

Parcerias para a gestão urbana: o caso da concessão de parques

Karlin Olbertz Niebuhr¹

Advogada

Sumário: 1. O contexto das parcerias e a gestão urbana; 2. O gênero “concessão”; 3. Soluções concessórias no espaço urbano; 4. A concessão de parques; 5. Um caso concreto: a proposta de concessão de parques no Município de São Paulo.

1. O contexto das parcerias e a gestão urbana

Durante as últimas décadas, houve um impulso muito significativo às parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a consecução de projetos públicos, inclusive (e especialmente) no campo da gestão urbana.

O fenômeno atingiu dimensão mundial. A literatura estrangeira passou a fazer referência à expressão *urbanismo concertado* para designar esse tipo de atuação em parceria, e atrelou-a à noção mais ampla de Administração concertada, a seguir definida:

Trata-se de um sistema no qual as decisões do poder se harmonizam previamente com as dos sujeitos econômicos no sentido da consecução de resultados ótimos. A Administração, sem abdicar de suas funções nem renunciar seus poderes, pretende conseguir o concurso voluntário, a adesão livremente prestada dos particulares a partir da convicção de que só deste modo poderão ser alcançados os objetivos previamente fixados. O que se pretende é obter a colaboração da iniciativa privada para complementar ou substituir, no caso, uma gestão pública que se confessa impotente para fazer frente por si mesma às necessidades previstas².

Na literatura brasileira, Odete Medauar constata o “aumento das fórmulas de externalização, ou seja, das fórmulas para envolver o setor privado na execução de tarefas da Administração”; e o “aumento das práticas informadas por consenso, negociação, acordo, conciliação típicas da **Administração consensual**, da **Administração cooperativa**”³.

O ordenamento jurídico brasileiro é integrado por mecanismos e soluções que, no campo da gestão urbana, traduzem esses entendimentos. Um desses mecanismos, objeto deste comentário, é a concessão de parque.

¹ Mestra e doutoranda em Direito (USP).

² FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanístico*. Madrid: Monecorvo, 1977. p. 278. Tradução livre.

³ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 156. Conferir também: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 334.

Este breve comentário tem por objetivo examinar a figura jurídica da concessão de parque urbano, que consiste em uma espécie de parceria contratual entre Administração Pública e sujeito privado destinada a assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a exploração eficiente de parque público integrado à cidade.

A concessão no campo do urbanismo integra o contexto que se convencionou chamar de paradigma da **gestão**. A gestão é sugerida como opositora à ideia de **planejamento** que teria orientado as concepções modernas de urbanismo. Segundo esse entendimento, a gestão diria respeito a um novo modo de atuar, mais próximo da conduta empresarial, mais negociador com sujeitos públicos e privados e mais orientado à construção de consensos, à elevação dos investimentos em infraestrutura, bens e serviços públicos e à transferência de competências públicas. A perspectiva, no âmbito do urbanismo, seria a de maior imediatismo e flexibilidade para oferecer respostas satisfatórias às questões urbanas, algo que o planejamento rígido seria incapaz de alcançar.

Os argumentos formulados para justificar essa mudança de concepção são variados. Há referências à descrença na racionalidade do urbanismo moderno, que se imaginava apto a conhecer, prever e intervir no espaço urbano com grau elevado de cientificidade. Esse urbanismo seria incapaz de oferecer respostas satisfatórias para fazer frente à incerteza, à complexidade e à instabilidade que caracterizam as sociedades atuais, as quais não permitiriam prognósticos mais ou menos seguros quanto à cidade. Também há referência aos argumentos da retração dos financiamentos públicos, da crise econômica e da perda da hegemonia do interesse público enquanto interesse em tese superior, que cede lugar à consideração de direitos e identidades individuais e de grupos organizados⁴.

Sem querer perscrutar as razões políticas que conduziram ao atual estado de coisas, fato é que o ordenamento jurídico propicia soluções de parceria para realização das tarefas públicas, que podem ser utilizadas pela Administração. Tal se dá, inclusive, no campo do direito urbanístico, que é fértil para o aproveitamento de um dos instrumentos jurídicos mais tradicionais de parceria, que consiste na concessão.

2. O gênero “concessão”

Em direito administrativo e sua derivação urbanística, concessão é “um instrumento jurídico voltado a atribuir a um privado direitos ou poderes próprios da administração”, ainda que não necessariamente dela exclusivos⁵, e que tem por finalidade “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”⁶.

A atribuição de direitos e poderes jurídicos se dá mediante a celebração de um contrato que vincula concedente e concessionário⁷. O concedente outorga direitos e

⁴ Um marco dessas discussões no Brasil é: COMPANS, Rose. *Empreendedorismo urbano: entre o discurso e a prática*. São Paulo: UNESP, 2005. Para a distinção entre planejamento e gestão, ver ainda: LOPES DE SOUZA, Marcelo. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 117.

