

PARCEIRA PÚBLICO-PRIVADA COMO IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Fabianne Manhães Maciel*

RESUMO

O papel do Estado ao longo do Historio foi bem diversificado, ora com um caráter interventor, e ora com uma postura de regular o mínimo necessário. Esta última postura, adotada inclusive no modelo neoliberal, proporcionou grandes déficit no setor de infraestrutura, desequilíbrios socais, altas taxas de desemprego, alta fragmentação social e instabilidades devido à ampla abertura ao mercado internacional. Para firmar ajustes entre os setores público e privado, visando atender ao desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país, necessário se fez a introdução de novas diretrizes instrumentalizadas por meio de novas formas jurídicas, sendo uma delas o modelo da parceria público-privada. No entanto, este modelo de contratação não deve ser visto de modo isolado, cabendo uma análise em companhia de legislações urbanísticas, tendo em vista a possibilidade de implementação de infraestruturas que não haviam sido efetivadas ao longo do tempo. Apreciar a parceria público-privada e o Estatuto da Cidade é buscar saídas para um Estado em falência fiscal, possibilitando conceder ao parceiro privado, através da utilização de certos instrumentos jurídicos do próprio Estatuto como forma de uma contraprestação interessante a este parceiro. Somente vivenciando uma interpretação e aplicação conjunta dos instrumentos jurídicos à disposição do Estado aliado a vontade política, que poderá ser garantido o desenvolvimento prometido à população brasileira.

PALAVRAS CHAVES

PARCEIRA PÚBLICO-PRIVADA; ESTATUTO DA CIDADE; DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

* Mestre em Direito na área de concentração Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos.

Catching a glimpse at the state development in history its possible to perceive that it is often seen as an inspector or, sometimes, as a political structure only concerned in minimum regulations. This last mentioned posture, mainly adopted by the liberal state model, has provided many infrastructure disadvantages, many social problems, high unemployment rates and social instabilities caused by the wide-open international market. In that way, the adjusts between the public and private sectors, aiming the individual, the estate and the public development, need to be supported upon new law structures, one of which is the partnership model realized by the state in combination with private enterprise. However, its important to have in mind, that this model can't be seen in an isolated way, but as a part of a structure made of many institutes assisted by town planning laws. The partnership between de public and private sectors combined with the City Statute is the answer for a State affected by tributary problems, providing to the private partner many law instruments incentive. In fact, the promised development to the Brazilian population will only be reached enforcing the law instruments an the political will.

KEYWORDS

PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP; CITY STATUTE; DEVELOPMENT

INTRODUÇÃO

O tema da parceria público-privada sempre esteve imbuído de muitas indagações, principalmente pelo fato de ser um modelo de contratação entre o setor público e o privado bem recente no ordenamento. Pela inerente importância do assunto, aliada a uma tentativa de se buscar uma saída para a falência fiscal do Estado, visando atender as demandar por infra-estrutura e urbanismo da população brasileira, tem-se que enfrentar diversos obstáculos, dentre eles a fixação da aplicação deste modelo.

Assim, as diretrizes para fixação de uma parceria público-privada atendem a uma demanda que as demais contratações entre o Poder Público e o setor privado não era atendida, qual seja, a contratação de serviços/obras que não possuíam correspondente lucratividade que atrairia um parceiro.

Foi nesse contexto de incertezas e necessidade de efetivação de um investimento em infra-estrutura, que a muito o Estado não conseguia cumprir, que surgiu o modelo de parceria público-privada.

Incontestavelmente a posição do Estado ao longo da história vem se alterando, passando por modelos diferenciados, seja de provedor de todas as necessidades da sociedade, seja como mero espectador, regulando e intervindo o mínimo possível.

É indubitável que as legislações de cunho administrativo foram se modificando de acordo com o modelo de Estado que se apresentava, porém, mesmo com a introdução de legislações sobre licitações e concessões, se fazia necessário um texto que atendesse a requisitos outros que não eram suportados pelos antigos atos normativos.

Dessa forma, um dos objetivos deste trabalho está em evidenciar a superação do panorama de um modelo de Estado interventor, que consegue ofertar, ele próprio, as demandas da população, para um modelo de Estado que busca ofertar ao setor privado determinadas atividades da qual não conseguiria desempenhar.

Foi necessário traçar ainda, que mesmo com o afastamento deste Estado para o atendimento das demandas da população, visando principalmente o desenvolvimento econômico, não poderia este mesmo Estado deixar de consagrar a liberdade somada a livre iniciativa e a livre concorrência como forma de incrementar a economia e a sociedade brasileira, garantindo o direito ao desenvolvimento pleno.

