RENATA NADALIN MEIRELES SCHIRATO

**INTERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO AMBIENTE URBANO:
UMA ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO,
APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO COMO EXIGÊNCIA PARCIAL
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

ORIENTADOR

PROFESSOR TITULAR FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

JANEIRO DE 2014

Dedico esta dissertação para:

VITOR RHEIN SCHIRATO, meu maior apoiador e incentivador, nesta e em todas as batalhas, cujo amor e apoio me dão forças para acreditar em mim mesma.

ELIANA e LUIZ, meus pais, por tudo.

MARIANA e VICTOR, meus irmãos, por serem também meus melhores amigos.

SOFIA, minha sobrinha e afilhada, por ser a mocinha mais adorável e encantadora que já tive a oportunidade de conhecer, cujo sorriso é solução para qualquer problema.

NATHAN, meu afilhado, que apesar da distância física, está sempre em meus pensamentos.

FIONA, que mesmo sem compreender, colaborou da melhor forma possível para a condução deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

As pessoas abaixo relacionadas contribuíram e /ou influenciaram na elaboração desta dissertação, seja em termos acadêmicos ou pessoais. Para todas elas, meus mais sinceros agradecimentos. As eventuais falhas e/ou imprecisões, contudo, são de responsabilidade única e exclusivamente minha.

Meus profundos agradecimentos:

Ao Vitor RHEIN SCHIRATO, por ser minha inspiração, não apenas na área acadêmica. Obrigada pela ajuda, paciência, pelos conselhos, pela revisão cuidadosa do trabalho e, acima de tudo, pelo carinho e amor constantes.

Aos meus pais, ELIANA e LUIZ, por terem tornado este momento possível e não terem medido esforços para proporcionar, a mim e a meus irmãos, a melhor educação possível. Sem isso e sem o amor de vocês nada disso seria realidade.

Às minhas avós, ELZA e ZÉLIA, por representarem exemplos de vida e, acima de tudo, pelo amor e carinho sempre oferecidos a mim e a meus irmãos.

Aos meus irmãos, MARIANA e VICTOR, que mesmo sem compreender as discussões jurídicas que eu, em vão, tentava iniciar nos jantares de casa, nunca deixaram de me apoiar e me amar! Obrigada por serem, a cada dia que passa, mais amigos e companheiros.

Aos meus cunhados, SÉRGIO E SUSANNE, por me confiarem a mais doce e encantadora tarefa, pelo que serei sempre grata; ao meu cunhado GABRIEL, pelo carinho de todos os encontros e por nos inspirar com seu talento.

À SOFIA, por já ser, do alto dos seus três anos, um dos seres mais incríveis que conheço.

Às minhas queridas amigas de infância – e de vida! -, JACKLINE, KELY, MARIANA, MÔNICA, RENATA e TATIANA, por estarem sempre presentes na minha vida, nos momentos bons e ruins. Obrigada pelos conselhos, pelo carinho, pelas risadas, e por todos os momentos que passamos juntas!

Aos meus amigos franciscanos, RAFAEL BELEM DE LIMA e MAÍRA DE MELO VIEIRA, que mesmo sendo excelentes advogados e juristas, sempre se esforçaram para deixar os temas jurídicos de lado, tornando nossos encontros mais agradáveis.

À minha querida amiga ANNA LAURA, que mesmo distante, sabe sempre encontrar palavras de apoio e conforto, que tornam tudo menos complicado. A você sou sempre grata, nós sabemos o porquê.

Ao Professor Titular e orientador deste trabalho, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, pela confiança, apoio em todas as fases de elaboração e pela autonomia acadêmica a mim conferida.

À Profa. Titular ODETE MEDAUAR, inspiração acadêmica e de caráter. A ela sou eternamente grata pela generosidade em compartilhar seu inconfundível e vastíssimo conhecimento e pela amizade.

Ao Prof. Titular FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, que mesmo sem saber, foi uma das principais influências na minha trajetória acadêmica. Obrigada, ainda, pelo prazer do convívio e da amizade.

Aos colegas do CEDAU, como MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO, JULIANA BONACORSI DE PALMA, CARLOS VINICIUS ALVES RIBEIRO, BERNARDO STROBEL GUIMARÃES, KARLIN OLBERTZ, CAROLINA CAIADO, LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL e os demais, pela amizade e pelos debates acadêmicos que em muito ajudaram no desenvolvimento desse trabalho.

Aos professores e pesquisadores da Faculdade de Direito da Universidade Lyon 3, Jean Moulin, por terem me acolhido com muita hospitalidade nos departamentos de Direito Ambiental e Administrativo, me concedendo acesso a livros e documentos fundamentais na elaboração dessa dissertação. Agradecimentos em especial aos professores HUGUE FUCHIRON, CAROLINE CHAMARD-HEIN, ISABELLE MICHALLET, PHILIPPE BILLET e SYLVIE CAUDAL e aos pesquisadores CHRISTOPHE TESTARD, FANNY TARLET, DAVID RAVELLA, GÉRALDINE FAURE e MAYLIS DESROUSSEAUX. Agradecimento também à doutoranda CAROLINA MORETTI FONSECA, por todo o apoio e acolhimento durante minha estadia em Lyon.

Aos companheiros de mestrado FÁBIO GOMES, RENATA GOMES, MARIANA ZAGO, ÁGATA FERRAZ E VITOR MONTEIRO, pela troca constante de dicas e pelo apoio moral.

À MONICA GALLIANO, pela amizade e pelo ajuda crucial nos momentos de desespero com as traduções do francês,

Por fim, aos meus companheiros de 4 patas, FIONA, GILDA E LARA (i.m.), que me ensinam, a cada dia, que o mundo pode ser melhor.

ÍNDICE

Resumo.....	I
Abstract.....	II
Introdução	1
Capítulo I. Ponto de partida: a não exclusividade estatal na realização do urbanismo	4
I.1. Apartação público-privada: uma breve abordagem.....	5
I.2. Superação da apartação: uma tendência à convergência dos sistemas público e privado	17
I.3. O Urbanismo como superação da apartação	25
I.3.1. O Urbanismo enquanto função pública: significado atual e temperamentos	37
I.3.2. A Transformação do espaço urbano: agentes envolvidos	50
I.3.3. Os Interesses nas cidades.....	59
I.3.3.1. Os Interesses estatais	60
I.3.3.2. Os Interesses coletivos	64
I.3.3.3. Os Interesses dos promotores imobiliários.....	69
I.3.3.4. Os Interesses dos proprietários	72
I.3.3.5. Harmonização dos diversos interesses	78
Capítulo II. Participação privada na constituição das políticas urbanísticas	82
II.1 A gestão democrática das cidades e seus instrumentos	87
II.1.1. Órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal	92
II.1.2. Debates, audiências e consultas públicas	96
II.1.3. Conferências sobre assuntos de interesse urbano nos níveis nacional, estadual e municipal	104
II.1.4. Iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, plebiscito e referendo popular	107
II.1.5 Gestão Orçamentária Participativa.....	112

Capítulo III. Concertação público-privada na construção do Urbanismo.....	117
III.1. Concessão Urbanística	123
III.2. Concessão de uso de bem público	137
III.3. Concessão de direito real de uso (“CDRU”)	145
III.4. Operação urbana consorciada	148
III.5. Parcerias público-privadas (“PPPs”)	162
Síntese conclusiva.....	175
Bibliografia	181

“Public and quase-public bodies are responsible for some of the enterprises that help make up city diversity – for instance, parks, museums, schools, most auditoriums, hospitals, some offices, some dwellings. However, most city diversity is the creation of incredible numbers of different people and different private organizations, with vastly differing ideas and purposes, planning and contriving outside the formal framework of public action. The main responsibility of city planning and design should be to develop – insofar as public policy and actions can do so – cities that are congenial places for this great range of unofficial plans, ideas and opportunities to flourish, along with the flourishing of the public enterprises”. (JACOBS, Jane. **The death and life os great American cities**, 50ª edição, New York: Modern Library, p. 315)

RESUMO

A tão conhecida segmentação dos direitos em público e privado, marcante nos sistemas jurídicos romanísticos, têm sido alvo de questionamentos em razão de sua insuficiência para explicar fenômenos que não mais se reconduzem a uma ou outra rubrica. Tem-se, dessa forma, que os setores público e privado estão cada vez mais imbricados, o que demanda do jurista e dos legisladores a criação de novas categorias e instrumentos, ou mesmo um câmbio de interpretação no tocante a categorias antigas. O Urbanismo, a sua vez, é fértil em oferecer exemplos de imbricação entre público e privado, uma vez que o ambiente da *urbe* é prenhe de manifestação dos mais diversos interesses que, mais e mais, têm sido objeto de acolhimento pelo ordenamento jurídico. Nesse quadro, a dissertação propõe-se a demonstrar como o ambiente urbano constantemente desafia a divisão rígida entre público e privado, para, na sequência, se dedicar à análise: (i) dos mecanismos de participação na concertação público-privada, com foco, sobretudo, na definição das políticas públicas de cunho urbanístico; (ii) e dos instrumentos contratuais – entendidos de forma ampla – cada vez mais utilizados na formatação das operações urbanísticas.

ABSTRACT

The well known division between public and private law, classical in romanistic legal systems, has suffered considerable challenges due to its insufficiency to explain issues that may not be included in one or another side. As a consequence, private and public are more and more integrated which demands from jurists and legislators the creation of new categories and instruments or even the change of interpretation of old conceptions. Urbanism, on its turn, is a fertile soil in offering examples of the integration between private and public, since the environment of the city is rich in manifestations of the most diverse interests, which, more and more, are being accepted and considered by the legal orders. In this scenario, this essay aims at demonstrating how the urban environment frequently challenges the rigid division between public and private and thus will be dedicated to analyze (i) the mechanisms of joint participation of public and private players in the definition of public policies of urban issues; and (ii) the contractual instruments – understood broadly – widely used to the implementation of urban projects.

INTRODUÇÃO

OBJETO DE PESQUISA DA DISSERTAÇÃO

O Direito Urbanístico é, possivelmente, um dos ramos do direito que mais se destacou nas últimas décadas. O agravamento das questões urbanas, ligado seja à falta de planejamento – ou excesso de planejamento, em alguns casos¹ -, seja à crescente segregação social e econômica no âmbito das cidades, criou situações-limite, que demandam a atuação dos juristas. O interesse pelo tema, ainda, advém de sua recente autonomia científica, o que desperta a curiosidade daqueles ávidos a trabalhar com novas e desafiadoras questões.

JEAN-BERNARD AUBY propõe, até mesmo, que as problemáticas afetas à cidade sejam apreendidas através de uma nova disciplina, o *droit de la ville* ou “direito da cidade”, por meio da qual se estudariam, de forma integrada, os diversos temas que a *urbes* suscita, como moradia, mobilidade, utilização dos espaços públicos e seus limites, ação pública e privada na disponibilização de serviços oferecidos pelas cidades etc.².

Consoante se extrai do trabalho do jurista francês, a *urbes* é ambiente onde público e privado estão presentes a todo tempo, daí porque o autor não reconduz a nova disciplina por ele sugerida a nenhum dos dois grandes ramos divisados pela *summa divisio*, i.e., direito público ou direito privado.

O objeto dessa dissertação situa-se exatamente nesse entroncamento entre direito público e privado tendo em vista o Urbanismo. Ou seja, pareceu-nos de grande relevância estudar em que medida, e através de quais instrumentos, o Direito Urbanístico admite que entes públicos e privados se inter-relacionem na construção e implementação de políticas públicas de cunho urbanístico.

¹ O excesso de planejamento e regulamentação pode ser prejudicial não apenas porque eventualmente equivocado, mas também porque tende a ignorar as manifestações que, natural e espontaneamente, se amoldam ao ambiente urbano. Algumas delas, em certos casos, devem ser coibidas ou regulamentadas, porém também é certo que soluções inteligentes e adequadas podem surgir em tais hipóteses. Um Direito Urbanístico excessivamente dirigista, ademais, pode gerar o que JEAN-BERNARD AUBY chama de “fuga da cidade perante o Direito” (*fuite de la ville devant le droit*), i.e., uma falta de aderência da população ao teor das normas, gerando, no limite, situações em que a norma é simplesmente ignorada. Cf. **Droit de la ville: du fonctionnemen juridique des villes au droit à la ville**, Paris: LexisNexis, 2013, p. 8.

² *Idem, Ibidem*, p. 283.

O tema parte da premissa de que, por uma série de razões, sobretudo ligadas à afirmação do Estado Moderno, e também vinculadas ao surgimento do Direito Administrativo, a doutrina administrativista se aferrou à ideia de absoluta apartação do regime jurídico administrativo em relação àquele aplicável aos privados. Ou melhor, forjou-se a ideia de que existiria um tal regime, prenhe de prerrogativas e particularidades. Nessa senda, o administrativista foi ensinado a pensar o regime de Direito Administrativo como algo impenetrável, totalmente desvinculado do direito dito comum. Contudo, com o passar do tempo, essa apartação rígida entre Direito Administrativo *vs.* Direito Civil, reconduzível à grande divisão direito público *vs.* direito privado passou a ser crescentemente contestada, de modo que atualmente se percebe uma fluidificação, havendo até mesmo zonas cinzentas, nas quais não é possível determinar, *a priori*, que direito aplicar.

A partir dessa premissa, quer-se demonstrar que essa “fluidificação” da fronteira do direito público e direito privado é, com maior razão, verificada no ambiente urbano, onde interesses públicos e privados estão sempre propensos a se relacionar, seja por fatores econômicos ou ainda de outras ordens mais adiante discutidos. E mais: há nas cidades uma plêiade de interesses, todos legítimos, o que vai de encontro à consagração do chamado princípio da supremacia do interesse público, estruturante na defesa do já referido regime jurídico administrativo.

A partir dessa premissa, propomos a análise dessa interação através de três grandes blocos: (i) o primeiro mais teórico, no qual será demonstrado de que forma o Urbanismo é vetor de superação da referida apartação, e no qual serão analisados os principais interesses e atores que se inter-relacionam no ambiente urbano; (ii) o segundo relativo à análise dos mecanismos de participação na concertação público-privada, com foco, sobretudo, na definição das políticas públicas de cunho urbanístico; (iii) e o terceiro abrangendo os instrumentos contratuais – entendidos de forma ampla – cada vez mais utilizados na formatação das operações urbanísticas.

ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

A dissertação divide-se em três capítulos. O primeiro, denominado *ponto de partida: a não exclusividade estatal na realização do urbanismo*, é estruturante para o desenvolvimento posterior do estudo.

Nele, será lançada a premissa do trabalho, qual seja, a de que as fronteiras entre público e privado são cada vez mais difusas. Para se chegar à premissa, serão analisadas as razões históricas e doutrinárias que levaram a que se entendesse como estanques tais fronteiras. Na sequência, serão debatidos alguns fatores que, atualmente, engendram uma maior convergência dos sistemas público e privado.

O tema será, então, trazido para o âmbito do Direito Urbanístico, quando se adentrará o cerne do trabalho, qual seja, a comprovação de que o ambiente urbano, por uma série de razões, é *locus* de superação das tradicionais fronteiras entre direito público e direito privado.

O segundo capítulo, intitulado *participação privada na constituição das políticas urbanísticas*, volta-se à análise dos instrumentos, elencados no Estatuto da Cidade, que engendram uma gestão democrática da cidade, trazendo para a fase de idealização e discussão das políticas públicas de cunho urbanístico, os diversos atores que se manifestam no ambiente multifacetado da cidade.

O terceiro capítulo, a sua vez, com título *concertação público-privada na construção do Urbanismo*, será destinado ao estudo dos mecanismos contratuais destinados à implementação das políticas públicas urbanísticas. Serão analisados, assim, os principais enlances contratuais conjugadores de atores públicos e privados, que possibilitam que as políticas públicas urbanísticas – definidas, tanto quanto possível, em ambiente permeável à participação – sejam colocadas em prática.

Por fim, será apresentada a conclusão ao trabalho, na forma de síntese conclusiva, na qual se exporá um panorama geral das principais conclusões obtidas ao longo do estudo.

CAPÍTULO I

PONTO DE PARTIDA: A NÃO EXCLUSIVIDADE ESTATAL NA REALIZAÇÃO DO URBANISMO

Este capítulo inicial pretende lançar a base sobre a qual essa dissertação se erguerá. Portanto, a sua intitulação como *ponto de partida* não constitui mero acaso e tampouco diz respeito com o fato de este ser o capítulo inaugural. Trata-se, em realidade, de pressuposto norteador do trabalho, de premissa sem qual não se poderia caminhar adiante no traçado proposto. Em uma analogia com a construção de uma casa, estar-se-á, neste instante, diante da fundação, item inafastável para a posterior construção da edificação.

Contudo, não se pode ignorar o fato de que a premissa com a qual se pretende trabalhar não é aceita de modo unânime pela doutrina, pois muitos se apegam à *summa divisio* e irradiam essa linha para todos os campos tradicionais de atuação da Administração Pública, afastando a possibilidade de concertação público-privada em diversos campos, inclusive naquele concernente ao Urbanismo. Em outros termos, apresentamos posicionamento diverso daqueles que apregoam uma segmentação mais marcada entre público e privado.