⁶ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. Ver também: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 262-264.

⁷ A complexidade da relação jurídica concessória conduziu a literatura a classificá-la como trilateral quando envolver a prestação de serviços públicos aos cidadãos; neste caso, o conjunto de cidadãos (ou a sociedade) integraria o contrato como parte. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 61-62.

poderes ao concessionário, que os desempenha em seu próprio nome, e que se obriga a exercê-los com a finalidade de concretizar determinados objetivos de interesse público, mediante remuneração. Esses objetivos podem dizer respeito à adequada prestação de serviços públicos, ao uso eficiente dos bens públicos, à execução satisfatória de obras públicas e, mesmo, à prestação de serviços ao próprio Estado⁸. O concessionário desenvolve essas atividades sob a forma de empresa, obtendo sua remuneração, usualmente, da própria exploração do empreendimento.

3. Soluções concessórias no espaço urbano

A concessão é instrumento jurídico utilizado, em matéria de direito urbanístico, para outorga, a um privado, do exercício de competências públicas e da exploração de bens e equipamentos públicos.

Assim, por exemplo, adota-se a concessão dita **urbanística** para conferir a um sujeito privado direitos e poderes jurídicos afetados à promoção da urbanificação de uma determinada área da cidade em troca da exploração econômica de bens nela situados⁹. Adota-se a concessão de **uso de bem público** para fins de implementação de políticas públicas habitacionais e a concessão de **equipamentos públicos**, que são aqueles relacionados ao funcionamento da cidade enquanto organismo para outorga da gestão, preservação e exploração de equipamentos de mobiliário urbano, abrigos e terminais de ônibus, entornos e, para o que interessa a este comentário, parques públicos urbanos¹⁰.

Nestes casos, e tal como nos demais campos das atribuições públicas, a concessão acompanha, no urbanismo, os movimentos políticos que defendem uma maior ou menor intervenção estatal. Com efeito, a literatura contemporânea registra que “é natural que se constate um declínio do uso da concessão em épocas de tendências estatizantes, seguidos de sua expansão, como no tempo que se vive hoje”¹¹.

Esse viés ideológico inerente ao uso do instrumento conduz a severas críticas por parte de alguns urbanistas, os quais rejeitam reconhecer como legítimo o desempenho privado de atribuições públicas e a outorga da gestão de equipamentos públicos urbanos. Caberia até mesmo fazer referência a uma espécie de preconceito sustentado por parte de alguns estudiosos em vista do uso da concessão e de outras parcerias para intervenção e gestão urbanas.

Não obstante a crítica, e de um ponto de vista estritamente jurídico, o que se tem é uma opção da Constituição e da legislação ordinária que definitivamente albergam a concessão e a sua aplicação no âmbito do urbanismo. Somente de um ponto de vista político caberia discutir sobre a conveniência da concessão à luz dos vieses de maior ou menor intervenção estatal no espaço urbano. Por outro lado, ainda deste ponto de vista, parece razoável sustentar que, quando se trata do espaço urbano, há relativo consenso sobre a necessidade de um mínimo de intervenção estatal, o que resulta da

⁸ É o caso da concessão administrativa prevista no art. 2º, § 2º da Lei 11.079/2004, cujo objeto é a prestação de serviços dos quais a Administração seja usuária direta ou indireta.

⁹ Essa espécie de concessão foi pioneiramente prevista pela legislação municipal de São Paulo (Lei Municipal 14.917/2009).

¹⁰ Um profundo estudo dos instrumentos correspondentes encontra-se em MEIRELES SCHIRATO, Renata Nadalin. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 264.

própria dinâmica da otimização individual do uso dos bens privados e coletivos no espaço urbano, que tende a produzir consequências negativas para todos, tal como já defendido em outra oportunidade¹².

Mas as críticas de um e outro lado (pela maior ou menor intervenção) permanecem relevantes para que não se aceite como satisfatório (ou jurídico) tudo o que se põe sem reflexão. Nesse contexto, as parcerias, em geral, e a concessão, em específico, dizem respeito a um projeto político cuja justificativa tem residido na escassez de recursos públicos e na tese de que a exploração de um bem ou de uma atividade, segundo a lógica empresarial, seria mais eficiente do que a gestão praticada pela Administração pública.

De uma forma ou de outra, ao menos quanto ao primeiro aspecto, é muito difícil rebater esse dado material constatado: não há recursos públicos suficientes para atendimento das necessidades infindáveis dos indivíduos e da sociedade, o que propicia oportunidade para o uso da concessão.

