

# A Concessão de Obra Pública no Sistema Constitucional

TORQUATO JARDIM

Advogado. Professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Michigan (Ann Arbor). Ministro do Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

*1. Concessão de obra pública e autorização, concessão e permissão de serviço público. 2. Modelo constitucional de planejamento e controle estatal. 3. Financiamento da concessão de obra pública. 4. Legislação infraconstitucional para viabilização da concessão de obra pública.*

### *1. Concessão de obra pública e autorização, concessão e permissão de serviço público*

1.1. A Constituição brasileira não contempla o instituto *concessão de obra pública*. Trata, sim, da autorização, concessão e permissão de serviço público.

O art. 21, inc. XII, diz competir à União “explorar, diretamente ou mediante *autorização, concessão ou permissão*, os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações” (alínea *a*), “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro-energéticos” (alínea *b*), “a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária” (alínea *c*), “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território” (alínea *d*), “os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros” (alínea *e*) e “os portos marítimos, fluviais e lacustres” (alínea *f*).

O art. 175, *caput*, torna incumbência do Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de *concessão* ou *permissão*. O parágrafo único do mesmo art. 175 remete à lei dispor sobre “o regime das empresas *concessionárias* e *permissionárias* de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da *concessão* ou *permissão*” (inc. I), “o direito dos usuários” (inc. II), “a política tarifária” (inc. III), e “a obrigação de manter serviço adequado” (inc. IV).

1.2. Os conceitos de autorização, concessão e permissão estão, de muito, estabelecidos.

A *autorização* é “ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular (ou) o exercício de atividade, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo” ou “a utilização privativa de bem público” (CRETELLA JR.).

A *concessão* é a “delegação a um particular (eventualmente... ente público), pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários” (CARLOS BARROS JR.).

A *permissão* é “ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao administrado (pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado) a prestação de certa atividade de interesse coletivo, condicionando-a ao preenchimento prévio de determinados requisitos, podendo ser dada a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pelo Poder Público” (CRETELLA JR.).

A autorização e a permissão são atos unilaterais e discricionários; a concessão envolve sempre a figura do contrato. Aquelas precárias; esta protegida pelo pacto contratual.

1.3. A *concessão de obra pública* já foi assim estudada:

“Contrato pelo qual uma ou várias pessoas se obrigam para com a administração a fazer executar, às suas expensas, riscos e perigos, trabalho de utilidade pública mediante o recebimento de retribuição ou de outras vantagens estipuladas no ato de concessão” (DELALLEAU).

“O contrato de obras públicas tem um sentido de todo diverso das concessões de serviços públicos. Quando acompanha a concessão de serviço público, por ela é absorvido como acessório;

quando considerado isoladamente tem um conteúdo próprio, inconfundível” (BRANDÃO CAVALCANTI).

“Para realizar uma obra pública, pode a administração confiar a execução a pessoa que, ao invés de receber uma retribuição fixa, relativa à execução total, ou simplesmente proporcional ao trabalho realizado, fica incumbida de gerir o serviço público, ao qual se destina a obra, percebendo, no tempo e nas condições pré-fixada, os competentes tributos. Surge aqui a figura da concessão, na modalidade que os escritores costumam chamar concessão de obra pública” (MASAGÃO).

Vários são os processos de que se vale a administração para que a obra pública chegue a seu termo e desempenhe o papel a que lhe reservou a pessoa jurídica estatal no cenário jurídico-administrativo. Quando a administração entrega a execução de obra pública a uma pessoa, que fica encarregada de gerir o futuro serviço público, que emanará, naturalmente, da obra (servindo esta como suporte ou base no serviço prestado), recebendo a prestadora, dos usuários, a denominada tarifa, ao invés de receber a retribuição integral ou proporcional do Estado, no término da obra, temos a denominada concessão de obra pública. “Reduz-se a concessão de trabalho (ou de obra pública) a uma simples modalidade da concessão de serviço, encarregando-se também de construir, previamente, às próprias custas, as obras públicas necessárias para o funcionamento do serviço” (RIVERO). (CRETELLA JR.).

