 11.079/04, denominada “lei das parcerias público-privadas” e que teve por escopo a introdução no ordenamento jurídico de duas novas modalidades de concessões, quais sejam: a concessão patrocinada e a administrativa.²²

Imperioso destacar que os conceitos estruturantes das parcerias público-privadas foram importados da experiência europeia, em especial do Reino Unido. Na experiência inicial daquele país, as parcerias “foram introduzidas no cenário internacional na década de 80 pelo governo de Margaret Thatcher, tendo sido retomadas em 1992 [...] pela fórmula denominada de Programa de Financiamento Privado (*Private Finance Initiative – PFI*)”.²³ Posteriormente, em 1997, remodelaram-se os tais PFIs e, finalmente, foi desenvolvido o conceito de *Public-Private Partnership*.

Na esteira, a ideia motriz da lei das parcerias público-privadas não foi uma solução criada pelo Poder Político nacional: trata-se do acolhimento, a partir da experiência internacional, das sugestões emanadas pelos organismos de financiamento internacionais.²⁴ O que se objetiva com essas modalidades de concessões

²⁰ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Administração Pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37-44, jul./dez. 1998, p. 43.

²¹ Eurico Bitencourt Neto, ao tecer considerações sobre a Administração Multipolar, afirma que “a Administração contemporânea, em boa medida, substitui modos de atuação que se constituem por relações bilaterais, com efeitos restritos aos seus sujeitos, por intervenções que geram efeitos espraiados” (BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 214).

²² Destacando que existem diversas modalidades de parcerias público-privadas, as quais não se limitam àquelas prescritas na lei em comento, Carlos Ari Sundfeld assevera que “a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a concessão patrocinada e a administrativa” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22).

²³ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014. p. 187.

²⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014. p. 187.

é atrair o investimento privado para que o Estado execute, indiretamente, as atribuições constitucionalmente a ele atribuídas, especificamente quando associada à necessidade de se investir em infraestrutura.

O texto normativo em análise é preciso ao conceituar as duas modalidades contratuais por ele inseridas. Define a concessão patrocinada como sendo a concessão prevista na Lei nº 8.789/95 – concessão de serviços públicos ou obras públicas – e que ainda envolva, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.²⁵

Por sua vez, conceitua a concessão administrativa como sendo “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”.²⁶ Elemento basilar das concessões patrocinadas, diferenciando-as da concessão comum, portanto, é o sistema tarifário, o qual pressupõe, necessariamente, contraprestações pecuniárias da Administração.²⁷

No que concerne ao objeto das concessões previstas na legislação, a norma autoriza a celebração dos contratos nela inseridos para qualquer objeto passível de delegação, excluídas as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.²⁸ Além disso, não é permitida a celebração de contratos de parcerias público-privadas “que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.²⁹ Por fim, há expressa vedação para a celebração de contratos cujo valor e período da prestação de serviços sejam inferiores, respectivamente, a 10 milhões de reais e período de cinco anos.^{30 31}

A legislação concentra uma série de outros elementos que se dirigem não só a melhorar a credibilidade e confiabilidade institucional do parceiro público, mas também a convencer o particular – conferindo-lhe segurança jurídica e financeira – a participar e firmar estas modalidades contratuais, ressaltando: (a) o oferecimento de um amplo rol de garantias financeiras, dentre eles, a vinculação

²⁵ Lei 11.079/04, art. 2º, §1º.

²⁶ Lei 11.079/04, art. 2º, §2º

²⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

²⁸ Trata-se de previsão contida no art. 4º, inciso III, da lei em comento: “Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”.

²⁹ Lei 11.079/04, art. 2º, §4º, inciso III.

³⁰ Lei 11.079/04, art. 2º, §4º, incisos I e II, respectivamente.

³¹ Com o objetivo de permitir que um maior número de Municípios, especialmente aqueles com orçamentos públicos exíguos, usufruam das vantagens inerentes à celebração de parcerias público-privadas, a recém-publicada Lei Federal nº 13.529, de 04 de dezembro de 2017, diminuiu o valor-piso originalmente previsto na Lei das PPPs, alterando-o de 20 milhões para 10 milhões de reais. Com efeito, a alteração legislativa permitirá que inúmeros projetos de PPPs – seja porque o ente federativo não possuía receita mínima necessária para celebrá-los, seja porque a modelagem do projeto era insuficiente a alcançar o valor financeiro mínimo – possam a ser impulsionados.