Sob outro ângulo, e tal como identificado pela literatura¹³, a concessão é um instrumento maleável e capaz de ser adaptado às diversas contingências e especificidades da atividade ou do bem público que se pretende conceder – de modo que se mostra difícil sustentar uma crítica, *a priori*, da figura, como querem alguns autores em urbanismo, e especialmente do ponto de vista jurídico.

Assim, o que se põe objetivamente é que a concessão é útil para delegação das mais variadas atribuições públicas, segundo diversas formas de organização dos fatores de produção, com a vantagem de assegurar boa parcela de controle (se bem exercido) por parte da Administração, do bem ou da atividade concedida¹⁴.

É o que se passa quando se aplica o regime da concessão à exploração de um parque urbano.

4. A concessão de parques

O parque urbano é um equipamento público afetado à execução de funções vitais da cidade, tais como remediar ou compensar os impactos nocivos do excesso de construções e propiciar oportunidades de lazer e recreação aos habitantes. Dessa perspectiva, o parque pode ser referido como equipamento público urbano¹⁵, afetado ao desempenho de determinadas funções na cidade, e que deve nessa medida **funcionar**

¹² A questão foi objeto de comentário da autora em: OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26 e ss.

¹³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Concessão de parques urbanos à iniciativa privada: desafios e perspectivas. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 389.

¹⁴ Como conclui Rafael Wallbach Schwind, “ao menos do ponto de vista jurídico (e não ideológico), é precipitado ser ‘contra’ as concessões de parques urbanos ou ‘a favor’ delas.” Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. Concessão de parques urbanos à iniciativa privada: desafios e perspectivas. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 390.

¹⁵ O conceito não é propriamente jurídico. A Constituição Federal (CF, arts. 107, § 2º; 115, § 1º e 125, § 7º), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979, arts. 4º, § 2º e 5º, parágrafo único) e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001, art. 2º, inc. V e outros) chegam a distinguir equipamentos urbanos dos ditos equipamentos comunitários. A Lei de Parcelamento inclui os equipamentos de lazer nesta outra categoria. Não obstante, não há óbice a adotar outra concepção, que já fora albergada pela NBR 9284 e que valoriza o aspecto instrumental do equipamento à luz das funções da cidade.

adequada e eficientemente para atender aos seus usuários e aos objetivos subjacentes de interesse público.

O funcionamento adequado de um parque depende do desempenho de um conjunto heterogêneo de tarefas. Há necessidade de envolver diariamente profissionais dos serviços de limpeza, coleta de resíduos, segurança, corte de grama, capinação, preservação de jardins. Pode ser o caso de o parque sediar equipamentos culturais, tais como auditórios, museus e bibliotecas, que deverão ser geridos com controle de entrada, bilheteria e disponibilização de espaço. Ainda, são frequentes os casos de parques que sediam equipamentos esportivos, como pistas de corrida ou jardins botânicos em que se desenvolvem atividades educacionais e de preservação de espécies. Tudo isso deve funcionar de maneira integrada e propiciando facilidades aos usuários, circunstância que também poderá exigir a disponibilização de lanchonetes, restaurantes, caixas eletrônicos etc.

A complexidade das tarefas envolvidas na gestão de um parque pode conduzir a uma situação peculiar: se a gestão permanecer pública, os serviços de limpeza, conservação e segurança deverão ser preferencialmente terceirizados. Significa dizer que a Administração terá de planejar os serviços, elaborar um edital de licitação, conduzir o certame e gerir o contrato ou os contratos administrativos correspondentes. Se houver servidores públicos desempenhando essas funções, também haverá necessidade de fazer frente a essa outra interface, mediada através dos superiores hierárquicos e do departamento de gestão de pessoal. As lanchonetes e os restaurantes, por sua vez, serão, cada qual ou em lotes, objeto de outra espécie de contrato, usualmente a concessão ou a permissão de uso de bem público para os fins designados. Da mesma forma, existindo auditório ou museu, seu aproveitamento poderá se dar por outra forma de parceria.

Todas essas atividades poderiam ser conciliadas em um único contrato de concessão de parque, o qual outorgaria à concessionária os direitos e poderes jurídicos de exploração dos ambientes, assim como obrigaria a concessionária a conservá-los e disponibilizá-los ao público conforme as condições de qualidade previstas pela Administração.

Aí já reside uma primeira vantagem do uso da solução concessória para a gestão de parques urbanos. A concessão pode viabilizar que todas essas atividades sejam disponibilizadas ao público sem que a Administração necessite arcar com os custos de transação correspondentes à celebração e fiscalização de um leque de contratos. Os esforços da Administração, neste caso, poderão ser reorientados a outras tarefas públicas.