Vem daí a necessidade de, por meio deste primeiro capítulo, lançar um breve olhar sobre as origens e consequências da apartação para depois refutá-la e, já adentrando o tema específico, mostrar de que maneira o Urbanismo, enquanto práxis, afasta essa apartação.

Trocando em miúdos, essa dissertação só se desenvolverá da maneira proposta e desejada se este primeiro capítulo for tomado enquanto pressuposto ou, como colocado, ponto de partida. É preciso deixar claro, no entanto, que não se pretende ter como objeto exclusivo demonstrar a inaplicabilidade, nos dias atuais, de uma total apartação entre público e privado. Essa tarefa por si só renderia uma tese¹ e se afastaria do escopo aqui visado. Contudo, dada a importância do tema para o desenvolvimento do cerne da dissertação, é impossível se furtar a algumas colocações iniciais, já que pretendemos demonstrar a ampla interação de público e privado no Urbanismo. É o que se almeja fazer na sequência.

¹ Para uma análise detida e comprometida da questão, confira-se MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

I.1. APARTAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA: UMA BREVE ABORDAGEM

A história da apartação público-privada confunde-se por vezes com a própria história do Direito Administrativo, encontrando suas raízes, contudo, muito antes do surgimento dessa ciência².

Com efeito, a grande apartação das normas em dois grandes grupos remonta ao Direito Romano, e mais especificamente ao Digesto, de Ulpiano, que rezava “*publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (1.1.1.2)” (i.e. o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, o privado à utilidade dos particulares). Separa-se, assim, o que pertence ao direito público e ao privado de acordo com um critério da utilidade pública ou particular da relação³.

Não nos cabe aqui uma análise evolutiva dessa clivagem desde o advento da *summa divisio*, o que se mostraria impossível no âmbito do presente estudo. Contudo, a ideia de que a clivagem público-privada se reconduz a épocas remotas nos faz compreender porque essa divisão se mostra tão sedimentada. JACQUES CAILLOSE chega mesmo a afirmar que tal separação constitui uma espécie de *topografia imaginária*, tida como algo evidente e até mesmo natural. Em outros termos, o que o administrativista francês está a ressaltar é a ideia de que essa clivagem é poucas vezes debatida, sendo absorvida como um verdadeiro dogma, ou seja, como algo que não se pode, ou não se quer, contestar. Merecem transcrição as palavras do autor:

“Eis uma linha de apartação fortemente sentida nos dias de hoje. Apesar de tudo, ela resiste; princípio obrigatório de uma espécie de topografia imaginária que ela nos convida a olhar como algo evidente, necessário, para não dizer natural. As turbulências que afetam doravante a separação direito público-direito privado (sem contar aquelas ligadas aos incidentes do direito comunitário) não logram ocultar aquilo que ela continua a fazer ver. Discutida,

² Existem divergências a respeito do momento exato de surgimento da ciência do Direito Administrativo. Em geral, conforme aponta ODETE MEDAUAR, costuma-se atribuir à lei do 28 pluviose do ano VIII (1800) a origem desta disciplina. Contudo, alerta a autora que a matéria não é desprovida de divergências. Cf. **O Direito Administrativo em evolução**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 14.

Sobre a possível existência de uma ciência do Direito Administrativo ainda no Antigo Regime, discorre FRANÇOIS BURDEAU: “*Não é suficiente, sem dúvidas, se fiar apenas da inexistência da expressão ‘Direito Administrativo’ na língua do Antigo Regime, para colocar em dúvida sua realidade. O significado poderia muito bem ter precedido a palavra. Em realidade, não se pode negar a elaboração de um Direito Administrativo; mas, ainda em fins do século XVIII, ele permanece apenas esboçado*”.

Histoire du Droit Administratif: de la révolution au début des années 1970, Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p.38. (tradução nossa)

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**, 27ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 339.

*confusa, aleatória, ainda assim ela continua a significar, representar, fazer crer etc”.*⁴ (tradução nossa)

Conforme se extrai do mesmo excerto, ainda que sujeita a turbulências, a fronteira público-privada se mantém firme, continuando a *significar, representar e fazer crer*, conforme palavras do autor. Ou seja, a apartação mantém sua carga simbólica.

E, com efeito, apesar de tal resistência, não foram poucas as turbulências que se abateram sobre a citada fronteira. Há muito se discute a permanência da divisão. Diversos juristas, inclusive, já se debruçaram sobre a questão, como VINCENZO CERULLI IRELLI que constata, em sentido semelhante ao afirmado acima por JACQUES CAILLOSSE que “*as normas mais recentes advindas das reformas dos últimos anos 90, introduziram no ordenamento alguns princípios que mesclam fortemente direito público e privado na Administração Pública, tornando bastante incertos seus contornos*”.⁵

Questões como o Estado empresário – e suas infindáveis derivações, como as empresas “semiestatais” ou “público privadas”⁶, tema em voga atualmente, por exemplo-, a

⁴ CAILLOSSE, Jacques. **Le droit de l’administration entre droit public et droit privé**, In: **La constitution imaginaire de l’administration**, Paris: Presses Universitaires de France, 2008, p. 234.

No mesmo sentido, aludindo à distinção público-privado como uma “*categoria de pensamento constitutiva do imaginário das sociedades ocidentais*” cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-Moderno**, tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte : Ed. Fórum, 2009, p. 81.

⁵ IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Diritto privato dell’amministrazione pubblica**, Turim: G. Giappichelli Editore, 2008, p. XVI. (tradução nossa)

Confira-se, também, HANS Kelsen:

“(…) não se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista – sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a vontade do Estado – veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica. Por esta forma, a Teoria Pura do Direito relativiza a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional, entre Direito privado e público (...)”. (Destacamos). Cf. **Teoria pura do direito**, trad. João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 312;

Cf, ainda: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**, Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2011, *mimeo*; CAILLOSSE, Jacques; “Le droit de l’administration...”; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

⁶ O termo “semiestatais” é utilizado por CARLOS ARI SUNDFELD, RODRIGO PAGANI DE SOUZA E HENRIQUE MOTTA PINTO. Cf. **Empresas semiestatais** In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, nº. 36, out./dez. 2011, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, disponível na Biblioteca digital Fórum de Direito Público. Já o termo empresa público-privada é referido por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO. **Empresa público-privada**, In: *Revista dos Tribunais*, nº 98, dezembro de 2009, São Paulo: Ed. RT, 2009, p.31-68.

Sobre o tema, leciona FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

“... tais companhias têm se transformado em importantes vetores de parceria institucional entre o setor público e o privado. Tais parcerias vão além do mecanismo tradicional das sociedades de capital misto, nas quais o privado apenas participa como investidor, permanecendo a gestão e a governança quase que exclusivamente com o poder público. Nesta nova empresa pública, entes públicos e privados compartilham não só o investimento, como também a gestão e as decisões estratégicas. Em muitas delas o poder público participa como minoritário de uma sociedade, no âmbito da qual pactua mediante acordo de acionistas (que não deixa de ser uma espécie de contrato, vale dizer), garantias de governança e mecanismos de proteção de

aplicação à Administração de diversas formas contratuais, a substituição do ato impositivo unilateral – tão caro ao Direito Administrativo – pelo ato consensual e bilateral, a exploração comercial de bens públicos, a concorrência na prestação dos serviços públicos, dentre outras, nos colocam diariamente face aos limites da apartação público-privada. As linhas dessa divisão, nos parece, não são estanques, estando, ao contrário, em constante oscilação.

O problema surge justamente no divisar deste limite. Existem situações que escapam a uma divisão rígida e estanque de público e privado, de modo que não se pode dizer, de forma peremptória, pertencer a uma coisa ou outra. Essas situações, a depender do modo como são tratadas, podem gerar cenários perniciosos, ao estilo de um *fantasma do corpo desconjuntado*, como alude a administrativista portuguesa MARIA JOÃO ESTORNINHO⁷.

A figura, emblematicamente utilizada pela autora para retratar a Administração Pública do chamado Estado pós-social, refere-se a um sintoma da esquizofrenia, pelo qual o esquizofrênico não consegue apreender seu corpo como uma unidade, sentindo-se antes fragmentado e disperso. Para a administrativista, o Estado pós-social, ao passar a utilizar indiscriminadamente o recurso ao direito privado, no que ela chama de *fuga para o direito privado*, o faz, cada vez mais, de maneira perniciosa e prejudicial ao administrado. Assim, contrariamente ao que ocorria durante o Estado Absoluto – em que a *fuga* para o direito privado através da chamada Teoria do Fisco⁸, era o único meio de submissão do Estado ao direito -, no atual estágio esse recurso às formas privadas muitas vezes é feito como forma, questionável, de escapar às exigências do direito público.⁹

seu investimento”. As transformações na dicotomia público-privado e a importância da regulação In: **Regulación Económica de los servicios públicos: dos décadas de regulación de servicios em Iberoamerica**, 1ª edição, Perú: Aras Editoras, 2010, p. 139-140.

Ainda em relação ao tema, recomenda-se a leitura de ORTIZ, Gaspar Ariño. **Empresa pública empresa privada**, Aranzade: Cizur, 2007.

⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração pública**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 79.

⁸ Para maiores informações sobre a chamada teoria do fisco, confira **A fuga...**, p. 23 e ss.

⁹ “Voltando mais uma vez à imagem de ‘Dr. Jekyll e Mr. Hyde’, pode dizer-se que, na passagem do Estado Social para o Estado Pós-Social, a dualidade de ‘personalidades’ da Administração Pública agrava-se, devido à generalização da atividade administrativa jurídico-privada e, sobretudo, devido aos fenómenos de ‘fuga para o Direito Privado’. Curiosamente, (e infelizmente), no Estado Pós-Social a Administração volta a ter uma ‘cara má’ e uma ‘cara boa’, à semelhança do que acontecia no Estado Absoluto. Só que, ao contrário do que sucedia no período da Monarquia Absoluta, onde apenas no âmbito jurídico-privado havia a sujeição da Administração ao Direito, no Estado pós-social verifica-se precisamente o inverso e a ‘cara

É imperioso observar, contudo, que nas situações específicas em que a Administração se envolve em algum tipo de enlace com um parceiro privado – especialmente naquelas em que se afasta a aplicação do regime jurídico tradicional –, existe, no mais das vezes, uma imputação de culpa presumida ao agente privado, como se o afastamento de referido regime se devesse a alguma manobra ilícita ou imoral do mesmo. Essa pecha de ilicitude e imoralidade persiste ainda que, nos valendo novamente da alegoria referida por MARIA JOÃO ESTORNINHO, a Administração não encarne propriamente a figura do *fantasma do corpo desconjuntado* – i.e., quando a utilização do recurso a formas privadas seja efetivamente cabível. Ou seja, existe uma cultura, muito enraizada no Brasil, de que o parceiro privado estaria a agir de forma incorreta e inidônea, isto é, de que estaria, por meio daquela relação específica com a Administração, se apropriando indevidamente de recursos públicos.

De fato, a pecha da imoralidade acaba por recair com muito mais força sobre o agente privado, já que no Brasil o Estado é muitas vezes visto como “*o repositório das virtudes*”, nas palavras de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO¹⁰. Essa visão imaculada do Estado, embora pareça paradoxal face à quantidade de irregularidades e denúncias que recaem diariamente sobre o Poder Público, está, de acordo com o administrativista, diretamente ligada às vicissitudes da formação da sociedade brasileira. O fato de, em nosso país, as instituições terem sido importadas antes da existência de uma sociedade civil consolidada, teria gerado uma subversão do sistema. Na Europa, ao contrário, a sociedade civil, através das revoluções, foi o motor propulsor da criação e/ou modificação das instituições políticas.¹¹

Sob outra perspectiva, JACQUES CAILLOSSE, discorrendo sobre as origens sociais da divisão entre direito público e privado – em especial na França, descreve uma ideia bastante semelhante à de Estado enquanto *repositório das virtudes* em contraposição à sociedade, vista também como *campo dos vícios*¹². O administrativista francês, fazendo incursões sobre a obra de PIERRE LEGENDRE, descreve a ideia de um Estado puro, desinteressado de todo tipo de comércio, seja ele sexual, ou de mercadorias. De outro

má’, a ‘faceta perversa’ desta Administração Pública ‘esquizofrênia’, revela-se quando ela opta por actuar segundo o Direito Privado e foge às suas vinculações jurídico-políticas”. Idem, Ibidem, p. 79.

¹⁰ **As transformações na dicotomia público-privado e a importância da regulação**, p. 127.

¹¹ Cf. **As transformações...**, p. 125-126.

¹² Os termos são de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, Cf. **As transformações da dicotomia....**, p. 127.

turno, a sociedade é vista como uma instituição impura, às voltas com tudo aquilo de que o Estado se desincumbiu: o dinheiro e o sexo, regulados pelo direito privado.¹³

Sobre essa divisão maniqueísta entre Estado e sociedade ou direito público e direito privado, em tudo comparável à separação vilão/mocinho das telenovelas, emblemático é o trecho abaixo:

*“A clivagem dos dois direitos, o civil e o administrativo, separa a família e o Estado. Onde se encontra o Estado, sede de grandiosidade, nada de assuntos privados nem de propriedade e, sobretudo, nenhum ou pouco dinheiro (a coisa suja, indigna de se aproximar do sacro-santo), nada de família (= nada de sexo, onde se encontra o pecado), ou em outras palavras, se nos referirmos às alegorias da antiga teologia ocidental, e assim ao fantasma edípiano, nada de Pai portador da grande ameaça, apenas irmãos livres e iguais que se amam, negando ao pai seu todo poder. O Direito Administrativo, tal como os juristas do século XIX modelaram, sobre a base dos ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, dispõe assim de fundamentos simbólicos indiscutíveis, tomando o lugar de representações outrora descritas pelos teólogos para uso dos juristas.”*¹⁴ (tradução nossa)

Curioso perceber que até mesmo na França, terra da mais célebre Revolução liberal de todos os tempos, onde literalmente cabeças da Monarquia rolaram, haja também uma percepção de pureza em torno da figura do Estado, notadamente quando contraposta à do cidadão, percebido como ser pecador.

Parece bastante óbvio que encontrar as raízes de tais pensamentos demandaria um sério estudo de cunho sociológico, o que não cabe no escopo desse trabalho. Contudo, é preciso perquirir, em alguma medida, os fatores que conduziram a que se chegasse ao atual estágio de pensamento de boa parte da doutrina administrativista. Assim, para além da grande separação operada pela *summa divisio*, como abordado brevemente acima, é preciso ter em mente que tal estágio de pensamento tem, em verdade, suas origens mais remotas na consolidação do Estado Moderno, de acordo com o que ensina FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.¹⁵

¹³ **Le droit de l'administration...**, p. 240.

¹⁴ LEGENDRE, Pierre. **L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique**, Paris : Le Seuil, p. 226-227, *apud* CAILLOSSE, Jacques, **Le droit de l'administration...** p. 240-241.

¹⁵ **Regulação estatal...**, p. 58.

Sem dúvida, o processo de afirmação do Estado Moderno calca-se, sobretudo, na necessidade de centralização do poder decisório - i.e., através da afirmação da soberania interna¹⁶ e externa -, e numa divisão mais marcada entre os espaços público e privado, sendo esta divisão um verdadeiro pressuposto da citada centralização.¹⁷ Assim, o Estado Moderno estabelece fronteiras mais nítidas entre o espaço público, onde “*se decide o conteúdo das determinações de governo – v.g. direção da sociedade*” e o privado, onde “*residem os interesses e onde estão os agentes a um só tempo destinatários e beneficiários da governação*”.¹⁸

Ainda de acordo com FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO¹⁹, a apartação entre as esferas pública e privada mostrava-se como requisito da despatrimonialização e despersonificação do Estado, ambas características marcantes do Estado Moderno. Era preciso que a esfera de atuação do Estado fosse claramente demarcada para que, com isso, os indivíduos pudessem transitar livremente nos demais campos, em total consonância com o espírito liberal do capitalismo. CAIO TÁCITO sintetiza a tônica do direito público desse período:

*“No Estado Liberal clássico os serviços administrativos são, em grande parte, negativos. O dever da autoridade é, sobretudo, o de abstenção no sentido de não prejudicar a liberdade individual”.*²⁰

Nessa toada, é preciso ter claro que a apartação público-privada cumpriu, inicialmente, um papel de proteção dos indivíduos, garantindo-se espaços de não atuação estatal. Assim, com a ascensão de ideias liberais e individualistas, era fundamental

¹⁶ Sobre o papel da Administração Pública no que tange à vertente interna da afirmação de soberania, merecem transcrição as palavras de NORBERTO BOBBIO adiante:

“Com o surgimento e o desenvolvimento de tais instituições de Governo monocrático e absoluto realiza-se, como é conhecido, um tipo de administração que representa, em certo sentido, a condição necessária para que os nossos poderes políticos possam afirmar-se, estabilizar-se e manter-se.