de receitas e a criação de um fundo garantidor; (b) a estruturação da repartição objetiva de riscos; (c) a imposição de valor contratual mínimo, além de tempo hábil para a amortização dos investimentos (5 a 35 anos); (d) a necessidade de criação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o objeto contratual; (e) a imposição do emprego da arbitragem para a resolução dos conflitos.³²

A Lei em referência também apregoa uma série de garantias voltadas à Administração Pública, dentre as quais, elenca-se: (a) o aumento significativo dos serviços a serem concedidos à iniciativa privada, diante da ampla abertura conferida pelo texto normativo; (b) a possibilidade de remuneração do parceiro privado pela vinculação de taxas pertinentes ao serviço; (c) a remuneração do concessionário mediante o alcance dos parâmetros envolvidos, admitindo-se a remuneração a menor, caso os resultados sejam inferiores aos contratualmente estabelecidos; (d) a possibilidade de abertura de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), o qual permite subsidiar a Administração na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos e de parceria público-privada.

Na mesma linha, Fernando Mânica e Fernando Menegat chamam atenção a outras possíveis vantagens propiciadas pela Lei, tais quais: (a) mobilização de financiamento privado, para construir, reformar ou implantar infraestruturas públicas, com seus próprios recursos, amortizados a longo prazo; (b) possibilidade de obtenção de estudos e projetos gratuitos, por intermédio dos PMIs;³³ (c) via de regra, os pagamentos ao parceiro privado ocorrem após a implantação da infraestrutura e início da prestação dos serviços; (d) transferência de inúmeras dificuldades gerenciais ao setor privado e alocação de riscos contratuais;³⁴ ³⁵ (e) a remuneração não é computada como despesa de pessoal para fins de Lei de

³² FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, n. 23, ano 6, p. 145-177, jan./mar. 2006. p. 146.

³³ Qualquer empreendimento público deve ser precedido por numerosos estudos, como viabilidade econômica, política e social, ambiental, técnica etc. Tais estudos costumam se constituir em um projeto básico, ou anteprojeto de engenharia. São serviços técnico-especializados que, nas licitações tradicionais são contratadas por uma licitação própria. No regime concessório, no entanto, há a possibilidade em instituir o Procedimento de Manifestação de Interesse, por meio do qual empresas especializadas oferecem tais estudos, que são escolhidos pela Administração, e a remuneração correspondente ficará a cargo do vencedor da licitação para a concessão, que se utilizará destes dados. Deste modo, há a possibilidade de coleta de inúmeras informações acerca do empreendimento, e a remuneração não será exercida pela Administração Pública. (Sobre o tema: MÂNICA, Fernando B.; MIRANDA, Gustavo. *Participação privada no planejamento e modelagem do objeto dos contratos administrativos de infraestrutura*. Inédito.)

³⁴ Assim preceitua a Lei no artigo 4º, inciso VI, ao designar que a contratação da PPP deverá observar a “repartição objetiva de riscos entre as partes”. E ainda, no art. 5º, inciso III, o qual estabelece que o contrato deverá prever “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

³⁵ Sobre o assunto, Fernando Vernalha Guimarães faz exposição da alocação de riscos identificáveis como: (i) Risco de Demanda; (ii) Risco do Projeto de Engenharia, Construção e Operação; (iii) Riscos Regulatórios; (iv) Risco Geológico; (v) Riscos de desapropriação/desocupação e (vi) Risco Cambial (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alocação de Riscos na PPP*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Walbach. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 246-256).

Responsabilidade Fiscal; (f) remuneração do parceiro privado é variável, de acordo com o atingimento de metas de desempenho quantitativas e qualitativas fixadas pelo parceiro público.³⁶

Lado outro, deve-se anotar que a experiência inicial concernente à estruturação dos contratos de PPPs tem demonstrado que a Administração Pública encontra inúmeras dificuldades para absorver todas as vantagens inerentes à modalidade contratual em comento. E são diversos os desafios que permeiam a Administração, dentre os quais, destacam-se: postura administrativa pautada em atos autoritários; a falta de qualificação técnica dos gestores e dos servidores públicos; a problemática inerente às interferências políticas e à mudança de governo; a demora na tomada de decisão pelo ente público; e, também, a ausência de procedimentalização no gerenciamento e na fiscalização da execução contratual.³⁷

Embora essas dificuldades possam postergar a escolha da Administração em delegar alguns dos seus serviços via contratos de PPPs, entende-se que tais obstáculos podem ser suprimidos pela capacitação dos agentes públicos acerca desses instrumentos contratuais, especialmente por meio da contratação de profissionais especializados aptos a instruírem a Administrativa tanto no comportamento perante o parceiro privado, quanto na gestão de todo o processo de delegação do serviço e gerenciamento do futuro contrato.