Um receio exposto pelos críticos reside em que, para assegurar a qualidade da fruição do parque, o concessionário estaria obrigado, por exemplo, a cobrar ingressos, o que inviabilizaria o acesso ao equipamento urbano pela população mais carente. Contudo, a solução concessória pode ser modelada para garantir outras formas de remuneração do concessionário, notadamente aquelas derivadas da cobrança pelo uso de espaços como lanchonetes, restaurantes, auditórios, estacionamentos e oportunidades de negócio anclares ao parque.

Assim, pode ser formulada concessão que assegure ao concessionário a exploração do mobiliário do parque para atividade publicitária, ou que permita ao concessionário explorar direitos de denominação de equipamentos culturais, atribuindo ao auditório, por exemplo, o nome de um patrocinador. Também cabe cogitar da remuneração do concessionário mediante pagamentos diretos feitos pela Administração pública, na hipótese de se celebrar a concessão segundo a disciplina da Lei 11.079/2004.

A potencialização dos ganhos públicos e privados, neste caso, pode ir além da mera conjectura: quanto maior a qualidade do parque, maior poderá ser o público usuário e cativo, assim como poderão ser maiores as receitas relacionadas à exploração dos diversos ambientes e atividades. Por outro lado, o desempenho insatisfatório da gestão do parque pode conduzir a públicos menores e a rendimentos inferiores, o que se coloca como incentivo permanente para o alcance dos padrões de qualidade dos serviços.

Outro argumento invocado para criticar a aplicação da solução concessória a parques urbanos diz respeito ao risco potencial de sua elitização. Segundo esse entendimento, haverá parques cuja exploração será evidentemente mais atrativa à iniciativa privada que outros, os quais concentrarão os interesses das empresas no setor. Como resultado, parques que adquiriram fama e que já contam com público cativo e boa estrutura poderiam ser alvo de ainda mais investimentos, desprezando-se o cuidado com parques menos estruturados ou mais periféricos. Mas mesmo essa crítica deve ser bem temperada: a solução concessória permite que os inconvenientes da tendência à elitização de um parque sejam remediados através, por exemplo, da concessão de um lote heterogêneo de parques, integrado por parques mais e menos atrativos. Adotar-se-ia, no caso, o mecanismo do subsídio cruzado, para que os rendimentos do parque mais atrativo viabilizassem investimentos nos parques periféricos.

5. Um caso concreto: a proposta de concessão de parques no Município de São Paulo

Foi precisamente essa a solução adotada pelo Município de São Paulo, que lançou licitação (Concorrência Internacional 001/SVMA/2018) para a concessão da prestação dos serviços de gestão, operação, manutenção e execução de obras e serviços de engenharia nos Parques Ibirapuera, Jacintho Alberto, Eucaliptos, Tenente Brigadeiro Faria Lima, Lajeado e Jardim Felicidade, bem como para a execução de obras e serviços de engenharia¹⁶.

Previu-se concessão não integral, ou seja, há equipamentos dos parques que não serão concedidos. A remuneração do concessionário decorrerá da exploração de fontes de receitas na área da concessão, por 35 anos. O concessionário se obriga ao cumprimento de um programa de intervenções que consta do caderno de encargos, anexo ao contrato¹⁷. Há previsão de intervenções mais pontuais no Parque Ibirapuera, o parque mais famoso de São Paulo, integrado por diversos equipamentos culturais, esportivos, obras arquitetônicas e paisagísticas e que recebe uma média de 14 milhões de visitantes todos os anos¹⁸. E há previsão de reforma de todas as edificações existentes nos demais parques, menos conhecidos, e que também receberão outras grandes intervenções.

As expectativas quanto ao sucesso da concessão são grandes. Do ponto de vista da gestão urbana, espera-se o impacto do instrumento para derrocada das críticas quanto às parcerias e à colaboração da iniciativa privada.

¹⁶ Edital disponível em: <https://bit.ly/2sXD7p1>. Acesso em: 21 jan. 2019.

¹⁷ Caderno de encargos disponível em: <https://bit.ly/357jXLO>. Acesso em: 21 jan. 2019.

¹⁸ Dado disponível em: <https://bit.ly/2Pa8k19>. Acesso em: 23 jan. 2019.

Referências bibliográficas

- COMPANS, Rose. *Empreendedorismo urbano: entre o discurso e a prática*. São Paulo: UNESP, 2005.
- FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanístico*. Madrid: Monecorvo, 1977.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 61-62.
- LOPES DE SOUZA, Marcelo. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELES SCHIRATO, Renata Nadalin. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 325-336.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Concessão de parques urbanos à iniciativa privada: desafios e perspectivas. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 389-401.