1.3.1. A concessão de obra pública reveste, então, as seguintes características:

(i) é uma relação contratual entre o Poder Público e a pessoa de direito privado (eventualmente um ente público);

(ii) tem por objeto executar uma obra pública e gerir o futuro serviço público que dela emane;

(iii) a remuneração do investimento para execução da obra e do custo de gerenciamento do serviço público, mais o lucro financeiro, previamente acordado no contrato, será obtida mediante a cobrança de tarifa.

1.4. A concessão de obra pública foi redescoberta como instrumento de uma política pública rotulada de “desestatização”. Seu propósito é reduzir

a influência e o controle do Estado sobre a atividade econômica e estimular a iniciativa privada. Cumpre, todavia, distinguir quatro conceitos de política pública, igualmente relevantes e complexos, de sorte a esclarecer adequadamente a finalidade para a qual se pretende fazer da concessão de obra pública um meio eficaz.

1.4.1. O primeiro, *privatização*. Privatizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços do patrimônio público para o patrimônio privado, mediante o processo estabelecido em lei (*due process*); é retirar-se o Estado da atividade econômica.

1.4.2. O segundo, *nacionalização*. Nacionalizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços, no todo ou em parte, do patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas legalmente qualificadas como estrangeiras para o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas legalmente definidas como nacionais, mediante o processo estabelecido em lei (*due process*).

1.4.3. O terceiro, *desregulamentação*. Desregulamentar é reduzir o controle legal exercido pelo Poder Público sobre a atividade econômica e as profissões, seja por meios diretos (subsídios, controle de preços, quotas de importação e de exportação, controle cambial, licenças e registros de atividades, etc.) ou indiretos (estoques reguladores, circulação de moeda, venda de títulos públicos, etc.). Não implica a desregulamentação nem na privatização, nem na nacionalização.

1.4.4. O quarto, *delegação de competência*. Delegar competência, aqui, no sentido de política pública administrativa, é deixar o Poder Público, nos termos da lei (*due process*), a prestação de serviços e a execução de obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social à conta e risco de pessoa jurídica de direito privado, a qual se ressarcirá do custo e do investimento mediante cobrança de tarifa.

1.5. Assim postos esses quatro conceitos de política pública, verifica-se, de plano, que *a concessão de obra pública não serve aos propósitos de privatização, nacionalização e desregulamentação. Poderá ser útil, tão-somente, à delegação de competência.*

Nessa perspectiva, a concessão de obra pública torna-se apenas um exercício de política pública mediante interposta pessoa; um meio alternativo de intervenção do Estado na economia mediante capital de risco privado.

Revela-se, nessa ótica, a imprecisão do discurso oficial de “desestatização” e a sua clara impossibilidade de se alcançar qualquer dos objetivos anunciados de estímulo à iniciativa privada mediante redução da presença do Estado na economia. *A empresa privada torna-se, desse modo, mera “fonte alternativa de crédito” de um Estado devedor falido, incapaz de obter recursos para os serviços e obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social que dele se exige.*

1.6. *Importante, acima de tudo, para a compreensão do quadro jurídico com que se pretende reformar o Estado e a economia, fazendo uso da concessão de obra pública como um dos seus instrumentos, ter-se em mente o modelo constitucional da ordem econômica. Tal modelo, como se verá, está firmado em dois pilares o planejamento legal do que fazer e o controle legal do como fazer.*

## 2. *Modelo constitucional de planejamento e controle estatal*

2.1. A Constituição brasileira presta marcante homenagem à livre iniciativa e à livre concorrência:

(i) *é fundamento* da República Federativa do Brasil a livre iniciativa (art. 1.º, IV);

(ii) da ordem econômica *é fundamento* a livre iniciativa e *princípio* a livre concorrência (art. 170, *caput* e inc. IV).