5 A concessão administrativa como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional

Infraestrutura, em sentido amplo, pode ser entendida como a totalidade de bens materiais que servem de suporte para as redes de serviços ou das atividades que satisfazem, principalmente, as necessidades de interesse público, as quais são essenciais para o desenvolvimento econômico-social e cultural dos países.³⁸ Redimensionando o referido conceito para a seara do sistema público educacional, conceitua-se como infraestrutura educacional todos os bens materiais (toda estrutura física escolar) que servem para dar apoio à execução do processo pedagógico de ensino.

Nessa esquadra, em que pese ser claro o comando constitucional de impor ao Estado o dever de promover a educação, sabe-se que o déficit de investimento

³⁶ MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 198-199.

³⁷ PRADO, Inês Coimbra Almeida. *Regulação e gestão pública de contratos de logo prazo*. In: *Oficina de PPPs e Concessões*. São Paulo, palestra proferida em 09 nov. 2017.

³⁸ VALDEZ, Oscar Rafael Aguilar. Reflexiones sobre la titularidad y el título de intervención estatal en las infraestructuras públicas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, 2015, p. 116 – tradução livre.

público nessa área é de longa data. Além disso, é enorme o número de escolas que não possuem infraestrutura educacional adequada para atender os alunos. Os problemas organizacionais abarcam desde a insuficiência de escolas para todos os que necessitam, passando por problemas na construção da estrutura física das escolas,³⁹ colocando estudantes em perigo diariamente, e refletindo na ausência de equipamentos mínimos – quando presentes, precários – para instrumentalizar e permitir a prestação do ensino.

Diante dessa incapacidade da Administração Pública, a qual não consegue edificar e aparelhar estabelecimentos educacionais minimamente adequados, é que emerge a viabilidade de se conferir à iniciativa privada a gestão da infraestrutura escolar a partir de concessões administrativas.⁴⁰ Isto porque ao se analisar as parcerias inseridas pela Lei 11.079/04, compreende-se que essas modalidades contratuais – mormente a concessão administrativa – consistem em “instrumento(s) para viabilizar o atendimento a relevantes necessidades de interesse coletivo, insuscetíveis de satisfação mediante a atuação isolada do poder público”.⁴¹

Relembre-se que a 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”, consoante se retira do texto legal. Defronte a amplitude que o texto legal conferiu às concessões administrativas, pode-se concluir que, ressalvadas as vedações expressas na própria lei, “tudo o mais pode ser objeto de concessão”,⁴² sendo a administração direta ou indiretamente beneficiária do serviço.

É no campo das concessões administrativas, portanto, que a infraestrutura do sistema público de educação pode ser desenvolvida, porquanto essa modalidade de concessão pode contemplar como objeto serviços não privativos do Estado, a exemplo da educação, que deve ser prestada de forma gratuita pelo Estado. Explica-se.

O ente político detém a prerrogativa de escolher a maneira pela qual aumentará e melhorará a infraestrutura escolar. A regra geral seria seguir os ritos

³⁹ No que concerne à infraestrutura educacional, a ONG Transparência Brasil, a partir de dados oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), constatou que 25% das obras já iniciadas estão ou paralisadas ou inacabadas (ONG Transparência Brasil. *Transparência Brasil e Observatório Social lançam projeto Obra Transparente*. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/blog/post/obratransparente>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁴⁰ Afasta-se, de pronto, a concessão patrocinada, porquanto é requisito estrutural desta modalidade de concessão a contraprestação financeira do ente público contratante.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias Públicos-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-50. p. 34.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella *Parcerias na administração pública*. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 160.

da Lei 8.666/93, com todas as limitações decorrentes dela.⁴³ No entanto, a Administração poderá, mediante a utilização do instrumento contratual da concessão administrativa – adotando a posição de usuária indireta – organizar toda a infraestrutura escolar.

Ressalva-se, entretanto, que os contratos de concessão administrativa não poderão ter por objeto, única e exclusivamente, a execução de obra pública ou o fornecimento e instalação de equipamentos, por força da vedação contida no artigo 2º, §4º, inciso III, da Lei 11.079/04. A fim de respeitar essa restrição legal, anota-se que os objetos das concessões na seara educacional deverão conter, além da previsão para a construção ou manutenção das escolas e o fornecimento e a instalação de equipamentos, deveres correlacionados à realização de serviços circundantes àquele objeto. Tais serviços, a título exemplificativo, podem consistir na realização da manutenção das instalações prediais, da limpeza e da segurança dos prédios escolares, bem como no fornecimento de merendas aos alunos.