A idéia defendida é que os déficits sociais e econômicos surgidos com a nova conjuntura nacional e internacional de globalização e neoliberalismo poderão ser diminuídos com investimentos em parceria público-privada, e conseqüentemente a garantia direito fundamental ao desenvolvimento.

No entanto, um aspecto muito importante necessitava ser cogitado, quais seriam os meios para efetivação desta ordenação urbana, cabendo uma análise aos instrumentos no plano físico, econômico, desenvolvimento econômico e social, tributários e financeiros, e ainda, os jurídicos e políticos.

Foram consideradas, posteriormente, as dimensões da correlação que pode ser feita entre o Estatuto da Cidade e a parceria público-privada, preferindo uma análise da ocupação do espaço urbano brasileiro marcado por déficit habitacional, deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, serviços de transporte deficientes e poluentes, agressão ao meio ambiente com ocupação irregular, por exemplo, e a tentativa de correção de tais erros com um processo de urbanização.

Mesmo que o surgimento da legislação urbana não seja recente e mesmo que a Constituição da República de 1988 tenha destinado um capítulo à Política Urbana, foi necessário o surgimento do Estatuto da Cidade para somar novas diretrizes gerais para a política urbana.

Por outro lado, várias tentativas práticas surgiram com o passar do tempo, buscando diminuir este déficit de ordenação urbana como a ocorrida em Porto Alegre, nos Consórcios Intermunicipais e as operações urbanas consorciadas.

Todas as indagações e perspectivas apresentadas neste trabalho consideram a mudança do modelo de Estado e a sua responsabilidade na garantia do desenvolvimento, porém, sem fechar os olhos para uma realidade de falência estatal, e por isso, a busca de instrumentos jurídicos que possibilitariam não apenas a diminuição do déficit social ocasionado pelo ínfimo investimento em infraestrutura ao longo da história, mas também a tentativa de manutenção dos poucos recursos públicos do qual dispõe o Estado, sempre com vistas ao bem-estar e realização humanas.

1 - DESENVOLVIMENTO

A posição do Estado ao longo da história vem se alterando, passando por modelos diferenciados, seja de provedor de todas as necessidades da sociedade, seja como mero espectador, regulando e intervindo o mínimo possível.

A análise deste papel se faz importante na medida que cada modelo de Estado possui uma deficiência e produz conseqüências nem sempre agradáveis à população.

Desta forma, apreciar a evolução dos modelos de Estado é requisito essencial para se concluir a respeito do cenário do surgimento das parcerias público-privadas.

Em primeira análise, pode-se configurar o período do mercantilismo ao Estado Liberal, no qual desde a Revolução Francesa a sociedade tem se questionado sobre qual papel que deveria o Estado desempenhar, por conta disso, devido à sucessão de demandas sociais, o Estado passou a assumir modelos visando a atender tais anseios.

Deve-se frisar que essa seqüência de formas adotada pelo Estado ocorreu devido à impossibilidade de oferecer respostas a uma sociedade cada vez mais dinâmica e participativa.

O maior divulgador do mercantilismo foi Adam Smith através do livro “*The Wealth of Nations*”, publicado em 1776, cuja tradução o denominou como “A riqueza das Nações”.¹ Através de sua análise e crítica ao modelo mercantilista reforçou a idéia de que mesmo procurando sempre um protecionismo alfandegário e comercial, não estava o Estado procurando desenvolver suas manufaturas locais; pelo contrário, o objetivo era apenas o acúmulo de metais nobres fosse no interior do país fosse em colônias devido ao grande impulso dos descobrimentos marítimos no século XVI, ou seja, as demandas agraciadas como modelo eram as da aristocracia e da burguesia, e esta última sempre subjugada à primeira.

Devido às severas críticas ao mercantilismo, Adam Smith inaugurou uma nova era do pensamento econômico denominada de Escola (ou Economia) Clássica. Este pensamento também denominado de liberalismo produziu um novo modelo de Estado denominado de Estado Liberal.

Para este novo modelo de Estado inaugurado por volta de 1776 preconizava o não-intervencionismo. Pensava Smith que as Nações apenas poderiam acumular riquezas se proporcionassem a possibilidade aos indivíduos, através de seus governos, de conduzirem e perseguirem seus interesses pessoais sem amarras econômicas impostas pelo Estado. Entendia que a partir do momento que cada indivíduo busca seus próprios interesses, a economia se ajustaria através do princípio da oferta e procura, beneficiando, deste modo, a sociedade como um todo. O Estado deveria, portanto, ser o aparelho de que se serve o homem para alcançar, na sociedade, a realização de seus fins.²

O absolutismo monarca e a ideologia de liberdade do indivíduo, apesar de opostas, acabaram por marcar a primeira noção de Estado de Direito, onde se verificava a preponderância do interesse burguês.