A ação administrativa é essencialmente orientada, portanto, para a conquista dos meios indispensáveis à conservação e reforço do poder régio constituído. Pode pensar-se, dentro de tal perspectiva, que os primeiros setores administrativos a desenvolver-se são o setor militar e o financeiro e que, entretanto, se assiste ao progressivo monopólio da função jurisdicional do chefe soberano. A organização do Governo régio tende, além disso, a articular-se e a difundir-se de modo uniforme para todo o território, através da criação de estruturas de administração periférica, cujos responsáveis estão vinculados, por delegação ou por representação do Governo central, enquanto as funções administrativas do Governo autônomo local, especialmente urbano, se vão degradando.” **Dicionário de Política**, volume I, 13ª edição, Brasília: Editora UnB, 2010, p. 12, verbete “Administração Pública”.

¹⁷ **Regulação estatal...**, p. 29 e ss.

¹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 30.

¹⁹ *Idem, Ibidem*, p. 30.

²⁰ TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**, In: **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**, 3º volume, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.11.

assegurar uma clara distinção entre as esferas privada e pública, inclusive através da previsão de mecanismos de contenção da última. Isso, sobretudo, como superação de modelos estatais então recentes, como o absolutista e o teocrático.

Na síntese de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, *“na construção do Estado de Direito, tratava-se de delimitar as esferas de atuação do Estado e do particular, a fim de resguardar a liberdade diante do exercício da autoridade”*.²¹

Contudo, concordamos parcialmente com alguns autores que sugerem uma desmistificação do período pós-revolucionário, e, portanto, do surgimento do Direito Administrativo, afastando a visão romântica de absoluta ruptura entre o Antigo Regime e o período subsequente. Na linha do que sustenta, por exemplo, GUSTAVO BINENBOJM, valendo-se de expressão cunhada por PAULO OTERO, é preciso ter em mente que o Direito Administrativo é resultado de uma sucessão de “impulsos contraditórios”, *“produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade”*.²²

Para o administrativista carioca, o período pós-revolucionário ter-se-ia revelado como um grande reproduzidor de assimetrias entre o Estado e os cidadãos, só que através de outras roupagens que, numa leitura apressada, parecem democráticas. Afirma ele:

“O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras) representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos”.²³

Entendemos exagerada a leitura do administrativista e por isso preferimos nos filiar a correntes intermediárias, como a de ODETE MEDAUAR, que sustenta que o surgimento do Direito Administrativo não representou ruptura absoluta em relação ao Antigo Regime, porém tampouco representou total continuísmo. Conforme a administrativista, o período subsequente à Revolução Francesa trouxe consigo avanços consideráveis, como “a)

²¹ **Direito Administrativo e o novo Código Civil**, p. 31.

²² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

²³ **Uma Teoria...**, p. 11.

*formação de conjunto sistemático de preceitos obrigatórios para autoridades administrativas de todos os níveis, muitos dos quais limitativos de poder ; b) reconhecimento de direitos de particulares ante a Administração, com previsão de remédios jurisdicionais ; c) quanto à ciência, elaboração doutrinária abrangente de todos os aspectos legais da atividade administrativa ; d) elaboração jurisprudencial vinculativa para a Administração e norteadora da construção de novos institutos jurídicos”.*²⁴

Assim, voltando à ideia de *impulsos contraditórios*, é preciso que se entenda que o Direito Administrativo teve idas e vindas, ora pendendo para um viés mais autoritário, ora para um viés mais garantista. Pensar que a submissão da Administração à legalidade fora suficiente para transformar o Direito Administrativo no grande defensor dos fracos e oprimidos (no caso, os cidadãos, antigos súditos do *Ancien Régime*), é não apenas uma simplificação, como também uma afirmação incorreta. Isso, contudo, não significa em absoluto negar a importância da submissão da Administração à legalidade, por óbvio. É preciso, sem dúvida alguma, que tal fato seja avaliado e entendido numa perspectiva histórica. Por fim, não custa lembrar que o surgimento do Conselho de Estado, por exemplo, está ligado não somente ao ideal de separação de Poderes, mas também ao receio de os revolucionários serem julgados pela antiga nobreza, já que a maior parte dos juízes eram nobres.²⁵

Desse modo, é possível constatar que o Direito Administrativo é preñado de categorias que servem, ou serviram ao longo de sua história, para enfatizar ora seu caráter autoritário, ora seu caráter garantista, o que reforça a ideia de que essa ciência vive em processo de marchas e contramarchas. Assim, uma vez mais retomando GUSTAVO BINENBOJM, não se pode ignorar, por exemplo, o que alguns autores chamam de *fuga do direito constitucional*²⁶, ou mesmo a já citada constante busca da Administração Pública

²⁴ **O Direito Administrativo em...**, p. 22-23.

²⁵ Nesse sentido, cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria...**, p. 13 e MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**, 12ª edição, Paris: 2011, p.16.

Sobre a existência, desde o Antigo Regime, de um “embrião” de Conselho de Estado, cf. WALINE, Jean. **Droit administratif**, 24ª edição, Paris: Dalloz, 2012, p. 563 e ss; e BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif...**, p. 33-41.

De acordo com FRANÇOIS BURDEAU: “*Uma segunda singularidade do direito monárquico da Administração reside no destino que, desde o século XVII, foi reservado às contestações que sua atividade fazia nascer. Ainda que a expressão não fosse utilizada à época, desde o Antigo Regime existia um contencioso administrativo progressivamente mais destacado do regime jurisdicional aplicável aos litígios entre particulares*”. *Ibidem*, p.33. (tradução nossa).

²⁶ Para enfrentar esse fenômeno bem como superar o paradigma da legalidade como vinculação positiva à lei, GUSTAVO BINENBOJM propõe: “*a constitucionalização do direito administrativo. Deve ser a Constituição, seus princípios, e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o*

por formas mais flexíveis numa *fuga ao direito privado*²⁷, ou ainda, a construção da noção de interesse público pela doutrina administrativista. Especialmente com respeito a esta última, é necessário tecer algumas considerações, eis que esta noção se mostrou estruturante no processo de apartação entre o público e o privado, reafirmado a partir da Modernidade, como visto.

De forma bastante simplificada, é possível afirmar que o caráter generalizante e totalizante do poder político advindo da Modernidade (em outras palavras, o poder dito soberano) – oposto, portanto, ao poder disperso e fragmentário característico da Idade Média -, só pôde se afirmar a partir do confinamento deste poder nos quadrantes do “espaço público”. Aliás, como já sublinhado acima, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO indica justamente a separação público-privada e a soberania como elementos essenciais do Estado Moderno. Contudo, como também afirma o autor, ainda que restrito, despersonalizado e despatrimonializado, o poder público precisava se justificar em razão das diversas constrições que ocasionava: a partir dessa necessidade, constroem-se “*conceitos totalizantes, universalizantes, de que falamos, os quais intentam galvanizar todos os indivíduos por meio de uma identidade de fins, de interesses*”²⁸. Dentre esses conceitos, certamente o mais notório para o Direito Administrativo é o chamado *interesse público*, que, no caso específico da doutrina brasileira, desbordou para a consagração da chamado *princípio da supremacia do interesse público*.

Não nos cabe, no âmbito deste trabalho tecer largas linhas sobre o tema, uma vez que o mesmo já rendeu diversos trabalhos acadêmicos específicos e, inclusive deveras conflitantes entre si²⁹, o que tornaria nossa tarefa de defender um ou outro posicionamento bastante árdua. Contudo, o desenvolvimento posterior dessa dissertação demanda alguma dedicação ao assunto (que, inclusive, será retomada em outras etapas desse trabalho), pois

arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.” **Uma teoria...**, p. 36-37.

²⁷ “Assiste-se, assim, à emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a gestão privada: a atividade de gestão pública privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado). Essa hibridez de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo.” *Idem, Ibidem*, p. 20.

²⁸ **Regulação Estatal...**, p. 52.

²⁹ Para exemplificar a “discórdia doutrinária”, indica-se a leitura de duas obras coletivas sobre o tema: (i) SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris; (ii) BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder (coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

algumas ideias frequentemente associadas ao conceito de interesse público, e em específico à dita *supremacia do interesse público*, acabam por sedimentar essa linha divisória entre público e privado, constante do imaginário de alguns administrativistas.³⁰

Como um dos grandes expoentes da *doutrina da supremacia do interesse público*, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO sustenta ser o interesse público “*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.³¹ Ou seja, o interesse público diria respeito à soma das parcelas públicas dos interesses de cada cidadão, sendo certo que a doutrina de RENATO ALESSI de distinção dos interesses primários e secundários do Estado cai como uma luva para o administrativista brasileiro na explicação de sua teoria, uma vez que serve à diferenciação do que seriam os interesses verdadeiramente públicos daqueles patrimoniais e *egoístas* do próprio Estado³². O exemplo da desapropriação, instituto de máxima intervenção do Estado face à propriedade dos particulares, é utilizado pelo publicista para ilustrar o esquema teórico:

“Veja-se : um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor.

*É óbvio que cada indivíduo terá pessoal interesse em que exista dito instituto, já que, enquanto membro do corpo social, necessitará que sejam liberadas áreas para a abertura de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos etc, cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em comercializá-los”.*³³

³⁰ CAILLOSSE, Jacques. **Le droit de l'administration...**, p. 234.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 62.

³² Sobre a distinção entre interesses primários e secundários, e sua conexão com a teoria do interesse público, confira-se explicação de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

*“Por esta classificação, aqueles – [interesses] primários – seriam os interesses públicos efetivos, reais, correspondentes àqueles albergados pela coletividade como um todo, verdadeira razão de ser do poder político. Os interesses secundários, ainda que referenciados pelos entes públicos, seriam aqueles tidos pelo Estado enquanto sujeito de direitos diverso do todo social. Nessa toada, os interesses secundários somente poderiam ser efetivados pela atuação da Administração Pública se e quando absolutamente convergentes com os interesses primários. Assim, foi possível à doutrina divisar no âmbito da noção genérica de interesse público (i) os interesses do Estado fruto da outorga de poderes pela sociedade; (ii) e aqueles interesses do Estado enquanto esfera pública personalizada (...).”***Regulação Estatal e...**, p. 85.

³³ **Curso...**, p. 61.

Em síntese, o exemplo acima revela a ideia, repetida à exaustão em cursos de Direito Administrativo, de que o interesse puramente privado (no caso, o “egoístico” direito à propriedade) não pode prevalecer num embate com o interesse público (por exemplo, de uma obra que beneficiaria a coletividade). Daí o princípio da *supremacia do interesse público*, alçado à categoria de princípio basilar do regime jurídico administrativo³⁴. E mais – e este ponto nos assemelha bastante relevante em razão dos desdobramentos teóricos da doutrina da supremacia do interesse público – haveria em realidade sempre *um único* interesse público numa dada hipótese (veja-se: aferível pelo ente público)³⁵, uma vez que, pela teoria exposta por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, o consenso é atingido até mesmo diante do particular que, *a priori*, se mostra contrário a determinado ato administrativo. Aqui, a ideia de que há sempre uma parcela pública por trás dos interesses de qualquer cidadão (no exemplo dado acima, seria o interesse do cidadão, ainda que não aferível de forma imediata, no instituto da desapropriação) revela um consenso absoluto diante do interesse público eleito *in casu*.

Com efeito, como explica magistralmente FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO³⁶, a ideia de unicidade em torno da figura do interesse público é muito forte no desenvolvimento do próprio Direito Administrativo, uma vez que este se consolidou num Estado que, para justificar sua hegemonia e soberania, precisava de um elemento legitimador tão universal quanto possível: o interesse público, enquanto aglutinador do interesse de todos, servia bem a essa finalidade. Daí a ideia, de difícil superação para nós, administrativistas, de que o interesse público é único, eis que em algum grau congrega os interesses de todos os cidadãos, mas que ao mesmo tempo não coincide com os interesses meramente privados de cada qual, sob pena de se incidir em algum tipo de ilícito ou imoralidade. GASTON JEZE afirma categoricamente no seu clássico *Les principes généraux du droit administratif*: “o interesse público deve anteceder os interesses privados”³⁷. Ou seja, interesse público e interesse privado jamais convergem. Esse é um mantra que, inconscientemente, aprendemos a repetir.

Como visto acima, o *mantra do interesse público* e, notadamente, da supremacia do interesse público, é talvez o maior perpetuador da dicotomia, por vezes perversa e injustificável, entre público e privado. A ideia de que o interesse público deve ser contrário

³⁴ *Idem, Ibidem*, p. 70.

³⁵ *Curso...*, p. 68.

³⁶ *Regulação estatal...*, p. 34-35.

³⁷ *Les principes généraux du droit administratif*. 3ª edição, Tome 2, Paris: Dalloz, 2002, p. 6.

ao interesse privado gera uma percepção de absoluta incomunicabilidade entre ambos, tornando ainda mais sedimentada a linha divisória. Ainda que parte da doutrina brasileira que defende o dito princípio da supremacia do interesse público insista por vezes em dizer que, em realidade, ambas as correntes almejam, no fundo, dizer a mesma coisa ou, ainda, que a ideia de unicidade e de exclusão *a priori* de interesses privados é uma interpretação equivocada de dito princípio, a verdade, nos parece, é que os efeitos de tal princípio são mais nefastos do que benfazejos. E com o maior respeito aos grandes doutrinadores que perfilam de tal corrente, a sua formulação tradicional de fato enseja a ideia de exclusão, *a priori*, dos interesses privados. Por que, então, não romper de vez com o princípio ao se constatar seu anacronismo por tantos e notáveis administrativistas? Parece-nos que a simples manutenção do mesmo é geradora do continuismo, do ensino e práticas acostumados aos velhos dogmas geradores dos privilégios e prerrogativas tão caros à Administração Pública³⁸ e que, ao contrário do que sustentam alguns, a proposta de sua abolição não configura mero modismo, mas, sim, uma tentativa de acomodar o Direito Administrativo a exigências advindas do Estado democrático de direito. De mais a mais, a insistência quanto à permanência de tal princípio algumas vezes nos parece uma verdadeira cruzada ideológica contra ideias supostamente neoliberais daqueles que defendem a abolição do princípio.³⁹

Não se pode perder de vista que a despeito do já citado processo de marchas e contramarchas, o Direito Administrativo não pode nos dias atuais continuar a ser uma

³⁸ Veja-se, a esse respeito, emblemático trecho de JEAN RIVERO:

“À diferença de objetivos corresponde uma diferença de meios. As relações entre particulares são fundadas sobre a igualdade jurídica: nenhuma vontade privada é, por essência, superior a outra, de tal maneira que ela possa se impor a outra contra sua vontade; é por isso que o ato que caracteriza as relações privadas é o contrato, isto é, o acordo de vontades. A Administração, a seu turno, deve satisfazer ao interesse público. Ela não poderá fazê-lo se estiver em pé de igualdade com os particulares: as vontades destes, movidas por objetivos puramente pessoais, resultarão no fracasso da Administração cada vez que ela impuser aos particulares adversidades e sacrifícios que o interesse público exige. A Administração recebeu, assim, o poder de vencer essas resistências; suas decisões obrigam, sem que ela tenha que obter o assentimento dos interessados; ela pode, a despeito de suas oposições, executar suas decisões. Sob o nome, muito mal escolhido, mas tradicional de ‘puissance publique’, deve-se entender o conjunto de prerrogativas conferidas à Administração para permitir que se faça prevalecer o interesse público”. **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 2011 (Préface de Jean Waline), p. 12-13. (tradução nossa).

³⁹ O título de trabalho de autoria de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO deixa bastante explícito o caráter ideológico da discussão: *O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Conforme se depreende do artigo, a administrativista crê que as principais críticas, infundadas a seu ver, em relação ao dito princípio advêm de uma corrente supostamente neoliberal. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). **Direito Administrativo e...**p. 203-219.

*dogmática a serviço dos donos do poder*⁴⁰. Afinal de contas, não se pode perder de vista a advertência de AGUSTIN GORDILLO de que:

*“O direito administrativo é direito constitucional e político, é luta contra o poder – qualquer poder – em defesa dos direitos dos indivíduos e de associações de indivíduos, é aventura de pensar. Se se quiser fazer um direito da administração, um direito legitimador do exercício do poder, então se está renunciado a fazer direito. Tudo é poder, são os corredores do poder, a influência, a corrupção. Mas isso é retroceder oito séculos na história, até antes da Carta Magna de 1215. É quando o Rei James I e depois Carlos I sustentaram ser traição sustentar que o Rei estivesse abaixo da Lei. Lord Bracton disse então ‘The king is under no man, but under God and the law’ (Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege)”.*⁴¹ (tradução nossa)

I.2. SUPERAÇÃO DA APARTAÇÃO: UMA TENDÊNCIA À CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS PÚBLICO E PRIVADO

GASPAR ARIÑO ORTIZ advertiu com sabedoria em 1972 que um dos riscos do administrativista é precisamente o de *“responder a perguntas que não mais se formulam, ou, o que é a mesma coisa, tratar de resolver falsos problemas, que não se colocam, esquecendo-se dos verdadeiros”*⁴². Acrescenta o administrativista espanhol: o Direito Administrativo deve olhar para frente, e não para trás. Deve assim, ser capaz de *“se aprofundar nas tensões de interesses, nas demandas atuais de nossa sociedade (mais ainda: nas demandas futuras), pois o certo é que as técnicas e instituições administrativas devem dar respostas a elas hoje, e não aos anseios de nossos avós”*⁴³.