Em contrapartida aos serviços prestados, o concessionário receberá, integralmente do Poder Público, contraprestação pecuniária previamente determinada no contrato.⁴⁴ Tal contraprestação deverá, ao longo do contrato, amortizar os investimentos de construção, remunerar os serviços prestados no período da vigência contratual e, também, garantir o lucro do parceiro privado.

Nessa perspectiva, a concessão administrativa pode ser adotada para ampliação e manutenção da infraestrutura escolar brasileira em seus diversos níveis: (I) educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; e (II) educação superior.

A Lei Federal nº 9.394/96 – conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação organiza a estrutura formal da educação nacional da seguinte maneira: à União incumbe, dentre uma série de outras atribuições, “prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva”;⁴⁵ aos Estados membros compete “assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o

⁴³ Floriano de Azevedo Marques Neto cunhou a expressão “maldição do regime único” para criticar o estabelecimento de um regime jurídico único de contratação em contraposição as mais variadas diversificações da natureza das compras governamentais” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, 2009, p. 77-79).

⁴⁴ Além da prestação privada dos serviços abarcados pela Lei das Parcerias Público-Privadas, os quais pressupõem uma intervenção empresarial, Rafael Arruda Oliveira chama atenção à possibilidade do Poder Público celebrar parcerias com entidades do terceiro setor, ou seja, sem fins lucrativos (OLIVEIRA, Rafael Arruda. Parcerias na educação pública com entidades do Terceiro Setor: limites e possibilidades na atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 53-60, jul. 2015).

⁴⁵ Lei 9.394/96, art. 9º, inciso III.

ensino médio⁴⁶ a todos que o demandarem”;⁴⁷ já aos Municípios atribui-se o dever de “oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental”.⁴⁸

No que tange à educação superior, a norma em análise não restringe a sua organização pelos entes federativos, já que essa etapa da educação “será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização”.⁴⁹ No entanto, relembra-se que a atuação dos Municípios em outros níveis de ensino somente é permitida “quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.⁵⁰

Nesse plano, pode-se perceber que cada ente federativo possui autonomia para escolher o meio pelo qual irá “organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino”.⁵¹ Verticalizando para o presente estudo, significa dizer: a Administração pode eleger o meio pelo qual arquitetará e concretizará, de modo adequado e eficiente, a ampliação e manutenção da infraestrutura educacional, consistindo em celebração de concessões administrativas uma das possibilidades.

E essa escolha foi efetuada pelo Município de Belo Horizonte, o qual utilizou do instrumento da concessão administrativa não apenas para ampliar o número de creches e escolas da rede municipal (o projeto previa a construção de 32 Unidades Municipais de Ensino Infantil – UMEIs), o qual foi acrescido de 14 dessas unidades, e ainda 5 Escolas Municipais de Ensino),⁵² como também para executar a gestão de toda a infraestrutura escolar (manutenção das instalações elétricas e hidráulicas, segurança, limpeza, lavanderia, compra de materiais e equipamento).⁵³

Ao Município não mais incumbe a preocupação de gerir todo o procedimento necessário para manter a escola estruturada (construção, reformas, compra de equipamentos, etc.), o qual ficou a cargo do concessionário.⁵⁴ Assim, ao ente

⁴⁶ Lembre-se que o ensino médio, nos termos do artigo 36-A da Lei 9.394/96, dispõe que “o ensino médio, atendida a formação geral do educando, poderá prepará-lo para o exercício de profissões técnicas”. Alude-se, portanto, à possibilidade de o ente Estatal estruturar escolas com ensino médio profissionalizante.

⁴⁷ Lei 9.394/96, art. 10, inciso II.

⁴⁸ Lei 9.394/96, art. 11, inciso V.

⁴⁹ Lei 9.394/96, art. 45.

⁵⁰ Lei 9.394/96, art. 11, inciso V, segunda parte.

⁵¹ Tais deveres são imputados a todos os Entes federativos, consoante se retira dos art. 9º, II, 10, I, e 11, I, todos da Lei 9.394/96.