A burguesia, utilizando-se dos argumentos do direito natural, acabou por diminuir os poderes do monarca e destruir os privilégios dos nobres feudais decadentes.

A partir do momento em que o Estado buscava limitar a sua atividade ao mínimo necessário, estava se concedendo uma maior estima à esfera privada, concedendo ao indivíduo a possibilidade de alcançar seus objetivos particulares sem estar limitado aos ditames do Estado.

¹ SMITH, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*. Biographique par Adolphe Blanqui. Paris: Guilhaumin, 188. Traduction de German Garnier revié et precede d` une notice.

Deve-se assinalar que cabia ao Estado apenas a garantia de uma ordem pública, para manutenção da liberdade do indivíduo, para que este não viesse a sofrer restrições por um outro indivíduo. O interesse público, deste modo, era apenas a conservação das liberdades individuais, e, como cabe ao Estado atender ao interesse público, deveria o mesmo se comportar como mero garantidor de tais liberdades; cabendo ao indivíduo, por seu turno, saber como utilizar-se desta liberdade, conforme proferiu Vierkandt determinando que só tem valor à liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões.”³

A Revolução Francesa fez consolidar a burguesia como classe dominante, e, como dito anteriormente, através de formulações teóricas que tinham como base os direitos naturais formularam seus princípios para tal revolta social. Porém, a ideologia burguesa apenas generalizou a divulgada liberdade a todos os integrantes da sociedade com a finalidade de alcançar o poder político.

Entretanto, com o poderio político em suas mãos, não mais se fazia necessário colocar em prática a ideologia divulgada estendendo a liberdade a todos os homens; pelo contrário, na prática as decisões políticas apenas visavam à ideologia de classe.

Tendo em vista a prática de decisões políticas voltadas única e exclusivamente com o objetivo de atender os anseios da burguesia, foi necessária a elaboração de novo modelo teórico de pensamento econômico e, conseqüentemente, de novo modelo de Estado.

Em virtude de na prática as decisões políticas não atenderem os anseios de toda uma sociedade, se fazia necessário criar um modelo em que esta liberdade do indivíduo introduzida pelo Estado liberal fosse traduzida na possibilidade de este interferir na formação da vontade do próprio Estado, nas suas escolhas políticas. Muda-se, portanto, o foco de um princípio liberal para um princípio democrático, fazendo surgir a chamada democracia de massas ou igualitária.

A Primeira Guerra Mundial fez com que os teóricos passassem a discutir o real alcance desta liberdade prolatada pelo liberalismo. Afinal de contas, que liberdade seria

² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 41.

³ VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*. Zweite verbesserte Auflage. Leipzig, von Quelle & Meyer, 1921, p. 99 apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 60.

esta que teria como contrapartida a escravidão dos trabalhadores, opressão e fome da população?

Não cabia mais à sociedade o discurso de liberdade se esta não estivesse unida aos postulados de justiça social e econômica. Bem salientou Herbert Samuel estabelecendo que não pode haver verdadeira liberdade se o homem for confinado e oprimido pela pobreza, pelo excesso de horas de trabalho, pela insegurança da subsistência (...). Para ser verdadeiramente livre, deve ser libertado também dessas coisas. Em muitos casos, somente o poder da lei poderia conseguir isso. Mas lei pode, muitas vezes, significar mais liberdade.⁴

No âmbito econômico, com a falência do modelo liberal surgiu com a Segunda Revolução Industrial o pensamento econômico dos denominados neoclássicos, de acordo com o qual o Estado deveria desenvolver um papel parcial na economia, passando a sofrer abalos que se refletiam em diversos anseios sociais em face da opressão crescente à classe trabalhadora.

Portanto, de um lado existia o pensamento neoliberal com influências da Escola Clássica, prevendo que o Estado não deveria intervir na economia, devendo adotar o princípio do Estado-mínimo, tendo como principal defensor Friedrich Hayek, que se embasava no ideal de que o Estado não pode ser empresário.

Este Estado possuía como pilar a democracia, devendo ser esta o caminho para o alcance das finalidades sociais. Conforme Paulo Bonavides, democracia seria: “[...] a conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretecida de entusiasmo e boa vontade.”⁵

No Estado Social, com base no interesse público é possível o Estado intervir em interesses individuais na esfera econômica.

Porém, com o crescente papel a ser desempenhado pelo Estado, passa-se a operar uma “confusão definitiva do que seja a esfera do público (do interesse comum, do alcance geral) e o que seja estatal propriamente dito.”⁶

Esta confusão oriunda da transferência de responsabilidade para o Estado acabou por gerar a ausência de uma responsabilidade cidadã, de acordo com o qual os indivíduos deixam de exercer seus deveres e contribuições para uma sociedade melhor,

⁴ SAMUEL, Herbert. *From red to green. Bahro*. p. 221-222 apud VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 51.