Equilibra ideologicamente a Constituição aquela aparente vocação liberal individualista com mandamentos coletivistas socializantes:

(i) *é também fundamento* da República o valor social do trabalho (art. 1.º, IV);

(ii) constituem *objetivos fundamentais* da República o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos (art. 5.º, II, III, IV);

(iii) da ordem econômica são também *fundamentos* a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, II, VII, VIII); e

(iv) o elenco extenso de *direitos dos trabalhadores* (arts. 6.º a 11), sem qualquer correspondência, no plano constitucional, de deveres e obrigações de qualquer sorte.

2.2. As disposições constitucionais que explicam o modelo econômico compõem um quadro inequívoco de intervenção estatal permanente, me-

diante planejamento público, em detrimento da iniciativa privada. Alguns exemplos:

(i) a competência da União para elaborar e executar *planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico e social*, aprovados pelo Congresso Nacional (arts. 21, IX; 43, § 1.º, II; 48, IV; 165, § 4.º);

(ii) *plano plurianual regionalizado* das diretrizes, objetivos e metas da administração federal aprovado pelo Congresso Nacional (arts. 48, II; 165, § 1.º);

(iii) sistema *nacional* de gerenciamento de recursos hídricos de competência da União (art. 21, XIX);

(iv) incentivos regionais mediante *juros favorecidos* para financiamento de atividades prioritárias; *isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais* (art. 43, § 2.º, II, III);

(v) exploração, pela *União*, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, de serviços de radiodifusão, telecomunicações, energia elétrica, transportes em geral, aeroportos e portos (art. 21, XII, b, c, d, e, f);

(vi) *lei nacional* sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175);

(vii) o controle, mediante *lei nacional*, dos transportes em geral (art. 178 c/c art. 21, XII);

(viii) a *lei municipal* de desenvolvimento urbano, condicionadora do uso da propriedade privada urbana, a qual só cumprirá sua função social quando atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, *caput* e § 2.º);

(ix) a *lei nacional* de política agrícola, incluindo comercialização, armazenamento, transporte, e “levando em conta especialmente” o crédito, a tributação, os custos de produção, a garantia de comercialização, o seguro, etc. (art. 187);

(x) a *lei complementar* sobre o sistema financeiro nacional (art. 192), incluindo a controvertida cláusula do limite máximo de juros reais anuais (art. 192, § 3.º);

(xi) o ápice do modelo de planejamento público, a proclamação do Estado *como agente normativo e regulador da atividade econômica* o qual, mediante *lei*, exercerá às *funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado* (art. 174);

(xii) por fim, não bastasse já tamanha onisciência do “grosspalm”, a abundância constituinte ao aduzir, mais, que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do *planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (sic)*, o qual incorporará e compatibilizará os *planos nacionais e regionais de desenvolvimento*” (art. 174, § 1.º).

2.5. Tamanha complexidade normativa fez surgir até um processo legislativo complementar para as leis editoras de planos nacionais, regionais e setoriais (art. 166). Cresce, mais, a ingerência estatal quando se confere competência a uma Comissão mista permanente de Deputados e Senadores para “exercer o acompanhamento e a fiscalização” daqueles planos e programas (art. 166, § 1.º, II).

2.4. Resulta do quadro constitucional que a livre iniciativa e a livre concorrência a que se refere o Texto Magno *não são aquelas próprias de uma economia de mercado, como tal entendido na história e na teoria econômicas, mas, ao contrário, expressões de uma empresa privada tolerada como instrumento alternativo de execução de política pública.*

2.5. A *concessão de obra pública*, a par de não contar com previsão constitucional (supra n.º 1), e não servir como instrumento de privatização, nacionalização ou desregulamentação (supra n.º 5), *tem reforçado*, em face do quadro constitucional de planejamento legal do que fazer e de controle legal do como fazer, *seu papel de instrumento de delegação de competência* (supra n.º 4.4). Vale dizer, será meio alternativo de financiamento de serviços e obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante o qual a *empresa privada planejada legalmente* se apresentará no mercado financeiro *em substituição ao Poder Público falido e sem crédito.*

2.6. Observe-se, por fim, que, embora a concessão de obra pública não sirva a qualquer dos propósitos de um programa de “desestatização” — defina-se o termo como quiser, é ela, todavia, compatível juridicamente e coerente ideologicamente com modelo constitucional de planejamento e controle estatal.