Pensar o Direito Administrativo de forma prospectiva é também perceber que inúmeros problemas atualmente verificáveis são reconduzíveis à famigerada linha de apartação público vs. privado.⁴⁴ A ideia de uma barreira hermética a dividir dois pólos

⁴⁰ **Uma Teoria...**, p. 9.

⁴¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, 7ª edición, Belo Horizonte: Del Rey/ Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. I-10. (tradução nossa)

⁴² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Madrid: Iustel, 2011, p. 30. (tradução nossa)

⁴³ *Idem, Ibidem*, p. 30. (tradução nossa)

⁴⁴ Nesse sentido, adverte JACQUES CAILLOSSE: *“Em seu estado atual de grande incerteza e vulnerabilidade, a representação jurídica da realidade não reproduz senão imperfeitamente os traços – eles mesmos diferentes - da fronteira que economistas, sociólogos e políticos fazem passar entre público e privado. Não é por outra razão que o direito será privado de efeitos materiais, reduzido a estado de puro discurso. Inversamente, não vemos porque os juristas se mantêm indiferentes aos processos que lhes fazem descobrir fatos e fenômenos que a retórica jurídica oculta”*. **Le droit de l’administration entre...** p. 232. (tradução nossa).

absolutamente estanques não é mais apta a solucionar questões que se colocam hoje – e talvez já há algum tempo – para o administrativista. Em realidade, o que mais se tem verificado no mundo dos fatos é justamente o contrário: uma interpenetração cada vez maior entre os dois “pólos”, o que gera angústias para o administrativista, tão habituado a trabalhar nos moldes do dito regime jurídico administrativo.

Por outro lado, não se pode correr o risco de ser niilista a ponto de entender que público e privado são, doravante, a mesma coisa. Sustentar isso seria ignorar os avanços que o Direito Administrativo, naquela ideia de marchas e contramarchas, obteve a duras penas. É bastante claro, por exemplo, que o sistema de contratação adotado pelos entes públicos não pode ser igual ao dos agentes privados – embora se reconheça que, ao se adotar o Regime Diferenciado de Contratação (“RDC”), está-se, cada vez mais, buscando desengessar o vetusto regime da Lei nº. 8.666, de 1993, numa gradual aproximação à eficiência do regime privado -, ou ainda que a publicidade imposta ao ente governamental não pode ser equiparada àquela exigida dos agentes privados. O mesmo se diga com respeito aos demais princípios encartados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, como a moralidade e a eficiência.

O reconhecimento de que à Administração se aplicam, de fato, algumas regras diferentes daquelas impostas aos privados, ou ainda, de que alguns princípios se aplicam apenas, ou em maior grau, à Administração, não pode ser ensejador da ideia de que os regimes público e privado sejam impenetráveis. Embora essa percepção, como visto acima, encontre supedâneo no surgimento e desenvolvimento do Direito Administrativo⁴⁵, ela claramente vai de encontro à realidade, que é de uma crescente intercambialidade dos sistemas público e privado. O movimento é nos dois sentidos, ou seja, tanto do público

⁴⁵ Discorrendo especificamente sobre o sistema francês, ao qual se agrega a especificidade da dualidade jurisdicional, JACQUES CAILLOSSE afirma: “No princípio desse tratamento particular, uma ideia simples à qual o Tribunal de Conflitos se valeu a partir de 8 de fevereiro de 1873 para subtrair a responsabilidade do Estado à aplicação das regras do Código Civil: o direito aplicável às relações entre particulares não é transponível nem às trocas efetuadas entre pessoas públicas e nem às relações entre essas últimas e os particulares. Isso porque em tais circunstâncias, a *puissance publique* se revela, seja por meio de prerrogativas ou sujeições, ou por meios e objetivos exorbitantes ao direito comum. Convém ainda precisar que a singularidade do tratamento jurídico reservado ao Estado resulta de uma dupla exceção. À aplicação de um direito específico portador de suas próprias técnicas e instrumentos intelectuais e concebido para servir a seus próprios valores – aqueles da ordem pública e do interesse público – se agrega a intervenção de um juiz específico, nascido na Administração, procedente da Escola encarregada da formação dos altos funcionários e que, ademais, participa de tarefas administrativas sem deixar de cumprir sua missão jurisdicional. Portanto, não estamos apenas face a dois direitos que compõem dois universos mentais, dois sistemas de representação do mundo no interior de uma mesma ordem jurídica. Nós somos ainda dotados de dois aparelhos jurisdicionais encarregados de manobra desses dois direitos.

Le droit de l’administration..., p. 236-237. (tradução nossa)

para o privado, quanto o inverso.⁴⁶ Daí fazer absoluto sentido a advertência inicial de JACQUES CAILLOSSE em artigo intitulado “*O Direito da Administração entre o público e o privado*”, de que é preciso que além dos questionamentos próprios à doutrina jurídica, o modelo bipolar público-privado seja colocado em debate por economistas, sociólogos e cientistas políticos. Nas palavras do jurista francês : “*Inversamente, não vemos porque os juristas se mantêm indiferentes aos processos que lhes fazem descobrir fatos e fenômenos que a retórica jurídica oculta*”.⁴⁷

A advertência do professor francês parece perfeitamente aplicável também ao nosso sistema que, a despeito da unidade de jurisdição, em muito se aproxima do sistema francês. De fato, a retórica jurídica muitas vezes parece querer ocultar a realidade a ela subjacente. Além dessa problemática, JACQUES CAILLOSSE chama a atenção para outro fato por vezes ignorado: o de que o direito acaba sendo, muitas vezes, campo fértil para um acerto de contas político. Nesse sentido, continua ele, o direito é solicitado de duas formas: (i) como ferramental para prevenir as mudanças ou limitar seus efeitos; (ii) ou, ao contrário, como embasamento para promover a concepção de modernidade de alguns.⁴⁸ Qualquer das duas posturas é reprovável, seja porque ignora por completo a realidade subjacente à dogmática jurídica, refutando uma necessária adaptação a mudanças, seja porque é mais fácil ao doutrinador se conceber como um gênio incompreendido do que como apenas mais um tentando oferecer sua contribuição na solução de problemas concretos.

A questão aqui debatida – qual seja, a discussão sobre a permanência, ou não, de uma linha divisória rígida e estanque entre público e privado – não pode, portanto, permanecer imune ao quanto verificado no mundo dos fatos, como se o direito autista⁴⁹

⁴⁶ É o que constata, dentre outros, ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO. Tratando da chamada *crise do direito civil*, aduz o autor que ela é revelada por meio: “(i) da perda da noção do Código Civil como centro valorativo do ordenamento jurídico privado; (ii) da **quebra da dicotomia entre Direito Público e Privado como duas fronteiras distintas e impermeáveis**; (iii) do movimento de decodificação das matérias afetas às relações privadas com a proliferação de leis esparsas que chegam a constituir-se como verdadeiros microsistemas; (iv) da **publicização do Direito Privado, na acepção de Josserand como o ‘dirigismo contratual’**; (v) da **incapacidade do Direito Civil clássico de tutelar as novas relações jurídicas de forma justa**”. Cf. **Direito Administrativo e...**, p. 81 e ss.

⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 232.

⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 233-234.

⁴⁹ O termo é uma referência à expressão “*ato administrativo autista*”, cunhada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO em artigo de mesmo nome. No trabalho, o autor qualifica o ato administrativo como autista justamente em razão de sua inadequação com a realidade circundante e por assumir uma configuração “*centrada na autoridade e imune à comunicação com os interesses dos administrados*”. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Os caminhos do ato administrativo**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p.113.

fosse, mas tampouco está a demandar o surgimento de um grande “salvador da pátria”, que imponha a extinção da divisão ou que fixe as suas novas fronteiras de forma peremptória.

Na linha do que expõe FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, entendemos que a questão se conecta com o tema do interesse público, notadamente com a formulação doutrinária do conceito no Brasil, i.e., de um único interesse, aferível aprioristicamente pela Administração Pública e contrário aos interesses privados. Em verdade, nos parece que reavaliar o tema das fronteiras entre público e privado passa antes pela recolocação do tema do (s) interesse público (s) *vis-à-vis* os interesses privados.

Assim, conforme aponta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, todo e qualquer interesse público se confunde com o interesse privado de ao menos parcela dos indivíduos⁵⁰. Mais ainda: muitas vezes os particulares também atuam para a consecução do interesse público, seja enquanto agentes públicos, delegatários ou ainda através de algum tipo de vínculo de colaboração.⁵¹ A essa ideia poderiam se opor aqueles que entendem que a consecução de atividades de interesse público por particulares estaria sempre prejudicada pelos seus interesses econômicos, que invariavelmente predominariam. Se isso for verdade, adverte FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO que o mesmo raciocínio se há de aplicar aos agentes públicos, no sentido de que seus desvios seriam de impossível coibição pela Administração Pública. Esse raciocínio, continua o administrativista, nos levaria ao ceticismo e à aporia⁵². Ora, como negar que num país como o Brasil – onde, historicamente, a corrupção é uma mácula que pesa sobre o funcionalismo -, o interesse público é comumente deixado de lado em favor do interesse pessoal do agente ? E o que dizer dos interesses, legítimos, do corporativismo público?

⁵⁰ **Regulação estatal e...**, p. 149.

Em sentido semelhante, cf. JACQUES CHEVALLIER, para quem “*o interesse geral não é mais considerado como o produto de uma geração espontânea: à base de sua formação, encontram-se necessariamente os interesses particulares dos indivíduos e dos grupos; em decorrência, interesse geral e interesses particulares não aparecem mais como sendo de natureza radicalmente diferente e sua oposição tende a desaparecer.*” **O Estado pós-moderno**, p. 83

⁵¹ Cf. “As transformações na dicotomia...”, p. 136. Ainda de acordo com o administrativista, diversas atividades perpetradas pelos particulares de forma espontânea colaboraram na consecução de interesses públicos, como a produção e distribuição de alimentos, ações voltadas aos campos da educação, assistência social, saúde, transporte, educação, comunicação, etc. Cf. p. 132-133.

⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Concessão como instituto do Direito Administrativo**, tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, *mimeo*, p. 518-519.

Se é certo, como sustenta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, que o Direito Administrativo possui uma dependência genética da dicotomia público-privado⁵³, também é certo que a definição do que é público e do que é privado é cada vez mais difusa, e já há algum tempo o é. Conforme percutiente lição de HANNAH ARENDT, “*a passagem da sociedade – a ascensão da administração caseira, de suas atividades, seus problemas e recursos organizacionais – do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas diluiu a antiga divisão entre o privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, ao ponto de torná-los quase irreconhecíveis*”.⁵⁴ Assim, a ideia proveniente da Grécia Antiga do privado como o local menor de satisfação das necessidades vitais, sejam elas físicas ou de sustento, em contraposição ao político (e público) como o único local onde o homem é verdadeiramente livre⁵⁵, é superada com o surgimento da ideia de sociedade, local onde as atividades caseiras e a economia doméstica são admitidas. Daí a ideia de riqueza comum (*commonwealth*), no sentido de que o Estado também gere a riqueza, que passa a ser comum, i.e., a economia deixa de ser uma preocupação restrita ao interior de cada lar⁵⁶,

⁵³ **Regulação estatal e...**, p.70.

⁵⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 10ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 47.

⁵⁵ A distinção entre as esferas pública e privada na Grécia Antiga é bem sinalizada no trecho seguinte: “*O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. A força compulsiva era a própria vida (...); e a vida, para sua manutenção individual e sobrevivência como vida da espécie, requer a companhia de outros.*

(...)

A esfera da pólis, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na pólis.

(...)

O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na polis, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político.” *Idem, Ibidem*, p. 39-40.

⁵⁶ CELSO LAFER, dissertando sobre a obra de HANNAH ARENDT, afirma: “*Daí o termo Commonwealth, onde o comum (common) converteu-se na luta pela riqueza (wealth). É, portanto, a emergência do social que diluiu a clássica distinção entre o público e o privado, pois a esfera do público se tornou uma função do privado e o privado se tornou o único comum que sobrou, daí advindo a privatização do público e a publicização do privado.*” **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 6ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 262-263.

Também a ideia de *Volkswirtschaft* retoma, para HANNAH ARENDT, significado semelhante, conforme se depreende do trecho abaixo destacado:

“Em nosso entendimento, a linha divisória é inteiramente difusa, porque vemos o corpo de povos e comunidades políticas como uma família cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica nacional e gigantesca. O pensamento científico que corresponde a essa nova concepção já não é a ciência política, e sim a ‘economia nacional’ ou a ‘economia social’; ou, ainda, a Volkswirtschaft, todas as quais indicam uma espécie de ‘administração doméstica coletiva’; o que chamamos de ‘sociedade’ é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma e organização é denominada ‘nação’”. **A condição...**, p. 37-38.

contrariando, inclusive, a origem da palavra, que remonta à *oikos* (casa) e *nomos* (norma)⁵⁷.

Nessa toada, tanto deixa de ser recorrente a ideia, expressa na raiz etmológica de individual (*idion*), de que o que diz respeito à vida privada é *idiota*, quanto, ao revés, passa-se a valorizar os sentimentos experimentados no íntimo de cada um, o que foi percebido inicialmente por ROUSSEAU, e também pôde ser aferido pelo florescimento, a partir de meados do século XVIII, de gêneros artísticos como a poesia, música, o romance, em contraposição ao declínio de artes tidas como “mais públicas”, como, por exemplo, a arquitetura⁵⁸.

Deixando um pouco de lado as questões filosóficas e históricas ligadas à dicotomia público-privada, e voltando ao universo propriamente jurídico, é preciso ressaltar que o uso pela Administração Pública de instrumentos de direito privado não é exatamente uma novidade⁵⁹, mas é possível observar que em momentos de reforma administrativa a questão é debatida com mais afinco, como se pode notar no âmbito da Reforma Administrativa ocorrida no Brasil nos anos 90⁶⁰, mas também em Portugal, quando da instituição da *Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública*, conforme relata MARIA JOÃO ESTORNINHO⁶¹. Isso porque o recurso da Administração às formas privadas é muitas vezes visto como uma maneira de “desengessar” a atuação da Administração

⁵⁷ **A reconstrução...**, p. 258.

⁵⁸ ARENDT, Hannah, **A condição...**, p. 48-49.

De acordo com HANNAH ARENDT, a ascensão da esfera social, desconhecida dos antigos, acabou por homogeneizar os membros da sociedade, coibindo qualquer tipo de manifestação idiossincrática, e sendo também responsável por um sufocamento dos sentimentos mais recônditos. Daí a importância que ela atribui a ROUSSEAU, como sendo o primeiro teórico a explorar e valorizar a intimidade de cada um, algo que, nos parece, tem ainda grande reverberação nos dias de hoje:

“A reação rebelde contra a sociedade, no decorrer do qual Rousseau e os românticos descobriram a intimidade, foi dirigida, em primeiro lugar, contra as exigências niveladoras do social, contra o que chamaríamos de conformismo inerente a toda sociedade.” *Idem, Ibidem*, p. 48 e ss.

⁵⁹ Aliás, como ressalta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, é importante lembrar que o Direito Civil serviu como base à criação dos institutos de Direito Administrativo quando da “autonomização” deste ramo. Mais ainda, ressalta a administrativista o papel de destaque da disciplina civilista, notadamente pelas seguintes razões: (i) pelos quase 20 séculos de existência; (ii) pelo fato de ser o direito comum a todos os homens, regrando desde antes de seu nascimento até após a sua morte; (iii) pelo fato de a divisão de diversos códigos civis – inclusive o brasileiro – em ‘parte geral’ e ‘parte especial’ importar uma aplicação da primeira como verdadeira teoria geral do direito, o que foi confirmado com a recente alteração da nomenclatura da “Lei de Introdução ao Código Civil” para “Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro”; e, finalmente, (iv) em razão do Direito Civil servir como fundamento a diversas relações jurídicas de que a Administração participa, tais como a locação, compra e venda, etc. Cf. **Introdução: do Direito Privado na Administração Pública**, in _____ (org.). **Direito Privado Administrativo**, São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 1-2.

⁶⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 9ª edição, São Paulo: ed. Atlas, 2012, p. 30-31.

⁶¹ **A Fuga...**, p. 11 e ss.

Pública, por vezes presa aos “grilhões” do - frequentemente - ineficiente regime jurídico administrativo.