⁵ BONAVIDES. *Op. cit.*, nota 2, p. 175.

⁶ VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

transferindo para o Estado a obrigação de atender a todos os anseios da população. O fato de o ser humano declinar de sua responsabilidade pessoal privilegiando a responsabilidade coletiva acabaria por gerar irresponsabilidades.

As legislações que surgiram com o advento desta nova ideologia de Estado não eram uma tradução de generosidade burguesa, e nem mesmo a aceção de uma responsabilidade irrestrita por parte do Estado, pelo contrário, era o reflexo da necessidade de sobrevivência da própria burguesia que se via principalmente bombardeada com a ideologia socialista que influenciava a classe operária.

Mais do que nunca era necessário que o Estado fixasse suas escolhas para investimento de recursos públicos não apenas visando atender demandas imediatistas, mas também visando os efeitos destes investimentos no futuro.

Certo é que o Estado Social oferecia de um grande perigo, que era a índole dos governantes e suas conseqüentes escolhas, e devido à dependência dos indivíduos para com o Estado devido a sua natureza intervencionista e conseqüente impossibilidade daqueles suprirem suas necessidades sem a ajuda deste, fez com que a sociedade se sujeitasse às escolhas dos governantes.

Infelizmente, tais escolhas muitas vezes foram trágicas, ocorrendo desvirtuamento do poder por parte dos governantes, devido a estes deterem o controle da função social e acabarem por utilizar a mesma em proveito próprio, ocasionando corrupção e em alguns casos a destruição do próprio indivíduo, como ocorreu no totalitarismo.

Neste novo cenário, surge o denominado Estado Democrático de Direito, proporcionado ao povo interferir nas escolhas dos investimentos públicos e controlar a aplicação concreta destes.

Deste modo, a visão do espaço público se modifica em face da possibilidade de participação popular, “que decerto não mais se pode confundir pura e simplesmente com o Estado.”⁷

Este modelo de Estado foi incorporado pela nossa Carta Magna vigente, apesar de alguns doutrinadores⁸ discordarem da expressão, preferindo adotar “Estado de Direito Social e Democrático”, visando à proteção às liberdades individuais e ao bem

⁷ BONAVIDES. *Op. cit.*, nota 02, p. 16.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirizações e outras formas*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

comum, buscando que o princípio democrático se expresse no controle da Administração Pública exercida pelo povo.

O que se pretende é um Estado sem atuar na economia, ressalvada sua atuação nos casos de relevante interesse econômico e de segurança nacional, que deverão ser definidos em lei.

A Constituição de 1988 deve ser vista como fruto da movimentação da sociedade civil, marcando o início da reconstrução do governo democrático, preconizadora do modelo do Estado Democrático de Direito, substituindo o modelo do Estado do Bem-Estar Social que estava em decadência no mundo.

Nunca é demais dizer que a dilapidação do Estado brasileiro começou com a ditadura militar propiciando uma abertura à ideologia neoliberal, que já estava concretizada nos países desenvolvidos. Deste modo, os efeitos econômicos da onda globalizante somado ao pensamento neoliberal, de não intervencionismo estatal, oferece suporte suficiente para o sepultamento do modelo providencialista e um retorno ao antigo modelo econômico liberal do séc. XIX.

A regra a ser seguida pelo país seria a auto-regulação da economia pelas forças de mercado, ficando apenas para o Poder Estatal a regulamentação do mínimo necessário para a garantia da lei e da ordem pública.

O auge do pensamento neoliberal, no Brasil, se deu no governo Collor, pois, acreditava a população que, votando em Fernando Collor, a pregação neoliberal faria diminuir a má distribuição de renda e situações precárias nas políticas sociais. A base deste pensamento era uma reação contra o Estado intervencionista e de Bem-Estar.

Após as vitórias políticas devido à ideologia neoliberal, esta começou a perder impulso, refletindo em déficits nas balanças comerciais, desindustrialização, desequilíbrios sociais, altas taxas de desemprego e instabilidades devido à ampla abertura ao mercado internacional.⁹

A sociedade deixada de herança por este modelo possui extrema fragmentação social, com excluídos em sua maioria e beneficiários do progresso econômico em sua minoria.

Em decorrência de toda a mudança empreendida, o Estado não consegue mais responder de forma eficaz a estas novas condições da sociedade. Aliado à ideologia neoliberal, preferiu-se a proclamação da liberdade de serviços em nome da eficiência e

da qualidade, refletindo maciçamente em terceirizações para entes privados os serviços públicos.