### 5. *Financiamento da concessão de obra pública*

5.1. É notório o propósito governamental de servir a concessão de obra pública, enquanto instrumento de delegação de competência (supra n.º 4.4), de estímulo à organização de *joint ventures*, ou outras formas de associação, entre empresas privadas brasileiras e suas congêneres estrangeiras. Seria um canal para entrada de capital externo sem aumento da dívida pública.

Ocorre, no entanto, que esta intenção de atrair parceiros endinheirados esbarra em outra face do modelo constitucional de planejamento e controle estatal: *tratamento diferenciado do capital estrangeiro mediante reservas de mercado e restrições de atividades em favor de empresas nacionais*.

3.2. A Carta Maior começa por distinguir entre *empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional*, mediante o critério do controle efetivo permanente (“a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades” — art. 171, I, II).

Em seguida ficou estabelecido, em favor da empresa brasileira de capital nacional, a possibilidade da lei *conceder proteção e benefícios especiais temporários* em nome da “defesa nacional” ou do “desenvolvimento nacional” ou do “desenvolvimento tecnológico nacional” (art. 171, § 1.º, I, II).

A imprecisão do conceito de empresa cresce diante da competência do Tribunal de Contas da União de “fiscalizar as contas nacionais das empresas *supranacionais* de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta” (art. 71, V).

Pergunta-se: (i) o que significa, no direito positivo, empresa supranacional e (ii) submete-se, então, ao direito público brasileiro — e aos meandros políticos do Tribunal de Contas da União, *e.g.*, o contrato de direito privado de *joint venture* entre empresa privada estrangeira e uma subsidiária ou coligada de sociedade de economia mista? Estariam, assim, os sócios estrangeiros submetidos às eventuais sanções legais (art. 71, VIII) e à “eficácia executiva” das decisões do Tribunal de Contas da União (art. 71, § 3.º)? É óbvia a posição desvantajosa do capital estrangeiro em tal circunstância.

3.3. O Poder Público, dispõe ainda a Constituição, quando da aquisição de bens e serviços, “dará preferência à empresa brasileira de capital nacional” (art. 171, § 2.º).

Outra restrição é a que assegura, mediante lei, “a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira brasileira e registros brasileiros e do país exportador ou importador” (art. 178, II). Não menos arqueológicas as normas sobre serem brasileiros “os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais” (art. 178, § 2.º), ou sobre serem privativas de em-



barcações nacionais a navegação de cabotagem e a interior, “segundo dis-  
puser a lei” (art. 178, § 3.º).

Por fim, a lei que disciplinará, “com base no interesse nacional”,  
os investimentos de capital estrangeiro, os reinvestimentos e as remessas  
de lucros (art. 172).

3.4. Este quadro constitucional restritivo do capital estrangeiro, privile-  
giador do capital nacional, garantidor de reservas de mercado, assegura-  
dor até de preferência na oferta de bens e serviços, mesmo ao custo de  
atraso científico, tecnológico e educacional, infunde marcada preocupação  
jurídica nos eventuais parceiros estrangeiros em concessões de obras pú-  
blicas. E isto porque a Constituição tomou caminho contrário a duas ten-  
dência marcantes da economia internacional neste final de século: o pri-  
meiro, *a livre circulação do conhecimento científico e tecnológico e da  
mão-de-obra especializada como processo de otimização de recursos no  
avanço da cultura*; segundo, *a integração comercial, científica e tecnoló-  
gica em blocos de países, com a finalidade não de se fecharem fronteiras,  
mas, ao contrário, de se viabilizarem, enquanto conjuntos associativos,  
uma ainda maior abertura à livre circulação do conhecimento*.

O modelo constitucional brasileiro revela-se, assim, *prima facie*, um  
desestimulador de associações com capitais estrangeiros.