Por outro lado, é fundada a preocupação de MARIA JOÃO ESTORNINHO, frequentemente externada por outros autores, no sentido de que o uso abusivo de formas privadas pela Administração Pública pode resultar numa *fuga ao direito privado*, termo entendido na sua acepção negativa. Conforme ensina a autora, na passagem do Estado Social para o Pós-social, com o aumento das demandas em face do Estado, o fenómeno da fuga para o direito privado se agrava. O Estado, assim, passa muitas vezes a se revestir de formas jurídico-privadas com o mero fito de contornar o regime jurídico administrativo, o que por vezes importa a total desproteção do cidadão. Assim, em comparação com o Estado Absolutista, o Estado Pós-Social se revelaria mais nefasto nesse sentido, eis que durante o Absolutismo, o uso do direito privado, através da chamada *teoria do fisco* visava justamente o contrário, i.e., proteger os cidadãos, que no mais estavam desprotegidos em razão da máxima *the king can do no wrong*.⁶²

Colocadas essas questões, o tema, parece-nos, cinge-se a algumas perguntas-chaves, propostas por alguns dos autores que o debateram⁶³: (i) a Administração goza de uma capacidade jurídica de direito comum? (ii) é possível se falar em autonomia privada da Administração Pública?; (iii) se sim, tal autonomia é equiparável àquela das pessoas/entes privados, ou sofre temperamentos impostos pelo direito público?; (iv) A Administração pode sempre se valer de formas de organização e atuação dos entes privados?⁶⁴; (v) caso a resposta seja negativa, em que casos se admite tal recurso ?; (vi) quando revestida de formas privadas, a Administração Pública mantém suas prerrogativas ou passa a atuar de “igual para igual” frente ao particular?

Os questionamentos acima apontados perpassam indistintamente todos os temas de Direito Administrativo, como a sua estrutura organizacional (i.e, as pessoas jurídicas da

⁶² *Idem, Ibidem*, p. 80 e p. 67-68,

⁶³ As perguntas por nós agrupadas foram sugeridas pelos seguintes autores: ESTORNINHO, Maria João, *A fuga...*, p. 189 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Introdução: do direito privado na Administração Pública*, p. 13-14; IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Diritto privato dell'amministrazione...*, p. 25 e ss.

⁶⁴ “E assim, por exemplo, se ocorre a aquisição pública de um determinado bem de propriedade privada para a realização de uma obra de interesse público, exigência essa prevista para a atribuição à Administração do poder de expropriação, o bem de propriedade privada pode ser adquirido através de um contrato de compra e venda (no caso em que o proprietário esteja disposto a alienar)? Se se reputa necessário ou de qualquer modo oportuno consentir a terceiros o uso de bem dominial (por exemplo, o uso de uma praia pública para fins de turismo balneário), pode ser utilizado o contrato de locação ou de arrendamento, no lugar do procedimento concessório previsto na legislação vigente sobre domínio marítimo?” IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Diritto privato dell'amministrazione...*, p. 25. (tradução nossa)

Administração direta e indireta), os contratos, as relações obrigacionais que trava o ente público, suas relações trabalhistas, o tema dos bens públicos, dentre outros.

No que tange ao tema dos bens públicos, por exemplo, os questionamentos se revelam especialmente importantes para o desenvolvimento deste trabalho. Isso porque não é possível pensar o Urbanismo ou Direito Urbanístico dissociado da ideia de bem público – assim como, sob outro ângulo, tampouco é possível pensar em tais ciências dissociadas da ideia de bem privado. Desse modo, com respeito ao tema dos bens públicos, os questionamentos se colocam sobretudo no que tange à exploração econômica dos mesmos e à flexibilização dos meios de sua exploração pelos privados. Muito embora se reconheça que aos bens públicos se aplique um regime próprio, derogatório do direito comum – daí, por exemplo, a ideia de atributos dos bens públicos-, é preciso trabalhar com a ideia de que não existe um único regime de direito público aplicável a todos os bens, havendo, em realidade, “*vários matizes do direito público que variarão conforme o tipo de bem, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso ao qual ele é afetado*”.⁶⁵

Na França, por exemplo, houve uma evolução da ideia de proteção e preservação do bem público no sentido da “fluidificação” da gestão do patrimônio, com a aprovação, em 2006, do *Código Geral de Propriedade das Pessoas Públicas* (*Code General de Propriété des Personnes Publiques* - “CGPP”). Em realidade, já na década de 80 esse movimento se inicia, tanto no âmbito do direito da Comunidade Européia, quanto no âmbito interno, quando se passa a questionar a gestões dos bens públicos, notadamente em razão da necessidade de altos investimentos, o que leva à formulação de novos instrumentos. Assim :

*“a falta de recursos públicos acrescida à valorização do direito privado como instrumento de maior eficácia incita as pessoas públicas a gerir o domínio público através de uma lógica empresarial voltada à valorização das dependências do domínio público enquanto fonte de riqueza econômica...”*⁶⁶

Portanto, de tudo o que foi dito neste tópico, é importante observar que as fronteiras entre público e privado são, com efeito, cada vez mais movediças. Essa efemeridade,

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249.

⁶⁶ MANSON, Corinne, **Valorisation économique du domaine public et performance**, In: ALBERT, Nathalie (org.) **Performance et droit administratif**, Paris: LexiNexis, 2010, p. 228. (tradução nossa). Para maior aprofundamento no tema, confira-se também MORAND-DEVILLER, Jacqueline, **Critères, consistance et performance de la dominialité publique**, In: ALBERT, Nathalie (org.), **Performance et droit...**, p. 211-226.

embora seja melhor encarada por outras áreas do saber, é, muitas vezes, aceita com dificuldade no âmbito do Direito. Essa dificuldade, nos parece, liga-se seja à desconfiança que o nosso imaginário deposita no ente privado – e neste caso, a desconfiança não apenas se restringe aos juristas mas é algo constante do imaginário da própria sociedade, como visto acima -, seja às vicissitudes da formação da disciplina do Direito Administrativo, que, para se afirmar como disciplina autônoma, predicou a necessidade de ruptura total com o direito “comum”, aplicado aos privados.

Conforme se verá na sequência, as cidades são locais onde essa apartação absoluta se mostra absolutamente fictícia. É o que passaremos a expor.

I.3. O URBANISMO COMO SUPERAÇÃO DA APARTAÇÃO

FLORENCE MENEZ E JULIE GAGNON afirmam, com acerto, que a ordenação do território urbano (*aménagement urbain*) se caracteriza por sua propensão a relacionar interesses públicos e privados.⁶⁷ Conforme apontam as autoras, alguns fatores contribuem para uma tal afirmação: se por um lado, é certo que o Urbanismo é um campo onde o Estado, na maioria das vezes, necessita mobilizar capital e expertise privados, por outro, é também um campo onde os investimentos são altíssimos e dificilmente alcançáveis tão somente através da lógica privada.⁶⁸

Com efeito, o aspecto econômico é um importante vetor a motivar a inter-relação público-privada nas cidades, como o é para outros assuntos. Contudo, nos parece que a constante mescla entre público e privado no ambiente da cidade ultrapassa o viés estritamente econômico, acima ressaltado. Ou seja, parece-nos que as interações decorrem de aspectos econômicos, mas também de outros fatores, os quais relacionamos abaixo.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar o aspecto *proximidade*, indissociável do urbano, ou ao menos do que dele se espera. Por *proximidade*, está-se aqui querendo se referir ao fato de que a cidade se revela como algo facilmente palpável aos cidadãos. Em termos de representatividade, por exemplo, é muito simples pensar que o cidadão se sente muito mais próximo de um vereador municipal - que por vezes reside no mesmo bairro que

⁶⁷ MENEZ, Florence; GAGNON, Julie, **Redéfinition et redéploiement de l'action publique**, In: ZEPF, Marcus (org.), **Concerter, gouverner et concevoir les espaces publics urbains**, Lyon: Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2004, p. 105.

⁶⁸ ASCHER, F., **Le partenariat public-privé dans le redéveloppement. Le cas de la France**, In: HEINZ, W. (directeur) **Partenariats publics-privé dans l'aménagement urbain**, Paris: L'Harmattan, p. 197-248, *apud* MORAND-DEVILLER, Jacqueline, **Critères, consistance et performance de la dominité publique**, p. 105.

ele, é por muitos conhecido e incorpora as principais bandeiras daquela vizinhança - do que de um senador, que acaba muitas vezes sendo mais vinculado às bandeiras do partido político do que àquelas dos seus conterrâneos. Esse fato é agravado, no caso brasileiro, em razão de parte dos representantes políticos residirem em Brasília, cidade ícone do modernismo planejador e criada “do zero”, i.e., longe dos principais centros urbanos da época, o que lhe agrega a percepção de distanciamento, oposta à proximidade que aqui se está a referir.

Essa sensação de proximidade é aferível em outros planos além daquele da representação política, como o da prestação de serviços públicos e de atividades administrativas em geral. É fácil perceber que os serviços e funções públicas mais palpáveis para os cidadãos são aqueles prestados no âmbito da cidade, o que, ressalte-se, não necessariamente significa que os mesmos sejam de competência municipal. Basta pensar, por exemplo, na segurança pública, que é atribuição eminentemente estadual (veja-se, nesse sentido, o art. 42 da Constituição Federal) e que, contudo, tem grande impacto para os habitantes das cidades.⁶⁹

De todo modo, independentemente da competência federativa para prestação de um determinado serviço público ou atividade, é natural que as pessoas se sintam mais afetadas por aquelas atividades que se fazem visíveis no seu cotidiano. Assim, saneamento, iluminação pública, asfaltamento, transporte, segurança pública, saúde, apenas para citar algumas, são atividades presentes cotidianamente na vida dos cidadãos das cidades. Ao revés, grandes obras de infraestrutura, como obras ligadas ao setor elétrico, obras em rodovias, questões ligadas à segurança nacional, passam por vezes despercebidas pelos cidadãos. Não pela falta de relevância das mesmas, afinal, basta pensar que investimentos adequados em geração e transmissão de energia são fundamentais para o funcionamento de todo País e também das cidades, uma vez que o fornecimento de energia elétrica domiciliar, por óbvio, depende da geração, transmissão e distribuição da mesma. Contudo, salvo em situações extremas, como no caso do racionamento elétrico de 2001-2002, as pessoas tendem a se dar conta de questões micro e se esquecer do macro. Assim, a falta de

⁶⁹ É de se notar que muitos urbanistas traçam relações entre as cidades, e mais especificamente o modo como as mesmas são estruturadas, e o tema da segurança. Nesse sentido, por exemplo, JANE JACOBS demonstrou como os bairros com usos mistos tendem a ser mais seguros, pois há constantemente “olhos” a vigiar as situações suspeitas na vizinhança. Cf. **Death and life in great american cities**, 50ª edição, Nova Iorque: Modern Library, 2011, p. 37 e ss.

iluminação em uma dada rua é motivo de maior preocupação para os habitantes do que a falta de investimentos adequados em geração e transmissão de energia elétrica.

Desse modo, a proximidade, ínsita ao ambiente urbano, é algo que tende a unir atores públicos e privados, colocando-os em contato através de diversas formas, como se analisará nos capítulos seguintes. Para ficarmos no âmbito da participação, por exemplo, a audiência pública para discussão de um projeto urbanístico capaz de afetar toda uma região, com possíveis desapropriações, alterações de uso e coeficientes de aproveitamento, com o consequente adensamento e/ou desadensamento daquele local e todos os reflexos que isso implica, é móvel suficiente para que pessoas que ali residem, comerciantes, empresas, associações de moradores, arquitetos, urbanistas, dentre outros, dela participem. Por outro lado, grandes projetos de infraestrutura que pouco impacto direto apresentem em relação ao cidadão, i.e. projetos “pouco palpáveis”, mobilizam poucos grupos de interessados (menos pulverizados). Em tais hipóteses, é comum que apenas as empresas interessadas pelo projeto e representantes de órgãos controladores compareçam às audiências e/ou aportem contribuições às consultas públicas.⁷⁰

Outro fator que nos parece relevante nessa imbricação público-privada no ambiente urbano é o papel do direito como indutor e regulador da atividade econômica. Esse papel, é certo, não é apenas aferível no ambiente do Direito Urbanístico, uma vez que a função reguladora do Estado se impõe em diversas outras áreas⁷¹. Contudo, no âmbito do

⁷⁰ Para exemplificarmos a primeira hipótese, basta verificar que a audiência pública temática para discussão da produção de moradia, realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 14 de novembro de 2013, no âmbito das rodadas de audiências para discussão do projeto de lei do novo Plano Diretor Estratégico do Município, contou com a participação – em auditório, uma vez que a maior parte das pessoas ficou do lado de fora do edifício, já que o mesmo não comportava todos os presentes – de centenas de pessoas, a maioria ligada a movimentos de moradia, mas também arquitetos, estudantes, moradores não associados a qualquer movimento, representantes do Executivo Municipal e do Ministério Público etc. Dados extraídos das notas taquigráficas e demais documentos disponíveis em planodiretor.camara.sp.gov.br/wp/index.php/audiencia_publica/audiencia-publica-14112013-noite/ (acesso em 12.12.2013)

No segundo caso, é possível fazer menção à audiência pública para discussão do edital da Linha 18-bronze, do Metrô de São Paulo (concessão patrocinada para prestação de serviços de transportes por meio da tecnologia de monotrilho, incluindo implantação, operação e manutenção), realizada em 12.03.2013. A despeito da magnitude do projeto, foram apresentadas apenas 06 perguntas, conforme ressaí da ata da audiência, sendo que 03 delas foram efetuadas por empresas interessadas no projeto. Cf. documentos em www.stm.gov.br/index.php/parcerias-publico-privadas-ppp/linha18-sao-paulo-abc/1003-obras/obras-em-licitacao/linha-18-sao-paulo-abc/3927-linha-18-bronze-perguntas-e-respostas (consultado em 23.11.2013).

⁷¹ “A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

Urbanismo tal função é bastante evidente e implica uma constante relação entre o Estado e os agentes privados. Assim, através de instrumentos como a desapropriação ou a preempção, por exemplo, os entes públicos são capazes de interferir no preço dos terrenos. Por outro lado, também instrumentos como o zoneamento ou o coeficiente de aproveitamento são capazes de interferir bruscamente sobre uma determinada propriedade e seu entorno. Essa relação é visualizada por JEAN-BERNARD AUBY como sendo a de uma incrível coreografia, na qual se observa uma constante *fuga* da cidade diante do direito. Explica o autor francês:

“O Direito Urbanístico é um terreno excepcional para observação dos vínculos que o direito pode estabelecer com as realidades às quais ele se propõe a se aplicar. Desenvolve-se entre eles uma excepcional coreografia em que a justificativa me parece ser a fuga da cidade face ao direito.

*O que é deveras impressionante no Direito Urbanístico, e que eu gostaria de transmitir aos leitores de ‘Corps écrit’ sem cansá-los com considerações técnicas, é a quantidade de mecanismos destinados a fazer com que a regra de direito se deforme, se adapte, e até mesmo desapareça diante da pressão da cidade, diante das demandas e novas estratégias dos atores urbanos, quando não se trata simplesmente do fato de que a regra seja totalmente maleável, mais indicativa do que imperativa”.*⁷²
(tradução nossa)

Conforme se observa do trecho acima citado, embora o Estado se esforce em regular, por vezes de maneira até mesmo meticulosa, o uso e ocupação do solo urbano, é ingênuo pensar que a cidade obedeça fielmente a tais regras de direito. Talvez mais do que em outras áreas, a aderência a tais normas é difícil, seja pelo alto impacto que elas ocasionam, seja pela sua frequente inadequação, seja ainda pelo seu grau de tecnicidade. E mais: a cidade é viva e cambiante. Regras muito estritas de zoneamento, por exemplo, por vezes ignoram os novos usos que naturalmente vão surgindo num dado espaço.⁷³

Conforme ressalta o administrativista, a complexidade da atuação da Administração Pública exige que sejam criadas *categorias* para sistematizá-la. Daí se falar em função *conformadora* (ligada ao poder de polícia), *regulatória*, *de fomento*, etc. Contudo, de acordo com advertência do próprio autor, não se pode dizer que uma função seja totalmente apartável da outra. Assim, no tocante ao Urbanismo, parece-nos claro que há uma zona cinzenta, onde se verificam funções administrativas de fomento, prestacionais, regulatórias, ordenadoras etc. *Idem, Ibidem*, p. 126.

⁷² AUBY, Jean-Bernard. **Droit de la ville...**, p.8.