Esta atribuição estatal de regulador, conforme Vital Moreira, nasce devido a fatores como: (i) redução do papel econômico do Estado, (ii) a privatização de empresas públicas, (iii) a diminuição dos poderes regulatórios, (iv) a liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime exclusivo público e privado, (v) a limitação ou eliminação de serviços públicos e (vi) o fomento da concorrência nacional e internacional.¹⁰

Quando se pensa em delegação, não é possível excluir a delegação de serviços públicos indiretos mesmo que de forma tácita.

O que se pretende é a aliança entre as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público, no qual o Estado apenas determinará as finalidades a serem atingidas quando a atividade for de relevância coletiva.

Norberto Bobbio afirmou que o “Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império.”¹¹ O Estado tem uma obrigação de regular o setor econômico, e para alguns, também o setor social,¹² visando ao desenvolvimento humano, porém, esta sua função deverá ser exercida não necessariamente através da figura do Estado provedor, mas por um Estado financiador.

Para firmar ajustes entre os setores público e privado, seja lucrativo ou não, visando a atender o desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país, necessário se faz à introdução de novas diretrizes instrumentalizadas por meio de novas formas jurídicas.

Em consequência da necessidade estatal foi editada a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, regulando as concessões e permissões e mais recentemente, a Lei nº

⁹ SADER, Emir. A hegemonia neoliberal na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pabro (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

¹⁰ MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico*. In: Os caminhos da privatização da administração pública. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 223-247.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. 1987, p. 26 apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91.

¹² Michel Crozier defende uma regulação também do setor social, incluindo neste a educação, saúde e assistência social. CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno: estratégia para uma outra mudança*. Brasília: FUNCEP, 1989, p. 99-101.

11.079/2004, regulando a parceria público-privada, espécie do gênero delegação por concessão.

Constatando-se a falência do Estado brasileiro e sua impossibilidade de atendimento a demanda de infra-estrutura, buscou-se uma nova alternativa para solucionar de uma única vez o atendimento ao interesse coletivo e o fomento à atividade econômica, arruinada com a estagnação do modelo neoliberal, sendo o modelo de parceria público-privada uma das saídas encontradas pelo Estado.

Para Jorge Miranda, entendem-se como direitos fundamentais os direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.¹³

Apesar da busca incessante de se firmar a co-responsabilidade dita anteriormente, ainda recai sobre o Estado o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional, inclusive com sede constitucional.¹⁴

Dentro da idéia de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cabendo à organização – mormente por meio de seu aparato administrativo – exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.¹⁵

Não é permitido ao Estado fixar sua atuação visando apenas ao desenvolvimento econômico, devendo fixar também suas diretrizes no homem, em seu cidadão. Pode-se afirmar, que qualquer que venha a ser a intervenção estatal, que busque as prestações de cunho social, buscando principalmente a efetivação dos direitos fundamentais, deixando de lado uma possível assunção de um modelo socialista, deverá e será apoiado.

Deste modo, o direito ao desenvolvimento apregoado pela Carta Magna vigente passa pela consagração da liberdade somada a livre iniciativa e a livre concorrência como forma de incrementar a economia e a sociedade brasileira.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. 4, p. 7.

¹⁴ BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 3º, II.

¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 94.

Deve-se deixar claro que a escassez de recursos públicos não pode ser justificativa para que o Estado se afaste de sua responsabilidade, cabendo a este, ações de fomento, regulações e parcerias.

Devido à previsão constitucional no §2º do artigo 5º, afirmando que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, se faz necessária à análise da Declaração sobre direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), concluindo-se também, tratar o direito ao desenvolvimento com um direito fundamental decorrente do preceito constitucional anteriormente exposto.

A Declaração mencionada estabeleceu que o “desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.”¹⁶

Segundo esta Declaração, cabe aos Estados, conforme o artigo 2º, inciso 3º, o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, visando constantemente o aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em uma participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa.

Por última análise à Declaração, afirma-se o reconhecimento da pessoa humana como participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento,¹⁷ afastando a idéia de um Estado garantidor, e ratificando um modelo de co-responsabilidade entre os cidadãos e o poder estatal.

O direito ao desenvolvimento se insere nos direitos fundamentais de terceira dimensão,¹⁸ que expressam valores atinentes à solidariedade e à fraternidade, cuja titularidade seja difusa ou coletiva, sendo fruto de reivindicações à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas.

Este rol de direitos foi sedimentado pela doutrina, como os que tratam do desenvolvimento, da autodeterminação dos povos, da paz, do meio ambiente, da

¹⁶ Preâmbulo da Declaração, que foi adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986.