⁵² PPP BRASIL. *Belo Horizonte multa concessionária de PPP de escolas*. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/belo-horizonte-multa-concessao%C3%A1ria-de-ppp-de-escolas>. Acesso em: 06 fev. 2018.

⁵³ INOVA BH. *Obrigações do Privado*. Disponível em: <http://www.inovabh.com.br/>. Acesso em: 07 fev. 2018.

⁵⁴ Logicamente que ao Município compete a fiscalização do Contrato de Parceria. Contudo, percebe-se a enorme diferença entre gerir apenas um contrato de PPP em face da gestão integral da infraestrutura escolar.

público cabe convergir os esforços, apenas, para o gerenciamento do projeto pedagógico municipal – através do melhoramento da qualificação dos professores – para a execução das aulas.

Observe-se, nessa medida, que no caso de Belo Horizonte não houve delegação da gerência do sistema pedagógico local para a iniciativa privada ou burla à regra constitucional do concurso público: o objeto da concessão administrativa limita-se à reestruturação da infraestrutura escolar mediante a ampliação, em qualidade e quantidade, das escolas e da estruturação de todos os instrumentos necessários a uma escolarização adequada (quadros-negros, carteiras, cadeiras, banheiros, salas de informática, áreas externas, etc.).⁵⁵

Nesse ponto, deve-se atentar para o alerta de Irene Nohara, para quem a contratação de concessões administrativas não deve ser utilizada para a desestruturação de algumas das atividades-fins do Estado, de modo a provocar impacto na sustentabilidade da gestão pública futura.⁵⁶ É importante destacar, a propósito da crítica trazida pela autora, que toda a infraestrutura criada e mantida pela iniciativa privada por meio de contratos de concessão administrativa possui natureza de bem público, de modo que sua ampliação e manutenção não trazem qualquer risco à preservação do interesse público e à continuidade de atividades essenciais, como é o caso da educação.

Ainda, a Administração tem o dever de cumprir eficientemente as tarefas a ela outorgadas pela Constituição. Neste caso, se os serviços públicos estiverem sendo prestados de maneira mais adequada e eficiente, a Administração tem o dever de, ao término do contrato, agir no sentido de manter os níveis de qualidade alcançados, pactuando-se uma nova concessão ou encontrando outros meios para tal. E é exatamente nesta direção que caminha o posicionamento de Ciro Di Benati Galvão ao afirmar que “um bom planejamento, contendo metas a serem alcançadas, mediante a escolha e a utilização adequada dos meios facilita a superação de problemas e/ou obtenção de melhores resultados públicos”.⁵⁷

Imperioso notar, nessa medida, que a realização da função de organização educacional por meio de contratos de concessão administrativa não configura privatização do ensino, mas apenas trespasse ao particular da criação, ampliação, manutenção e reestruturação da infraestrutura escolar a partir dos novos instrumentos inseridos no ordenamento pátrio. Bitencourt Neto, nessa esteira, expõe que a Administração do século XXI deve reconhecer os “novos instrumentais

⁵⁵ Deve-se rememorar, conforme já tratado, que a delegação das atividades específicas de ensino não é objeto de vedação legal, conforme prevê o já mencionado artigo 4º, inciso III da Lei 11.079/04.

⁵⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, 2014. p. 198.

⁵⁷ GALVÃO, Ciro di Benatti. Planejamento administrativo e concretização das atribuições administrativas dos entes municipais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 62, p. 226.

jurídicos, revendo velhos dogmas, repensando antigas verdades, para que possa oferecer meios de realização dos fins do Estado de Direito democrático e social que sejam compatíveis com as turbulências e a complexidade do tempo em que se vive”.^{58 59}

Nesse plano, importante ter claro que a celebração de parcerias público-privadas na modalidade concessão administrativa, com a execução dos serviços meios necessários, expandir e gerir a infraestrutura educacional é medida que se mostra juridicamente possível e, também, passível de garantir o padrão de qualidade educacional determinado pela Constituição Federal, sem retirar do Estado o poder estatal de gestão e execução pedagógica.

6 Considerações finais

A análise do direito fundamental à educação à luz da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais permite constatar que o Estado tem o dever de efetivar, promover e garantir o direito fundamental à educação nas suas cinco frentes: defesa (abstenção); prestação fática (promoção); prestação normativa de defesa (proteção), organização e procedimento (promoção). É sob o enfoque da perspectiva organizacional que exsurge à Administração o dever de implementar a infraestrutura necessária à promoção do direito fundamental à educação.