⁷³ JANE JACOBS é uma das maiores críticas do ideal, eminentemente modernista, de segmentação da cidade em zonas através de critérios como usos permitidos, dentre outros. De acordo com a norte-americana, “A predileção dos Utópicos, e outros ‘dirigentes compulsivos do lazer das pessoas’, por um tipo de negócio em detrimento de outros é mais do que irrelevante para as cidades. É prejudicial. Quanto maior e mais diversificado o leque de interesses legítimos (no sentido estritamente legal) que as ruas das cidades e as

A ideia, portanto, referida por JEAN-BERNARD AUBY de que há uma fuga da cidade perante o direito é tomada, por nós, não apenas numa acepção negativa – embora se reconheça que a anomia tende ao caos, mas também num sentido construtivo e colaborativo, pelo qual se reconhece que no campo específico do Direito Urbanístico deve haver sempre espaço para soluções coordenadas, que levem em conta as situações de fato já estabelecidas e as mudanças de uso e de hábito que naturalmente vão se formando numa dada cidade. Essa percepção nos indica que, enquanto planejador, o Estado não pode se “ensimesmar” e pretender que suas escolhas sejam seguidas à risca. Mesmo que haja instrumentos de participação na elaboração de planos urbanísticos – como no caso do plano diretor⁷⁴ –, o direito deve ser chamado a lidar com as ilegalidades e os espaços de “não direito”⁷⁵. Não apenas porque é preciso se reconhecer as fragilidades da participação, mas também porque a cidade não pode ser apreendida como algo estático, como visto acima. Veja-se, a título de exemplo, que a Lei nº. 6.776, de 1979 (“Lei Lehman”) sobre parcelamento do solo urbano não ignora a existência de tais irregularidades, tratando tanto dos loteamentos clandestinos quanto dos irregulares⁷⁶. O reconhecimento, em lei, de tais situações e até mesmo a institucionalização de exceções às regras é algo bastante comum na legislação urbanística. Conforme aponta MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO, ao analisar a política habitacional brasileira do último século, é possível estatuir que as práticas de regularização fundiária – e, portanto, de regularização de situações ilegais e/ou clandestinas – foram resultado, em parte, da ineficiência e inércia do próprio Estado, que, por uma série de razões, provocou a proliferação de ocupações irregulares.⁷⁷

empresas possam satisfazer, melhor será para a segurança e civilidade da cidade.” The death and life..., p. 53.

⁷⁴ Nesse sentido, cf. o art. 40 da Lei nº. 10.257, de 2001 (“Estatuto da Cidade”), que obriga tanto o Executivo quanto o Legislativo municipais a garantir, no processo de elaboração do plano diretor, mecanismos que propiciem a participação e o acesso de interessados através, por exemplo, de audiências públicas, publicidade quanto aos documentos produzidos etc.

⁷⁵ Nesse sentido, cf. WERNECK, Augusto. **Função social da cidade, plano diretor e favelas, a regulação setorial nas comunidades populares e a gestão democrática das cidades**, In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.) **Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano social**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 141-158.

⁷⁶ MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO acrescenta, ainda, que diplomas legislativos posteriores, como a Lei nº. 9.785, de 1999, promoveram alterações no sentido “*de facilitar a aprovação de parcelamentos populares ou habitações de interesse social, bem como de regularizar loteamentos e desmembramentos não autorizados ou executados em desacordo com o ato de licença.*” Desse modo, resta evidente uma preocupação, ao menos no tocante aos loteamentos, de reconhecer situações consolidadas, retirando-lhes a pecha da ilegalidade mediante o cumprimento de certos requisitos. Cf. **Regularização fundiária urbana de interesse social no direito brasileiro**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2012, *mimeo*, p. 29.

⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 44-45.

Ou seja, tudo isso para mostrar que a norma urbanística não pode ser vista como algo imposto de maneira exógena. A legitimação democrática embutida, teoricamente, em qualquer lei é patentemente insuficiente no caso das leis de cunho urbanístico, como tem se verificado crescentemente também em relação a outras matérias, como meio ambiente, por exemplo. Nestes casos, requer-se mais: é preciso que haja mais interação e, conseqüentemente, maior aderência ao conteúdo da norma, sob pena de seu total descumprimento. E veja-se: essa interação deve ser dinâmica, pois a cidade é cambiante e o Estado deve ser capaz de captar essas mudanças. Assim, exceções às regras, em si, não nos parecem problemáticas. O que deve ser sempre verificado são os interesses aos quais tais exceções servem, como se verá adiante.

Não se deve olvidar ainda, que, a par das funções regulatória e ordenadora, que se revelam como a contra-face de um direito absoluto de propriedade (note-se: não mais existente em nosso ordenamento, como será retomado adiante), o Direito Urbanístico também abarca uma função indutiva, que demonstra outra peculiar relação entre agentes públicos e privados desenvolvida no âmbito da cidade. Na sua função indutiva, ou de fomento, o Direito Urbanístico é chamado, através de instrumentos como a desoneração fiscal, subsídios, mudanças de índices urbanísticos, dentre outros⁷⁸, a induzir determinadas condutas de particulares, seja com vistas a estimular o crescimento de algum eixo da cidade, seja com o intuito de requalificar alguma área degradada ou ainda com outro objetivo. Em tais casos, o Estado se vale de recursos próprios, ou de providências diversas, para orientar a atuação de agentes privados numa dada direção⁷⁹. O Estado pode, por exemplo, induzir tal crescimento/requalificação através de atuação estatal direta no tecido urbano, quando, por exemplo, instala órgãos e repartições públicas numa dada área antes desocupada ou subutilizada.⁸⁰

Exemplo emblemático do uso de instrumentos de indução na melhoria de uma região é o do bairro do Harlem, ao norte da ilha de Manhattan. Essa região, que já havia sido ao longo da década de 20 e 30 um polo de experimentalismo cultural – muito embora

⁷⁸ Nesse sentido, confira-se o art. 4º, IV, “c” do Estatuto da Cidade, que elenca os “*incentivos e benefícios fiscais e financeiros*” como instrumentos da política urbana.

⁷⁹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de...**, p. 12-13.

⁸⁰ A construção em Belo Horizonte da Cidade Administrativa Tancredo Neves, que abriga a nova sede oficial do Governo de Minas Gerais, teve como um dos propósitos a indução do crescimento do eixo norte da cidade. Outras medidas tomadas pelo Poder Público para induzir um crescimento na região foram ainda: melhorias do sistema viário para acesso à região e ao aeroporto de Confins (“Projeto Linha Verde”) e ampliação deste último.

mesmo nesse tempo fosse um local de residência, sobretudo, de pessoas de baixa renda econômica, abrigando também atividades ilícitas como aquelas ligadas às drogas e à prostituição-, acabou se degradando mais ainda, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Assim, se durante algum tempo o caráter de gueto afro-americano conferia algum grau de excentricidade ao local, ensejando até mesmo visitas turísticas de brancos que queriam conhecer as habitações precárias (*go slumming*) de um local “exótico”⁸¹, com o tempo e sobretudo com a segregação racial norte-americana, movimentos como os “Black Panthers” (comunidade negra) e os “Young Lords” (comunidade porto-riquenha) tomaram corpo e passaram publicamente a hostilizar os brancos, que fecharam seus comércios na região e pararam de frequentar os eventos culturais. Assim, em meados da década de 1970, a situação era a seguinte:

*“Proprietários ausentes abandonavam prédios ao invés de tentarem mantê-los a preços suficientemente baixos para que maioria dos moradores de Harlem pudessem pagar. Esses prédios eram então vandalizados por drogados e tomados por gangues, e depois finalmente apropriados pelo Município. Muitos eram encobertos ou demolidos, deixando lotes vazios. Habitantes de classe média deixavam o bairro em busca de regiões melhores, como o Brooklyn ou o Queens, ou até mesmo o subúrbio”*⁸²
(tradução nossa)

A partir dos anos 1970, inicia-se uma nova busca por imóveis na região, especialmente por parte da população negra de classe média. Em fins dos anos 1980, a situação no Harlem começa a mudar, sobretudo com a concessão de subsídios estatais para unidades habitacionais destinadas à classe média e também devido a investimentos mistos (públicos e privados) em equipamentos culturais, como o Studio Museum e o National Black Theater. Em 1994 é aprovada pelo Congresso Nacional a *Upper Manhattan Empowerment Zone* (“UMEZ”- Zona de fortalecimento do norte de Manhattan), que teve um aporte inicial de U\$ 300 milhões, divididos entre Governos federal, estadual e municipal. O principal objetivo da criação da UMEZ era utilizar títulos garantidos pelo Estado (*state-backed bonds*) para ajudar no desenvolvimento de novos negócios na região, ajudando, assim, a reverter o quadro de degradação. O primeiro grande projeto da UMEZ consistiu na criação de um grande shopping e complexo de entretenimento, compreendendo lojas de cadeias conhecidas, cinemas, banco, etc. Além de outros negócios

⁸¹ ZUKIN, Sharon. “Harlem between guetto and renaissance”, In: BRIDGE, Gary ; WATSON, Sophie (org.). **The New Blackwell companion to the City**, Oxford: Wiley Blackwell, 2013, p. 564.

⁸² *Idem, Ibidem*, p. 563.

que se estabeleceram por meio de ajuda advinda de financiamento estatal, também outras atividades mais “sofisticadas” passaram a se estabelecer na região, ainda que sem incentivo estatal. A Universidade de Columbia, por exemplo, comprou um enorme terreno na região para implementação de um projeto da ordem de US\$ 7 bilhões.

Portanto, a despeito das eventuais críticas a um possível processo de gentrificação⁸³ na região, é inegável, neste caso, o papel do Estado como indutor de mudanças urbanísticas, em parceria com agentes privados. No caso específico da cidade de São Paulo, por exemplo, é possível verificar este aspecto indutor, no recente Projeto do Arco do Futuro, que prevê uma série de grandes mudanças num arco que se inicia na Avenida Cupecê, segue pelas marginais dos rios Pinheiros e Tietê, alcançando a avenida Jacu Pêssego, até seu limite sul. Conforme se depreende do projeto, pretende-se criar novos centros ao longo do citado arco, minando o modelo monocentrismo da cidade de São Paulo, de molde a se reproduzir o chamado modelo da cidade compacta – neste caso adaptado às peculiaridades de uma metrópole -, em que, grosso modo, se estimulam a diversidade de usos, a densificação de regiões, o encurtamento de distâncias, o pedestrianismo, o desestímulo ao uso do automóvel, etc. Para viabilizar estas mudanças, prevê-se a indução do desenvolvimento em regiões periféricas, como se depreende do trecho abaixo do programa de governo do atual prefeito de São Paulo, Fernando Haddad:

“Para induzir o desenvolvimento em todo o arco, o Município oferecerá incentivos à razão inversa à demanda do mercado imobiliário. Desta forma, algumas áreas terão incentivos fiscais e isenção ou redução da outorga onerosa do direito de construir, enquanto outras não terão apoio econômico do poder público. A área ao longo das Avenidas Jacu-Pêssego e Cupecê, por

⁸³ O termo “gentrificação” foi cunhado em 1964 por Ruth Glass, britânica dedicada ao estudo da sociologia urbana e preocupada com a luta de classes que ocorria em Londres à época, sobretudo com os processos de renovação das casas vitorianas, acompanhados do aumento de preço e consequente substituição da classe trabalhadora pela classe média. A gentrificação consiste, de maneira simplificada, no processo de “apropriação” de um bairro degradado por classes mais abastadas, geralmente com a “expulsão” dos antigos moradores, que passam a não mais ter condições econômicas de viver naquela região. O tema é bastante polêmico e surge, sobretudo, nos projetos de requalificação de bairros degradados, onde a consequente valorização imobiliária acaba por tornar inviável a permanência dos antigos moradores. Cf. SLATER, Tom, **Gentrification of the city**, In: BRIDGE, Gary; WATSON, Sophie, **The new...**, p. 571.

Para aprofundamento no tema, cf. ainda: KOLODNEY, Lawrence K. **Eviction free zones: the economics of legal bricolage in the fight against displacement**, In: 18 *Fordham Urban Law Journal*, 1991, p. 507-543; CRAVATTS, Richard L., **Gentrification is good for poor and everyone else**, In: American Thinker, edição de 1º de agosto de 2007, disponível em http://americanthinker.com/2007/08/gentrification_is_good_for_the.html (Consultado em 18.09.2013); MARICATO, Hermínia. **Reabilitação de centros urbanos e habitação social In: Brasil, cidade: alternativas para a crise urbana**, 5ª edição, Petrópolis: Ed. Vozes, 2011, p. 125-150.

*exemplo, estará isenta do pagamento da outorga onerosa e será objeto de incentivos fiscais para seu adensamento”.*⁸⁴

A ideia do Urbanismo e do Direito Urbanístico na condição de mecanismos indutores também está presente no chamado Arco do Tietê, que consiste na primeira fase do Projeto do Arco do Futuro e já se encontra em curso. Conforme se depreende do Chamamento Público nº. 1/2013/SMDU, que convocou interessados para manifestação de interesse (“PMI”) na elaboração de projetos urbanísticos para a área ali delimitada, dentre os objetivos da PMI se encontram :

“(…) Obter subsídios econômicos, urbanísticos, ambientais, técnicos e de caráter social e institucional, bem como instrumentos urbanísticos para fundamentar alternativas de viabilidade do desenvolvimento e implementação do Arco do Tietê, apontando as formas de modalidade contratual e jurídica consideradas mais apropriadas, previsão das demandas e receitas esperadas, os custos operacionais envolvidos e as formas de participação popular e de gestão democrática do projeto, demonstrando-se tal pré-viabilidade por intermédio de :

(…)

B. Modelagem jurídica apontando possíveis instrumentos ou processos que favoreçam a transformação, indução ou intervenção territorial ;

C. Estudos sócio-econômicos que demonstrem a promoção dos setores produtivos e a geração de emprego e renda, vinculada ao público alvo do projeto. ”

Como se percebe dos dois exemplos trazidos à baila, aliada a funções prestacionais, ordenadoras e reguladoras, o Direito Urbanístico exerce muitas vezes uma função indutiva, ou de fomento. E, como é evidente, tal função exige constantes diálogos e interfaces com os parceiros privados, sob pena de restar inócua.

Por fim, outro aspecto, muitas vezes esquecido e/ou subdimensionado, e que naturalmente propicia a interrelação público-privada de que temos falado consiste na ideia de que as cidades são naturalmente destinadas a propiciar a interação social. Essa percepção, que foi sendo perdida, sobretudo com a ascensão dos ideais modernistas⁸⁵ –

⁸⁴ **Um tempo novo para São Paulo (plano de Governo Haddad Prefeito 2012).** Disponível em pensenovotv.com.br/files/Programa_de_Governo_Haddad.pdf, p. 21 (Consultado em 01.09.2013).

⁸⁵ Sobre os ideais modernistas cf. SECCHI, Bernardo, **Primeiras lições de Urbanismo**, São Paulo: Perspectiva: 2012, p. 85 e ss; e HALL, Peter, **Cities of tomorrow**, 3ª edição, Oxford: Blackwell, 2002. Especificamente sobre o fenômeno modernista no Brasil, e sua corporificação na cidade de Brasília, cf. o que JAN GEHLS denomina de “síndrome de Brasília”. (**Cities for people**, Washington DC: Island Press, 2009, p. 195-197).

que privilegiavam, a seu turno, o uso do automóvel, a construção de espigões isolados e enfatizavam a ideia de uma cidade funcional, i.e., adaptável para as atividades cotidianas, sem necessariamente pensá-la como um local de encontros, dentre outras coisas -, vem retomando sua força nos últimos tempos, sobretudo com a recuperação, em diversas cidades do mundo todo, de lugares para convivência⁸⁶. Como ressalta JAN GEHL:

“Ao longo da história, o espaço das cidades funcionou como um local de encontro, com diversos propósitos, para seus habitantes. Pessoas se encontravam, trocavam informações, faziam negócios, marcavam casamentos – artistas de rua entretinham e mercadorias eram colocadas à venda. Pessoas compareciam a eventos da cidade, fossem eles grandes ou pequenos. Procissões eram celebradas, poder manifestado, festas e punições ocorriam publicamente – tudo acontecia às vistas do público. A cidade era um local de encontro.” (tradução nossa)⁸⁷

Em realidade, não se pode perder de vista que, desde seus primórdios, a cidade tem um viés aglutinador. Na feliz analogia de RAQUEL ROLNIK, a cidade pode mesmo ser apreendida como um íma, eis que tem um poder de atração, no sentido de reunir, aglomerar as pessoas.⁸⁸ Assim, seja nos zigurates da Mesopotâmia – presumidamente os primeiros embriões das cidades⁸⁹ -, seja nas cidades-Estado gregas ou nos burgos medievais, há nas cidades uma força aglutinadora que naturalmente congrega as pessoas. Daí a ideia de que *“na cidade nunca se está só, mesmo que o próximo ser humano esteja para além da parede do apartamento vizinho ou num veículo de trânsito ; o homem só no apartamento ou o indivíduo dentro do automóvel é um fragmento de um conjunto, parte de um coletivo”*.⁹⁰

Historicamente, como falado, essa ideia se confirma. Veja-se, por exemplo, que a configuração das cidades-estado gregas, as pólis, permite que os cidadãos constantemente se reúnam, e assim se reconheçam como comunidade organizada. Espaços que propiciam tais encontros são, por exemplo, as ágoras ou os teatros.⁹¹ É bem verdade que na Grécia Antiga a exclusão de escravos, mulheres e crianças do grupo de *cidadãos* tornava a cidade

⁸⁶ Nesse sentido, confira-se o exemplo de Nova-Iorque, referido por JAN GEHL, onde recentemente se reformularam espaços públicos, inclusive com a transformação de vias importantes em locais vedados à circulação de veículos, tais como a Madison Square, Herald Square e Times Square. O propósito era o de oportunizar maiores opções de lazer aos pedestres numa cidade que, tradicionalmente, valoriza o pedestrianismo. *Cities for...*, p. 21-22

⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p. 25.

⁸⁸ ROLNIK, Raquel. **O que é CIDADE**, 4ª edição, São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 13.

⁸⁹ *Idem, Ibidem*, p. 13.

⁹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 20.