¹⁷ Art. 2, inciso 1, da Declaração sobre direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

¹⁸ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos de “primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 57.

qualidade de vida, da conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade e da comunicação.¹⁹

A promoção do desenvolvimento tem que estar aliada à realização da dignidade da pessoa humana, ampliando-se os aspectos que deve pautar a gestão pública, se acolhendo ações de natureza política, econômica, social, ambiental, cultural, etc.

Deve-se inserir a parceria público-privada como um instrumento para a efetivação do direito ao desenvolvimento, preconizado em nossa Carta Constitucional, conforme previsto no inciso VII do artigo 4º da 11.079/2004.

Sendo assim, é obrigatório que os projetos prevejam as referidas vantagens socioeconômicas, afastando a possível preocupação do instituto apenas atender a questões financeiras. Mais do que isso, é necessário que os benefícios econômicos e sociais sejam o ponto central da escolha pela parceria público-privada.

Deste modo, os déficits sociais e econômicos surgidos com a nova conjuntura nacional e internacional de globalização e neoliberalismos poderão ser diminuídos com investimentos em parceria público-privada, e conseqüentemente a garantia direito fundamental ao desenvolvimento.

Sofrendo o Estado Brasileiro na década de oitenta uma grave crise financeira e sua capacidade de financiar obras de infra-estrutura e investimento em serviço público foi enfraquecida. Deste modo, necessidades da sociedade como construção de rodovias, hidrovias, redes de distribuição de água e coleta de esgoto, gasodutos, etc., não mais eram atendidos pelo Estado.

A única saída naquele momento para o país era a desestatização com a delegação dos serviços públicos econômicos à iniciativa privada. Essa desestatização englobava tanto a redução do tamanho do Estado, tornando-o adequado para desempenhar suas tarefas essenciais,²⁰ quanto à privatização, sendo esta a transferência para o setor privado e ao livre mercado de todas as atividades indevidas ou excessivamente estatizadas.²¹

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998 p. 57-68.

²⁰ Essa redução do Estado recebe a denominação inglesa de *downsizing*.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Prefácio. In: SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4º ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Esta desestatização em sentido lato teve reflexos na Constituição Federal de 1988, que acabou por receber emendas, bem como a edição de leis²² com a finalidade de possibilitar na prática este momento. Uma das mais importantes edições de leis visando à desestatização, quiçá a mais importante, foi a Lei nº 8.987/95, denominada como Lei de Concessões de Serviços Públicos, tendo sido posteriormente complementada pela Lei nº 9.074/95.

Com o grande avanço das concessões no país, se fez necessária a edição de leis que regulassem a relação entre o concedente, concessionário e usuário, visando a instituir regras para estas atividades concedidas ao setor privado, fazendo surgir diversas agências reguladoras com tal finalidade.

Na referida onda de desestatizações, o recebimento de tais serviços públicos se fazia tão interessante que ao setor privado não lhe era necessário qualquer tipo de suporte financeiro pelo Estado, pelo contrário, era o setor privado que repassava um valor de outorga estabelecido em licitação para o Estado, recebendo apenas as tarifas pagas pelos usuários durante o prazo de vigência do contrato. Toda a estrutura montada de desestatização parecia alcançar seu real objetivo: tornar o Estado mais leve, possibilitando a este investir nas atividades que não ofereciam lucros à iniciativa privada, como regiões mais pobres do país, bem como às atividades onde não seria possível a obtenção de tarifas devido a sua vedação como a construção de presídios.

Entretanto, o objetivo a ser perseguido não foi o alcançado. O Estado Brasileiro se encontrava mesmo após as desestatizações feitas durante a década de noventa em crise fiscal, submetido a uma grave dívida interna e externa taxada com juros da magnitude que toda a população tinha conhecimento, acrescentada à frustração da população de não ter serviços públicos básicos oferecidos pelo Estado, ou quando oferecidos em situação precária.²³

A saída buscada pelo Estado era a adequação entre o atendimento às demandas populacionais de infra-estrutura, que previam altos custos, e a escassez de recursos orçamentários. Neste contexto surgiu a parceria público-privada no Estado Brasileiro.

Ao contrário das privatizações, nas quais o papel do Estado se limita, basicamente, à regulação e à supervisão das atividades desenvolvidas pelo setor privado, nos programas de parceria público-privada o Estado assume a liderança e busca

²² A Lei Federal nº 8.031/90, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, prevendo a transferência de empresas, bens e serviços do setor público para a iniciativa privada.

alianças com o setor privado, para que este participe em uma ou mais etapas de um processo de investimento.