Relacionando-se o direito fundamental à educação com as características do contrato de concessão administrativa – modalidade contratual que legitima à Administração pactuar contratos de concessão para fins de prestação de serviço, podendo envolver a execução de obra e a instalação de bens –, permite-se defender pela viabilidade de o Estado desenvolver a infraestrutura educacional mediante a contratação de concessões administrativas.

O trespasse da gestão da infraestrutura educacional para a iniciativa privada consiste em uma nova configuração da expansão e manutenção do sistema escolar, na qual se transfere ao particular a atribuição de criar, ampliar e conservar a infraestrutura necessária à promoção das atividades de ensino.

Ressalva-se que, nesse modelo, não se transfere ao privado a atribuição por todo processo educacional: pelo contrário, a delegação da atribuição restringe-se à criação e à gestão da infraestrutura dos prédios educacionais públicos. Essa

⁵⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 221-222.

⁵⁹ No mesmo sentido, caminha o posicionamento de Vivian Cristina Lima López Valle, a qual leciona que “o Direito Administrativo precisa se libertar das fórmulas construídas no século XIX e XX” (VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Ithala. 2016, p. 469).

restrição não apenas permite concentração de esforços da Administração na gestão pedagógica e na execução das atividades propriamente educacionais, como também impede que o particular exerça atribuição constitucionalmente dirigida à Administração.

A delegação da gestão da infraestrutura escolar pública ao particular concessionário pode ser benéfica tanto para a Administração, quanto para os administrados, já que aquela dedicar-se-á à promoção do ensino propriamente dito, incluindo-se aí a concentração de esforços na delimitação do projeto pedagógico, o que poderá ocasionar a melhora da qualidade da educação aos cidadãos.

À Administração Pública incumbe empregar os instrumentos gerenciais mais adequados para superar o modelo atual, que até agora, não se mostrou apto a produzir os efeitos previstos pela Constituição da República, mormente quando o que está em jogo é o direito à educação.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da Pessoa Humana, direitos fundamentais e direito administrativo. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, vol. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMARATTA, Martin; RIVERO, Antonela. Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, vol. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015.

CARMO, Erinaldo Ferreira do; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. A educação como direito universal. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 137-148, abr./jun. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parcerias na administração pública*. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 53-69, set./dez. 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Autonomia municipal no Estado federal brasileiro. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 199-208, jul./dic. 2014.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, n. 23, ano 6, p. 145-177, jan./mar. 2006.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Planejamento administrativo e concretização das atribuições administrativas dos entes municipais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 62, p. 221-235, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. *In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

INOVA BH. *Obrigações do Privado*. Disponível em: <http://www.inovabh.com.br/>. Acesso em: 07 fev. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. *In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Parcerias Públicos-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-50.

LIMA, Carolina Alves de Souza. A conquista da educação como direito fundamental. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1115-1137, maio/ago. 2015.

MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no Direito Brasileiro*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MÂNICA, Fernando; MIRANDA, Gustavo. *Participação privada no planejamento e modelagem do objeto dos contratos administrativos de infraestrutura*. Inédito.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, 2009.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Administração Pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37-44, jul./dez. 1998.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Parcerias na educação pública com entidades do Terceiro Setor: limites e possibilidades na atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 53-60, jul. 2015.

PRADO, Inês Coimbra Almeida. *Regulação e gestão pública de contratos de longo prazo*. *In: Oficina de PPPs e Concessões*. São Paulo, palestra proferida em 09 nov. 2017.

PPP BRASIL. *Belo Horizonte multa concessionária de PPP de escolas*. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/belo-horizonte-multa-concession%C3%A1ria-de-ppp-de-escolas>. Acesso em: 06 fev. 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. *Revista de Direito da Administração Pública*, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223, jan./jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRANSPARÊNCIA BRASIL *Transparência Brasil e Observatório Social lançam projeto Obra Transparente*. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/blog/transparencia-brasil-e-observatorio-social-lancam-projeto-obra-transparente/>. Acesso em: 10 ago. 2017.

VALDEZ, Oscar Rafael Aguilar. Reflexiones sobre la titularidad y el título de intervención estatal en las infraestructuras públicas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 114-139, 2015.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Ithala, 2016.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; MANGULLO, Marcella Querino; LAGE, Ricardo Teixeira. O direito à educação e a Lei 12.711/2012 (Lei de Cotas). *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 58, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÂNICA, Fernando Borges; AZEVEDO, William Geraldo. Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 195-215, jan./mar. 2019.