⁹¹ BENEVOLO, Leonardo. **História da Cidade**, 5ª edição, tradução de Silvia Mazza, São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 78.

pouco inclusiva e, daí que, se falar na cidade com *espaço de plena convivência* e, sobretudo, de local para se fazer política soa um pouco hipócrita. Não se pode olvidar, contudo, que ainda que politicamente não tenhamos uma semelhante exclusão, a exclusão social é tão ou mais perversa. Ou seja, das cidades gregas às cidades contemporâneas, a exclusão – política, social ou econômica – é algo ainda a ser superado.

Também a ideia da cidade como mercado confirma o seu aspecto aglutinador. A partir do momento em que o homem deixa de ser autossuficiente, i.e., que deixa de produzir apenas para si mesmo e trabalha com um excedente, inicia-se o processo de divisão do trabalho. A troca, a partir daí, passa a ser ínsita à ideia de cidade. Nela ninguém é autossuficiente mas antes depende dos outros para sobreviver. Em síntese, na cidade ninguém sobrevive sendo um ermitão. Retomando agora a ideia de JAN GEHLS acima mencionada, é preciso resgatar a ideia da cidade como local de encontros fortuitos, como local de interação social, de troca. A rua, e em última análise a própria cidade, não pode ser apreendida como mero local de deslocamento para as atividades ditas necessárias, i.e., aquelas que devem ocorrer de qualquer forma, tais como ir ao trabalho, à escola etc.⁹² Urge planejar cidades agradáveis, seguras, verdes, iluminadas e com mobiliário e equipamentos públicos adequados, i.e., cidades que nos convidem para encontros fortuitos, que propiciem o pedestrianismo, a contemplação etc. Ideias essas ínsitas ao conceito de cidade e que não devem jamais ser objeto de esquecimento.

Assim, é possível dizer que a cidade é, por excelência, o local onde os interesses públicos e privados se encontram, divergem e/ou se justapõem. Pelas razões acima arroladas e por diversas outras, é impossível conceber, no âmbito da cidade, uma separação estrita de tais interesses, como se os mesmos água e óleo fossem. O pêndulo, contudo, pode vacilar ora mais no sentido dos interesses ditos públicos ora mais no sentido dos interesses privados, sendo certo que muitas vezes há uma confusão entre ambos⁹³. A ideia

⁹² “*Numa ponta, estão as atividades necessárias e voltadas para um determinado propósito, isto é, tarefas que as pessoas geralmente têm que empreender; ir ao trabalho ou à escola, esperar pelo ônibus, trazer mercadorias para clientes. Tais atividades acontecem sob quaisquer circunstâncias*”. **Cities for...**, p. 20. (tradução nossa)

⁹³ Concordamos com FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem a noção hodierna de interesse público ultrapassa a concepção monolítica difundida nos moldes do paradigma fundante do Direito Administrativo, que baseava o conceito nos princípios centrais da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade. Concordamos, ainda, com a ideia de que o interesse público abarca os chamados *interesses especiais* (i.e., aqueles de que são portadores grupos sociais bem organizados) e *interesses difusos* (aqueles que pertencem a uma quantidade indeterminável de indivíduos). Essa concepção, contudo, não elide a existência de interesses puramente privados que em maior ou menor medida podem coincidir com os interesses públicos. Cf. **Regulação estatal e...**, p. 157-170.

é bem visualizada por JEAN-BERNARD AUBY para quem é possível perceber um movimento contraditório de tal pêndulo, uma vez que ao mesmo tempo em que se percebe um “*ciclo histórico de progressão dos espaços públicos em detrimento dos espaços privados*”⁹⁴, com o incremento – sobretudo na Europa – dos equipamentos públicos⁹⁵, há também um contramovimento, percebido em fenômenos de “privatização” das cidades. Tome-se, por exemplo, o caso dos condomínios fechados (*gated communities*), fenômenos muito comuns nos Estados Unidos, América Latina e África do Sul.⁹⁶

Contudo, conforme será exposto adiante, a ideia de interação entre agentes públicos e privados no ambiente urbano ultrapassa, como o próprio nome diz, fenômenos de “privatização” ou “estatização” da cidade. Em realidade, o fenômeno urbano é, como visto, um dos mais propícios para uma miscigenação de público e privado. Daí que tratar o tema sob um viés ideológico nos parece ser um meio de falsear o debate e, mais ainda, impedir o desenvolvimento de todas as potencialidades de uma dada cidade.

Para ilustrar tudo quanto foi dito neste tópico, convém trazer um exemplo bastante singelo, porém esclarecedor, à mente. Uma cidade jamais será totalmente agradável e prazerosa apenas com o intervento de agentes públicos. Pense-se, por exemplo, numa Prefeitura diligente que invista em áreas verdes, ajardine canteiros, pinte adequadamente áreas públicas, invista em mobiliário urbano, etc. Ainda assim, a cidade pode se mostrar feia e desagradável caso seus habitantes não reboquem seus muros, não pintem seus portões, não coloquem jardineiras em suas janelas, não melhorem suas calçadas, etc. Ou seja, a ação isolada de cada agente é insuficiente para melhorar a cidade como um todo,

⁹⁴ **Le droit....**, p. 24

⁹⁵ Nesse sentido, veja-se o exemplo da cidade francesa de Lyon, que, a partir do final da década de 80 começa a rever toda a política de planejamento da cidade, passando a revalorizar enormemente os espaços públicos:

“O marco na política de Lyon relativa aos espaços públicos remonta a 1989, data em que uma nova equipe – M. Noir, H. Chabert – se instala na Prefeitura de Lyon e da Grande Lyon. A partir de então, o espaço público se torna uma aposta da política urbana: de resquício de uma cidade, espaço entre duas construções desprezadas, ele se torna “suporte de usos, lugar que toma vida à disposição da população” (Azéma, 2001). Essa evolução do papel atribuído ao espaço público se traduz pela evolução na organização da Grande Lyon e por uma renovação das práticas de ordenação da cidade”. TOUSSAINT, Jean-Yves; VAREILLES, Sophie; ZIMMERMANN, Monique. **Le projet urbain: espaces publics et pratiques de concertation. L'exemple de Lyon. In: Concerter, gouverner et concevoir les espaces publics urbains**, Lyon: Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2004, p. 123. (tradução nossa)

⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 25.

Sobre o tema cf. ainda GROSSO, Lydia E. Callegari de. **Urbanizaciones cerradas: countries, barrios privados y cerrados, parques industriales, pueblos y ciudades cerradas**, Buenos Aires, 2009; e FREITAS, William de Souza. **A impossibilidade jurídica da instituição do loteamento**, In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.) **Direito urbanístico e ambiental**, 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 245-267.

fazendo-se necessário, ao contrário, que haja uma ação coordenada entre os diversos agentes envolvidos. Em síntese : a cidade não é pública *ou* privada, ela é, antes, pública e privada.

1.3.1. O Urbanismo enquanto função pública: significado atual e temperamentos

O Urbanismo é uma atribuição estatal. Ou seja, a adequada ordenação dos espaços habitáveis com vistas ao pleno desenvolvimento das ditas funções urbanas elementares – i.e., habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito, e circulação⁹⁷ -, é uma função que gravita na órbita do ente estatal. Essa é uma ideia difícil de ser refutada e que, com correção, vem mencionada nos principais estudos e manuais de Direito Urbanístico, sejam eles brasileiros ou alienígenas.⁹⁸

Com efeito, desde o surgimento da palavra Urbanismo – atribuída ao engenheiro catalão Ildefonso Cerdà, em seu *Teoria Geral da Urbanização*, de 1867 -, é muito clara a conferência de uma função de ordenação ao ente estatal, com o fito de reorganizar a urbes ante o crescimento desordenado advindo, àquela época, da industrialização e do influxo de grandes contingentes de pessoas às cidades. Ainda que possam ser observadas preocupações de ordenação das cidades em épocas remotas, até mesmo com o uso de refinadas técnicas para tanto⁹⁹, o surgimento do Urbanismo como ciência somente adveio no pós Revolução Industrial. Àquela época, como se observa de contundente artigo

⁹⁷ Essas funções restaram consagradas nos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (“CIAM”), sendo posteriormente consolidadas no documento denominado “Carta de Atenas”, de 1933, sintetizador de princípios do Urbanismo moderno. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 5ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 30-31.

⁹⁸ “Uma atividade com tais propósitos só pode ser realizada pelo Poder Público, mediante intervenção na propriedade privada e na vida econômica e social das aglomerações urbanas (e também no campo), a fim de propiciar aqueles objetivos. Daí porque, hoje, se reconhece que a atividade urbanística é função pública.”. Cf. SILVA, José Afonso da, *Idem*, p. 34.

Neste mesmo sentido, na doutrina nacional, confira-se, dentre outros, MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, 13ª ed. atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 490 e ss.

No direito alienígena, cf., por exemplo, JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’Urbanisme**, Paris: Dalloz, 6ª edição, 2008, p. 6.

⁹⁹ HENRY JACQUOT e FRANÇOIS PRIET apontam para o fato de que, na França, no período anterior à Primeira Guerra Mundial, não havia leis urbanísticas específicas. Diante dessa ausência, a Administração se valia da legislação dominial e se apoiava, sobretudo, sobre o procedimento do alinhamento, que permitia a delimitação exata das vias públicas. Essa técnica, conforme relatam os autores, remonta ao Edito de Sully, de 1607. Outras leis, contudo, também permitiram intervenções urbanísticas no período anterior à 1ª Guerra, tal como a famosa intervenção de Haussmann na capital francesa:

“Paralelamente, é preciso apontar o importante decreto-lei de 26 de maio de 1852, relativo às ruas de Paris, que confere à Haussmann os meios jurídicos de realizar os trabalhos que já conhecemos. Referido texto permitia à Administração desapropriar para além do alinhamento com o fim de proceder ao alargamento e ao endireitamento das vias públicas” (tradução nossa), cf. **Droit de l’Urbanisme**, p. 27-28.

publicado por W. T. Stead, editor do *Paul Mall Gazzete*, a situação das habitações precárias nas grandes cidades inglesas era a seguinte :

*“Poucos dos que lêem estas páginas têm alguma percepção do que esses cortiços pestilentos sejam, onde milhares de pessoas se encontram amontoadas em meio a horrores que trazem à mente o que ouvimos falar a respeito das embarcações de tráfico negreiro. Para se chegar neles, é preciso penetrar pátios que exalam gases malcheirosos advindos do acúmulo de esgoto e refugo espalhados por toda parte e por vezes escorrendo pelos nossos pés; cômodos, muito dos quais jamais penetrados pelo sol, os quais jamais são visitados pelo ar fresco, e que raramente conhecem as benesses de uma gota de água limpa. É preciso subir escadarias apodrecidas, que ameaçam cair a cada degrau, e que, em alguns casos, já quebraram, deixando buracos que colocam em perigo os membros e as vidas dos desavisados. É necessário abrir espaço em meio à escuridão e aos caminhos imundos infestados de vermes. Depois, caso não tenha sido dissuadiado pelo mal cheiro, você talvez conseguirá ser admitido aos abrigos onde se amontoam milhares de seres que pertencem, tanto quanto você, à raça para a qual Cristo morreu”. (tradução nossa) ”.*¹⁰⁰

O relato acima causou grande rebuliço na sociedade inglesa, com inúmeras consequências diretas e indiretas, a mais importante delas, certamente, sendo a constituição de uma Comissão Real em 1885 que concluiu em relatório do mesmo ano que :

“em primeiro lugar, embora tenha havido grandes avanços nas condições das casas dos pobres em relação a trinta anos atrás, ainda assim as mazelas da superlotação, especialmente em Londres, eram um escândalo público, e em certas localidades estavam se tornando mais problemáticas do que nunca; em segundo, embora houvesse muitas leis para combater tais mazelas, as leis não eram colocadas em prática, algumas, inclusive, permaneceram letra morta desde sua promulgação”.¹⁰¹ (tradução nossa)

Na sequência, a fim de melhorar os problemas habitacionais, a Comissão Real recomendou que as autoridades locais se valessem de poderes que já lhe eram assegurados por leis como a Torrens Act, de 1868, - a qual autorizava que as autoridades locais construíssem novas moradias para a classe operária -, e a Cross Act – por seu turno, autorizava a demolição de casas inadequadas, com a subsequente realocação dos

¹⁰⁰ MEARNS, A. **The bitter cry of outcast London: an inquiry into the condition of the abject poor**, London, James Clarke, 1883, p. 4, *apud* HALL, Peter, **Cities of...**, p. 16.

¹⁰¹ **G.B Royal Comission on the Housing of the Working Class**, 1885, vol. I: First Report, London: Eyre and Spottiswoode, p. 4. I *apud* *Ibdem*, *Idem*, p. 20.

respectivos moradores. Foi, ainda, recomendado que o Tesouro emprestasse dinheiro pelas menores taxas possíveis de juros a fim de que tais medidas fossem implementadas.

Como se vê do exemplo trazido, o pós Revolução Industrial trouxe à tona grandes questões urbanas, as quais, em pleno século XXI, estão longe de serem solucionadas. Aliás, relatos como o acima transcrito estão mesmo longe de impressionar a nós, brasileiros, tão acostumados às imensas favelas e demais habitações ditas “subnormais”¹⁰². Mesmo no Reino Unido, um dos países com maior sucesso em matéria de política habitacional, há ainda questões importantes a serem solucionadas.¹⁰³

A seu turno, o Direito Urbanístico, entendido na sua acepção objetiva como o conjunto de normas voltadas à regulação da atividade urbanística e à ordenação do território¹⁰⁴, começa a se desenvolver no início do século XX. Na França, costuma-se considerar a chamada Lei Cornudet, de 1919, que impunha às cidades com mais de 10 mil habitantes a elaboração de um plano de ordenação, embelezamento e extensão, a primeira lei de Direito Urbanístico. Outros países europeus que editaram suas primeiras leis urbanísticas neste período foram, por exemplo, os Países Baixos, em 1901, e a Grã-Bretanha, em 1909, com o chamado *Town Planning Act*. Já a Suécia possuía desde 1874 uma lei sobre a construção de cidades.¹⁰⁵

¹⁰² AUGUSTO WERNECK ressalta que inexistente um conceito jurídico de *favela*. Aliás, outros termos, tais como *mocambos e cortiços* são usados a depender da região. Já a referência à *habitação subnormal* é frequentemente utilizada pelo IBGE para definir o padrão habitacional das favelas, mocambos, etc, no que o autor qualifica de “*expressão que contém, a um só tempo, as marcas do preconceito e da imprecisão.*” Cf. **Função social da cidade, plano diretor e favelas, a regulação setorial nas comunidades populares e a gestão democrática das cidades**, In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da cidade...**, p. 145.

¹⁰³ É o que aponta, por exemplo, RAQUEL ROLNIK, Relatora da ONU para moradia adequada, após visita oficial ao Reino Unido no período de 29 de agosto a 11 de setembro de 2013:

“*Infelizmente, ponderou Rolnik ‘o sistema foi abalado por uma série de medidas ao longo dos anos, principalmente a decisão de privilegiar a propriedade individual em detrimento de outras formas de posse.’ As várias reformas mais recentes do sistema de bem-estar social, que incluíram o corte de recursos para moradia, afirmou ‘parecem ter comprometido gravemente a realização do direito à moradia adequada e de outros direitos relacionados.’*”

“*O chamado bedroom tax já impactou alguns dos membros mais vulneráveis da sociedade’, destacou a Relatora Especial da ONU. ‘Durante os dias de minha visita, os dramáticos depoimentos de pessoas com deficiências, avós que são provedoras de suas famílias e outros cidadãos afetados por essa política apontam claramente para uma medida que parece ter sido tomada sem considerar o componente humano.’*” Press release oficial da missão disponível em raquelrolnik.wordpress.com/page4/ (acessado em 15/09/13).

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico...** p. 38.

¹⁰⁵ JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’Urbanisme...**, p. 29.

Sobre a existência de normas urbanísticas anteriores a esse período, vale a advertência de CARLOS ARI SUNDFELD:

“*Conquanto as normas urbanísticas tenham antepassados ilustres (regulamentos edilícios, normas de alinhamento, as leis de desapropriação, etc.) seria um anacronismo pensar em um direito urbanístico*

É de se notar que, de início, o Direito Urbanístico é muito mais identificável como um tipo especial de poder de polícia. Isso porque, em muitos países, as primeiras normas desta disciplina continham, sobretudo, regras condicionadoras do direito de propriedade e ligadas à polícia da construção. Daí também porque era difícil conceber o Direito Urbanístico enquanto disciplina autônoma, eis que, nos moldes apontados, ele se identificava quase que integralmente com o Direito Administrativo, havendo quem falasse em “Direito Administrativo da Construção”¹⁰⁶.