2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ocupação do espaço urbano brasileiro se faz marcada por déficit habitacional, deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, serviços de transporte deficientes e poluentes, agressão ao meio ambiente com ocupação irregular, por exemplo, diminuição da segurança, etc.

Todos os reflexos destas desordens urbanas precisavam ser corrigidos pela urbanificação, mediante a ordenação dos espaços habitáveis – de onde se originou o urbanismo como técnica e ciência, que busca corrigir os desequilíbrios urbanos. Em sua concepção original, o urbanismo era conhecido como a arte de embelezar cidades, porém, recentemente, seu conceito se aproximou de um sentido social, no qual seu objetivo é o bem-estar coletivo, através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares.²⁴

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 ofereceu bastante atenção à matéria urbanística fixando diretrizes ao desenvolvimento urbano (art. 21, XX e 182), tratando da preservação ambiental (art.s 23, III, IV e VII; 24, VII e VIII; e 225), de planos urbanísticos (art. 21, IX; 30, VIII; e 182), além do tratamento à função social da propriedade. O Estatuto da Cidade veio somar oferecendo diretrizes gerais para a política urbana, conforme previsto nos arts. 21, XX, 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 preferiu instituir um planejamento urbano não apenas para a manutenção de uma diretriz para alcance de uma cidade ordenada, mas, em sentido mais amplo, proporcionou traçar diretrizes para a satisfação dos próprios interesses coletivos.

Porém, para um planejamento que alcance sua finalidade, não basta sua formulação, mas a fixação do seu real cumprimento a curto, médio e longo prazo. Para

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas: PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1. n. 240, p. 106, abr.jun/2005.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27/31.

que isso ocorra, se faz mister analisar o respeito à função social da propriedade, que por sua vez deve caminhar junto com os interesses coletivos, sem sobrepor-se a eles.

A função social da propriedade está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, XXIII, 170, III e 182, devendo ser considerada não apenas um princípio constitucional, mas também a existência de uma natureza política, ideológica e social.

Propôs o Estatuto da Cidade que seus instrumentos, em especial o plano diretor, concedesse efetivação ao princípio da função social da propriedade, podendo ser dito que as diretrizes fixadas no artigo 2º do referido Estatuto possuem o conteúdo mínimo da função social da propriedade.

Com o desenvolvimento do processo civilizatório, as necessidades humanas se mostraram ilimitadas o que ocasionou conflitos no seio da sociedade, tendo sido uma aposta do legislador infraconstitucional a edição da Lei nº 10.257/2001, como forma de alcançar a harmonia e solidariedade entre as classes proprietária e não-proprietárias, buscando, principalmente, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sócias da propriedade.

Porém, infelizmente, o Estatuto da Cidade não tem conseguido alcançar o fim que se propôs, devendo a sociedade brasileira repensar sua aplicação e visualizar novos caminhos para obter a ordenação urbana necessária para o desenvolvimento do país.

Até este momento o que foi dito se baseou na constatação de déficits sociais e econômicos por uma decorrência histórica determinando uma crise de financiamento do Estado desde a década de oitenta, impossibilitando o investimento necessário em obras de infra-estrutura e de serviços públicos.

Ultrapassado um período de desestatização, nas décadas de oitenta e noventa, com a delegação de serviços públicos à iniciativa privada, no qual estes podiam representar grande potencial de lucratividade, possibilitando a desnecessidade de suporte financeiro por parte do Estado e o pagamento de uma outorga estabelecida na licitação, o que se apresentou no cenário brasileiro foi um Estado mais leve e com mais recursos para investimento em atividades prestacionais insuscetíveis de exploração lucrativa pela iniciativa privada.²⁵

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coor.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro*. Volume XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pág.51/52.

Porém, a desestatização mencionada não se mostrou eficiente para evitar a manutenção de uma crise fiscal, devido à dívida interna e externa. O questionamento que se apresenta é: como superar esta crise fiscal? Para Alexandre Santos Aragão²⁶ a solução é o crescimento do país, que deve vir acompanhado de reformas e ampliação de infra-estrutura.

Entretanto, mais uma vez o Estado esbarra em outro problema: como realizar o investimento em infra-estrutura se o mesmo não possui condições de financiamento.

A quase ausência de investimento em infra-estrutura, possibilitou um caos no meio urbano, fazendo proliferar loteamentos irregulares e clandestinos, favelização, ausência de saneamento básico em algumas regiões, poluição generalizada, proliferação de lixões, precariedade nas vias de escoamento da produção, etc.