#### 4. *Legislação infraconstitucional para viabilização da concessão de obra pública*

4.1. Os seguintes tópicos da Constituição estão, pois, a pedir urgente  
reflexão para que a legislação infraconstitucional possa *reinterpretar ru-  
mos, de sorte a viabilizar a concessão de obra pública como instrumento  
alternativo de, mediante delegação de competência, propiciar o Poder Pú-  
blico à sociedade civil, mediante associação com o capital estrangeiro, as  
obras e serviços que se impõem por necessidade ou utilidade pública ou  
por interesse social*.

4.2. Primeiro, a lei que disciplinará os investimentos de *capital estran-  
geiro*, os reinvestimentos e as remessas de lucros (art. 172). Ter por base  
o interesse nacional deve significar, na *construção constitucional*, tornar  
o Brasil tão “juridicamente atrativo” quanto outros países em desenvol-  
vimento, superando-se, definitivamente, o ufanismo nacionalista ôco de  
que o gigante adormecido, tão-só pelo seu tamanho, seja dono de mag-  
netismo e oportunidades irrecusáveis. Não é esta a realidade do mercado,  
e o jurista não pode pretender creditar o desinvestimento apenas ao eco-  
nômico. É, agora, politicamente imperioso rever o jurídico.

4.3. Segundo, a lei sobre *transportes em geral* (art. 178), como instrumento de expansão da oferta de serviços e de emprego, porquanto setor dos mais rentáveis e de mais fácil absorção de tecnologia moderna.

4.4. Terceiro, a lei sobre o regime de *concessão* ou *permissão* de prestação de serviços públicos (art. 175), questão central para a remuneração do investimento de uma concessão de obra pública, na qual se definirá:

(i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias;

(ii) o caráter especial do contrato, sua prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão;

(iii) os direitos dos usuários;

(iv) a política tarifária, expressão, na verdade, por demais imprecisa, e menos feliz que a da Carta anterior (art. 167, II, III), mais clara ao qualificar o parâmetro constitucional: “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato” e “fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”;

(v) a obrigação de manter serviço adequado.

4.5. Particularmente relevante a *equação de remuneração do investimento mediante tarifa*, o que decorrerá do “caráter especial do contrato” (art. 174, par. único, inc. I). Pergunta-se:

(i) por se tratar a concessão de obra pública de gestão privada de política pública, pode-se qualificar de *imutável unilateralmente a equação*?

(ii) ou será tão pública a natureza do contrato entre o Poder Público e o concessionário de obra pública que será possível a revisão de seus termos com base na Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal, “por motivo de conveniência ou oportunidade”, ainda que “respeitados os direitos adquiridos”?

A estabilidade jurídica da relação é essencial para o concessionário, e cresce de importância se se pretende a associação com o capital estrangeiro.

4.6. Quarto, nas leis que implementarem o regime de concessão ou permissão (art. 175), os transportes (art. 178), a energia elétrica, navegação aérea, aeroportos, portos e transportes em geral (art. 21, XII), cuidar de *definir a concessão de obra pública como espécie do gênero concessão de serviço público, de sorte a tê-la acolhida no sistema constitucional*.

4.7. Quinto, definir a natureza do *poder de polícia* que a gestão privada do interesse público disporia para os fins inerentes à ordem jurídica.

O poder de polícia, “intrínseco ao Estado” (ANACLETO DE FARIA), é “a faculdade discricionária reconhecida à administração pública de restringir e condicionar o uso e o gozo dos bens e direitos individuais” (HELY LOPES MEIRELLES). Implica um “conjunto de limitações, eventualmente coativas, das atividades individuais, impostas pela administração, a fim de prevenir os danos sociais que desta atividade possam resultar” (MARCELO CAETANO). “É o sistema das faculdades discricionárias do Estado visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais” (SEABRA FAGUNDES), aí compreendidos os interesses de natureza econômica (BRANDÃO CAVALCANTI).