A tentativa do Estado em diminuir o déficit apresentado foi à instituição da parceria público-privada, em uma tentativa de divisão de custos para a instalação de infra-estrutura necessária para o crescimento brasileiro, já que o Estado como narrado, não possuía recursos financeiros para fazê-lo e a iniciativa privada não interessava o investimento isolado em virtude da tarifa ser insuficiente, ou até mesmo inexistente, para cobrir os custos e alcançar o lucro.

Por outro lado, o Estatuto da Cidade tendo estabelecido as diretrizes da política urbana, pode ter mais efetividade quando da utilização da parceria público-privada visando atender aos seus objetivos, principalmente os traçados nos incisos I, III, IV e V, do artigo 2º do referido Estatuto.

Em uma análise restrita aos instrumentos jurídicos e políticos dispostos pela Lei nº 10.257/2001, pode-se observar a combinação de alguns com a estipulação de uma parceria público-privada.

Pensar em parceria público-privada para efetivar as diretrizes do Estatuto da Cidade é antes de tudo identificar que caberá principalmente aos Municípios um esforço político na tentativa de estipular lei local acompanhando a Lei nº 11.079/2004, uma vez cabe a este Ente da Federação, conforme determinado pela Lei 10.257/2001, a estipulação de Plano Diretor, que orientará a atuação do poder público e da iniciativa privada na construção dos espaços urbano e rural na oferta dos serviços públicos essenciais, visando assegurar melhores condições de vida para a população.

²⁶ Idem, pág. 52.

Contudo, apenas alguns Municípios de grande porte poderão fixar individualmente contratos de parceria público-privada, principalmente, em virtude da vedação da regra geral de que os contratos não deverão ser inferiores a vinte milhões de reais.

Desta forma, o modo mais fácil de alcance dos municípios de pequeno e médio porte estabelecerem contratos de PPP, seria a criação primeiramente de consórcio intermunicipais, para a superação de alguns obstáculos como a impossibilidade técnica, bem como a necessidade de racionalizar custos.

Seria possível para atender as demandas por infra-estrutura sem disponibilizar capital público nos contratos de PPP, a estipulação de contrapartida que envolva a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais (os bens que comportam uma função patrimonial ou financeira, pois destinam a assegurar rendas ao Estado), previsto no inciso IV do artigo 6, da Lei 11.079/2004, que poderia ser feita através da concessão de um direito de superfície ou na concessão de direito real de uso.

Com esta possibilidade, principalmente de concessão de direito de superfície é possível sua utilização em projetos habitacionais de interesse social, cuja contrapartida seria cessão temporária e voluntária do domínio de determinada área pública de interesse do parceiro privado para, por exemplo, a instalação de uma fábrica, fazendo com que este tenha diminuição nos custos do empreendimento, devido à desnecessidade de aquisição do terreno.

Outra possibilidade de contrapartida possível de ser estipulada em contrato de parceria público-privada seria a concessão de outorga onerosa do direito de construir, autorizando o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, em troca investimentos privados em infra-estrutura.

Atender os objetivos traçados pelo Estatuto da Cidade não se mostra tarefa fácil, bem como congregar a utilização dos instrumentos deste Estatuto com a Parceria público-privada se mostra desafiador; porém não pode mais o Estado apenas criar institutos, deve efetiva-los, para que, conseqüentemente consiga alcançar o ordenamento urbano necessário diminuindo déficits sociais e econômicos, visando o pleno desenvolvimento brasileiro.

O papel do Estado tem que ser visto por um outro enfoque. Para isso é necessária uma conjugação de esforços no sentido de proporcionar o desenvolvimento e a garantia dos direitos fundamentais que vem sendo afetados em face da quase ausência

de infraestrutura proporcionada pelo Estado. Porém, não será apenas com a criação de novos modelos de contratação administrativa, nem mesmo a criação de instrumentos de ordenação urbana que a sociedade conseguirá diminuir o déficit histórico. Somente vivenciando uma interpretação e aplicação conjunta dos instrumentos jurídicos a disposição do Estado, aliada a vontade política, que poderá ser garantido o desenvolvimento prometido à população brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas: PPP`s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1. n. 240, p. 106, abr.jun/2005.

_____. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coor.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro*. Volume XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. 1987, p. 26 apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno: estratégia para uma outra mudança*. Brasília: FUNCEP, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirizações e outras formas*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. 4.

MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico*. In: Os caminhos da privatização da administração pública. Coimbra: Coimbra, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Prefácio. In: SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4º ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMUEL, Herbert. *From red to green. Bahro*. p. 221-222 apud VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

SMITH, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*. Biographique par Adolphe Blanqui. Paris: Guilhaumin, 188. Traduction de German Garnier revié et precede d` une notice.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*. Zweite verbersserte Auflage. Leipzig, von Quelle & Meyer, 1921, p. 99 apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.