Se do Poder Público, para exercê-lo, exige-se, no Estado de direito de liberdades, os requisitos de competência legal do agente, finalidade pública, forma legal e proporcionalidade entre o sacrifício do direito e o benefício de ordem geral (cf. ANACLETO FARIA), com mais razão haverá que se impor, ao particular que agir em nome do Estado, na gerência de política pública, a observância restrita do *due process of law* — tanto o formal, quanto o material. Vale dizer, a lei há de estabelecer os limites da delegabilidade de poder de polícia ao agente privado, como também o processo de seu exercício.

4.8. Intencionalmente não foram apontadas as entendas constitucionais que pudessem reverter o quadro adverso não só à iniciativa privada própria de uma economia de mercado, como também ao capital estrangeiro. São questões mais complexas, hoje mais do plano político que do jurídico, a demandar debate legislativo mais extenso. O espaço infraconstitucional, adequadamente concebido, pode ser bastante para a *construção constitucional*, que pode tornar satisfatória, para os fins de política pública que se tem em mira, a *concessão de obra pública*.

4.9. Construção constitucional “é chegar a conclusões sobre matérias que estão além do texto expresso, a partir de elementos conhecidos postos no próprio texto; conclusões estas compreendidas no espírito, ainda não na letra do texto. Recorre-se à construção quando, no contraste entre duas normas editadas pelo mesmo corpo legislativo, há contradição onde evidentemente não foi intenção do legislador contradizer-se, ou quando parte do texto contradita o todo. Se tal ocorre, e a natureza do texto é tal que não se possa admitir o todo invalidado pela contradição parcial, então deve se recorrer à construção. Igualmente se deve fazê-lo se se in-

põe agir em situações não previstas pelo legislador, ao qual, mesmo assim, se recorre em razão de uma vinculação imposta pelo sistema legal.” (THOMAS COOLEY).

Há que se pressupor, para que a Constituição enfrente e supere os desafios do tempo e das circunstâncias, e tenha a possibilidade de responder às exigências do bem comum, que sua linguagem se adapte às emergências futuras, tanto quanto às presentes, de sorte a abranger outras relações, mas extensas, de acordo com os “verdadeiros princípios do texto”, e, assim, “enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno” (STORY citado por MAXIMILIANO).

4.10. O processo, ou “arte” (BLACK), de se construir a Constituição no plano infraconstitucional é menos traumático para as instituições políticas do Estado. Na edição de leis sobre parcelas do universo social, as contradições e as inconveniências reveladas pela práxis podem ser supridas e adaptadas fora do debate sempre mais abrangente da reforma constitucional. Proceder por tentativa e erro no plano infraconstitucional torna menos crucial a transformação da ordem jurídica. Afinal, no longo curso da história, o que torna um sistema jurídico estável e previsível, e portanto de indisputável eficácia social, é o convencimento coletivo — ainda que inconsciente, de que o *processo constitucional de evolução e transformação da sociedade* foi *construído* de sorte a absorver todo o vasto espectro das idéias e dos interesses, dos fins e dos meios.

4.11. Daí a sugestão de que pode ser suficiente a construção infraconstitucional das normas constitucionais sobre o modelo de planejamento e controle estatal, sobre o tratamento do capital estrangeiro e a função da empresa privada, de sorte a se ter o delineamento adequado da *concessão de obra pública* como instrumento eficaz de implementação de política pública. Pode, na verdade se impõe, ao legislador ordinário, ancorado na inarredável fidelidade ao espírito da Constituição, e revelando, ainda que tardiamente, a percepção moderna da economia mundial de integração de produção e consumo e de livre circulação do conhecimento, pode o legislador — repita-se, mediante explicitação do limites legais e dos fins públicos, afastar a dúvida inquietante de que, contra a maré da história, esteja o Brasil por ordenar, pela força da lei, sistema econômico já remetido à arqueologia das idéias humanas.

---

*Nota do Autor:* Versão preliminar deste trabalho foi apresentada no simpósio “Iniciativa Privada e Serviços Públicos”, promovido pelo Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial (Curitiba, dezembro de 1990).