Os franceses, por exemplo, se reportam a esse período como ao de um urbanismo regulamentar (*urbanisme réglementaire*) ou de salvaguarda (*urbanisme de sauvegarde*), eis que:

“ao fim desta primeira etapa, o Direito Urbanístico investia o Estado apenas do poder de conceber e propor a fisionomia da cidade através da fixação de regras que se impunham ao ato de construir. Contudo, este continua advindo, sobretudo, da iniciativa privada. É nisso que essa legislação institui um urbanismo regulamentar ou de salvaguarda”.¹⁰⁷

Daí a clara conexão do Direito Urbanístico, nestes moldes, com o poder de polícia, que, segundo magistério de ODETE MEDAUAR, consiste em atividade administrativa subordinada à ordem jurídica (e assim, deve-se afastar qualquer leitura autoritária do tema, ligada à ideia do Estado policalesco) pela qual o Estado “enquadra” atividades próprias dos particulares, acarretando limitação a direitos destes, significando tais limites “*um obstáculo ao seu exercício pleno, ou a retirada de uma faculdade pertinente ao conteúdo do direito ou uma obrigação de fazer*”, sendo certo, ainda, que abrange também “o

*anterior ao século XX. O direito urbanístico é o reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das ideias da ciência do urbanismo (como a de plano urbanístico, consagrada a partir da década de 30). Estes foram os fatores responsáveis pelo paulatino surgimento de soluções e mecanismos que, frente ao direito civil e ao direito administrativo da época, soaram impertinentes ou originais e que acabaram se aglutinando em torno da expressão ‘direito urbanístico’”. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio, **Estatuto da Cidade, comentários à Lei Federal 10.257/2011**, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, p. 46.*

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da, **Direito Urbanístico...**, p. 41.

¹⁰⁷ SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. **Droit de l’urbanisme**, 5ª edição, Paris: Dalloz, 2013, p. 5. (tradução nossa) Para aprofundamento no tema, cf. ainda: MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit de l’urbanisme**, 8ª edição, Paris: Dalloz, 2008, p. 4-5 e OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 38-40.

*controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento.”*¹⁰⁸

Este primeiro período, para os franceses, se estende de 1919 até aproximadamente o fim da Segunda Guerra Mundial. Com o término da guerra, a Europa se vê diante de desafios e problemas urbanos gerados pelos dois grandes conflitos mundiais, como a questão da reconstrução de cidades ou o déficit habitacional. Assim, o Urbanismo e o Direito Urbanístico são chamados a desempenhar novas tarefas, que não apenas através da criação de equipamentos públicos de limpeza, saneamento e outros reconduzíveis mais propriamente à figura genérica dos serviços públicos. Vê-se nascer, assim, o que os franceses chamam de urbanismo operacional (*urbanisme opérationnel*). Ou seja, é o Estado, individualmente ou em consórcio com agentes privados, que intervém diretamente no tecido urbano, criando equipamentos públicos e privados, reajustando ou renovando os já existentes. Para tanto, conforme apontam PIERRE SOLER-COUTEAUX e ELISE CARPENTIER, os entes públicos deveriam se atentar para três principais questões: (i) em primeiro lugar, a questão fundiária, a qual poderia ser solucionada através de instrumentos como a desapropriação ou a preempção; (ii) em segundo, os meios financeiros adequados, como tributos ou até mesmo o instituto do solo criado (*plafond legal de densité*); (iii) e, por fim, os instrumentos propriamente do urbanismo operacional, como as antigas “ZUP”s (*Zones à urbaniser par priorité*), atualmente substituídas pelas “ZAC”s (*Zone de aménagement concerté*).¹⁰⁹ O tema da ZAC será retomado adiante, mas apenas a título de esclarecimento preliminar, trata-se, basicamente de “*um novo quadro jurídico para a realização de operações de ordenação territorial, de provimento de mobiliário e de construção, baseado na concertação entre o Poder Público e os promotores imobiliários, mediante respeito a um Plano de ordenação de zona (Plan d’aménagement de zone ou ‘PAZ’), que pode até mesmo derogar o Plano de ocupação do solo (Plans d’occupations des sols ou ‘POS’)*”.¹¹⁰

Além das duas etapas acima apontadas (que, com as devidas adaptações históricas e cronológicas, servem também ao Direito Urbanístico brasileiro), não se pode ignorar o

¹⁰⁸ Cf. MEDAUAR, Odete. **Poder de Polícia**, In: *Revista de Direito Administrativo*, nº. 199, Rio de Janeiro: Renovar, 1995 (jan./mar.), p. 95.

¹⁰⁹ *Idem, Ibidem*, p. 7-8

¹¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 8. (tradução nossa)

surgimento de um Urbanismo prospectivo¹¹¹, que se liga à ideia de planejar, através de um documento, o crescimento e o desenvolvimento de uma cidade, região, ou mesmo do País por um largo período de tempo. Na França, o surgimento dessa vertente esteve ligado, sobretudo, a um período de crescimento desenfreado¹¹². Naquele país houve ainda grandes questões nesse campo, relacionadas, sobretudo, a questionamentos sobre se tais planos, por serem eminentemente prospectivos e indicativos, teriam algum grau de oponibilidade aos particulares. A solução foi, em 1967, cindir a previsão e regulamentação, respectivamente, em dois documentos distintos: os *Esquemas directores de ordenação e de urbanismo* (*Schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme* ou “SDAU”) e os POS¹¹³. No Brasil, VICTOR CARVALHO PINTO discorre sobre ser o plano diretor, em alguns Municípios, um documento eminentemente programático e pouco operacional, se prestando, por vezes, a traçar diretrizes para políticas setoriais, estratégias de atração de investimentos, etc. Nas palavras do autor: “tais planos, mesmo quando aprovados por lei, têm escasso valor jurídico, uma vez que a aplicação de suas disposições é feita, na maior parte das vezes, por outras leis de igual hierarquia.”¹¹⁴ Nesses Municípios, as leis de zoneamento e de uso e ocupação do solo tendem a ser os documentos normativos autoaplicáveis.¹¹⁵

Atualmente, os autores franceses reconhecem uma nova fase do Direito Urbanístico: ligada, sobretudo, às ideias de concertação, mistura de classes (*mixité sociale*) e de desenvolvimento durável, sendo certo que esta última vertente vincula-se muito à aprovação das chamadas leis *Grenelle I e II*¹¹⁶, que impõem, dentre diversas coisas: (i) que os planos urbanísticos contribuam para uma série de objetivos de cunho ambiental, como a redução dos consumos energéticos, preservação da biodiversidade, luta contra as mudanças climáticas, etc; (ii) uma “democracia ambiental”, consistente na obrigatoriedade de o

¹¹¹ Essa etapa é visualizada, por exemplo, por MORAND-DEVILLER, Jacqueline, **Droit de...**, p. 6 e JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit de...**, p. 36.

¹¹² JACQUELINE MORAND-DEVILLER relata que de 1945 a 1975 a população francesa aumentou em 14 milhões, o mesmo crescimento observado no período de 1789-1950. *Ibidem, idem*, p. 5

¹¹³ JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit de...**, p. 38.

¹¹⁴ PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**, 3ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 97-98.

¹¹⁵ Contudo, o autor aponta que “No Rio Grande do Sul, ao contrário de São Paulo, o plano diretor é autoaplicável, incluindo tanto o zoneamento quanto as obras públicas”. *Ibidem, Idem*, p. 98.

¹¹⁶ As leis Grenelle I (Lei nº. 2009-967, de 2009) e Grenelle II (lei nº. 2010-788, de 2010) são assim alcinhas em referência à chamada *Grenelle de l'Environnement*, um fórum de discussão que se estabeleceu na França, com representantes do Estado, poderes locais, empresas, sindicatos e ONGs. As referidas leis foram aprovadas depois de um longo debate nacional, que envolveu discussões no Parlamento, fóruns na internet, consultas públicas, etc. Cf. www.developpement-durable.gouv.fr/La-genese-du-Grenelle-de-L.html (consultado em 25.11.2013).

Direito Urbanístico tornar-se permeável à participação da população, inclusive nos processos decisórios.¹¹⁷

Como acertadamente aponta FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, com respeito ao Direito Administrativo, é natural que:

*“um dos vetores da evolução (...), na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos de ‘império’ – por mecanismos de consenso, ou seja, mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes, como os governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos, respeitando-se os limites da legalidade”.*¹¹⁸

Já em relação a um Urbanismo cada vez mais concertado e menos impositivo, JACQUELINE MORAND-DEVILLER¹¹⁹ ressalta a elaboração “conjunta” dos planos urbanísticos local e regional, além de instrumentos marcadamente consensuais, como as ZACs.

Assim, nos parece bastante clara a ideia de que o Direito Urbanístico e o Urbanismo se encontram, atualmente, numa nova fase. A concepção arraigada de uma relação bilateral, envolvendo tão apenas o ente público e o proprietário de um dado bem imóvel não procede mais, ainda que ela também subsista, já que:

*“isso [a relação bilateral] é em parte (não sempre) verificável na fase de controle sobre a utilização edificatória do bem, mas cada vez mais o urbanismo se transforma em instrumento de mediação e de síntese entre múltiplos interesses públicos, individuais e sociais, e também entre os vários sujeitos portadores de tais interesses (autoridade administrativa, associações ambientais, associações de moradores etc)”.*¹²⁰

Contudo, a despeito da evolução apresentada, a imediata associação do Direito Urbanístico com o tema do poder de polícia permanece ainda muito forte na cultura dos juristas, até mesmo como se um atavismo fosse, ousaríamos dizer. Talvez isso se deva ao fato de que as normas urbanísticas estão muito conectadas com o tema das restrições

¹¹⁷ Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. **Droit...**, p. 11-12.

¹¹⁸ Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Mecanismos de consenso no Direito Administrativo**, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques, **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 337.

¹¹⁹ **Droit de...**, p. 6-7.

¹²⁰ URBANI, Paolo; MATEUCCI, Stefano Civitarese. **Diritto Urbanistico, organizzazione e rapporti**, 4ª edição, Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 7. (tradução nossa)

urbanísticas à propriedade, conforme magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA. De acordo com classificação do jurista, as limitações urbanísticas ao direito de propriedade se dividem em: restrições, servidões e desapropriações¹²¹, cada qual afetando, respectivamente, um dos caracteres clássicos do direito de propriedade, quais sejam, a absolutez, a exclusividade e a perpetuidade. Trata-se, assim, de condicionamentos e/ou sacrifícios impostos pelo Poder Público aos particulares e, mais especificamente, aos seus bens, em campo próprio de atuação destes. Poderíamos também, tranquilamente, utilizar a classificação de atos “ordenadores” da Administração Pública, de CARLOS ARI SUNDFELD, segundo a qual tais atos se distribuem em: (i) atos ampliativos de direitos; (ii) atos condicionadores de direitos; (iii) e, por fim, atos sacrificadores de direitos¹²². Em todas as categorias é possível encaixar atuações urbanísticas da Administração, como por exemplo, a concessão de licença para construir¹²³, o tombamento ou a desapropriação, respectivamente.

A forte conexão entre os temas é também vislumbrada por HELY LOPES MEIRELLES, para quem “*as limitações urbanísticas são preceitos de ordem pública. Derivam do poder de polícia, que é inerente e indissociável da Administração. Exteriorizam-se em imposições de uso da propriedade ou de outros direitos individuais, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer)*”¹²⁴. E ainda cabem lembrar as variadas normas urbanísticas que são reconduzidas à ideia de limitações urbanísticas à propriedade, tais como normas de salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética das cidades, ordenadoras e reguladoras do traçado urbano, de obras públicas, edificações particulares, etc. Estatui novamente HELY LOPES MEIRELLES:

¹²¹ HELY LOPES MEIRELLES, a seu turno, se vale de terminologia diversa. De acordo com o que deflui da obra do administrativista, o mesmo utiliza o termo *restrição* como gênero, o qual abrangeria os subtipos *limitação administrativa*, *servidão administrativa* e *desapropriação*. Para o autor, as três formas de intervenção defluiriam do que ele chama de *domínio eminente* “*que a Nação exerce sobre as pessoas e coisas existentes em seu território*”. **Direito de construir**, 10ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório di Sarno, Luiz Guilherme Costa Wagner Jr, Mariana Novis, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 88.

¹²² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**, 1ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 38 e ss.

¹²³ Já tivemos a oportunidade de discorrer sobre o caráter duplo, a nosso ver, das licenças urbanísticas, já que elas simultaneamente se configuram como: (i) ato administrativo limitador e condicionador do direito de propriedade; (ii) ato constitutivo de direitos, “*na medida em que investe o particular de uma faculdade que antes não poderia ser exercida livremente (ex.: iniciar uma obra), ainda que, abstratamente, o ordenamento conferisse a esse mesmo particular o direito ao deferimento do pedido de licença, atendidos os requisitos exigidos em lei*”. Cf. **Novos contornos da licença urbanística**, In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.), **Poder de polícia na atualidade**, no prelo.

¹²⁴ *Ibidem*, *Idem*, p. 108.

*“Os superiores interesses da comunidade justificam as limitações urbanísticas de toda ordem, notadamente as imposições sobre área edificável, altura e estilo dos edifícios, volume e estrutura das construções; em nome do interesse público, a Administração exige alinhamento, nivelamento, afastamento, áreas livres e espaços verdes; impõe determinados tipos de material de construção; fixa mínimos de insolação, iluminação, aeração e cubagem; estabelece zoneamento; prescreve sobre loteamento, arruamento, habitações coletivas e formação de novas povoações; regula o sistema viário e os serviços públicos e de utilidade pública; ordena, enfim a cidade e todas as atividades das quais depende o bem-estar da comunidade”.*¹²⁵

É possível indagar em que medida a natural e corriqueira vinculação do Direito Urbanístico à noção de poder de polícia se conecta ao caráter exclusivamente público da função urbanística – i.e., à ideia de que o Urbanismo é desempenhado única e exclusivamente pelo Estado. A resposta a essa pergunta está ligada, essencialmente, a uma ideia de poder de polícia que se vincula, historicamente, a um poder extroverso, autoexecutório e unilateral da Administração Pública.¹²⁶

Embora não seja nosso objetivo aqui discorrer sobre o tema do poder de polícia e dos esforços de revisitá-lo, é preciso frisar que o tema, atualmente, tem sido analisado sob novas óticas e à luz de novos vetores, tais quais a processualidade, consensualidade, o direito fundamental à boa administração¹²⁷, a relativização dos atributos clássicos do ato administrativo, etc. Há autores que questionam, por exemplo, o uso do termo “poder de polícia”, sugerindo sua substituição por outro mais adequado.¹²⁸ Outros, como AGUSTÍN GORDILLO, questionam até mesmo a subsistência da matéria, em razão da perda de identidade própria que a diferencie de outras matérias do Direito Administrativo.¹²⁹

¹²⁵ *Idem, Ibidem*, p. 112.

¹²⁶ Para uma análise bastante aprofundada da evolução do poder de polícia, cf. MEDAUAR, Odete, **Poder de...**

¹²⁷ Nesse sentido, cf. FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”** In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques, **Direito Administrativo e seus novos...**, p. 311-332.

¹²⁸ É o caso, já citado, de CARLOS ARI SUNDFELD, para quem “a substituição do poder de polícia pela administração ordenadora não é mera troca de rótulos. Claro, há também a eliminação de expressão inconveniente, porque ligada à realidade jurídica que não mais vigora. Porém, o que há, principalmente, é a substituição da postura metodológica.” **Direito administrativo...**, p. 17.

MARÇAL JUSTEN FILHO, de maneira semelhante, se reporta à função administrativa *conformadora* ou *ordenadora* para se referir, sobretudo, à atividade consistente no poder de polícia. Diferentemente, contudo, o autor não abole o termo. Cf. **Curso...**, p. 126 e p. 590 e ss.

¹²⁹ “Não existe hoje em dia uma noção autônoma e suficiente de ‘poder de polícia’; não existe porque esta função se distribuiu amplamente por toda a atividade estatal. A coação estatal ou virtual aplicada por

Os esforços de revisitação, contudo, talvez ainda não sejam suficientes para afastar toda a carga de autoritarismo, unilateralidade e de absoluta discricionariedade ainda muito ligadas ao tema.¹³⁰ Nessa toada, se se apreende o todo (o Urbanismo) pela parte (atividade essencialmente ligada ao poder de polícia), deflui com naturalidade o caráter exclusivo de função pública, e mais ainda, função pública exercida de forma unilateral, autoexecutória e essencialmente através do manejo de poder extroverso.¹³¹

Como bem observam os franceses em relação ao seu Direito Urbanístico, o momento, contudo, é outro. O Urbanismo e o Direito Urbanístico vão muito além da ideia de uma polícia das construções, como já se cogitou em outros tempos. Em realidade, cada vez mais o campo destas matérias é alargado¹³², incluindo novos objetivos, sejam eles de cunho social (através de questões como a moradia social, a *mixité sociale* etc.) ou ambiental (através, por exemplo, da ideia cada vez mais imperativa de desenvolvimento sustentável). Esse alargamento, como não poderia deixar de ser, não é desprovido de consequências, como a problemática da coordenação deste ramo com os ramos vizinhos, evitando superposições, ou até mesmo o desafio de sua coerência interna. Contudo, é cada vez mais claro que o Direito Urbanístico ultrapassa a noção de poder de polícia para

alguns de seus órgãos sobre os particulares para a consecução de determinados objetivos de bem comum ou de ordem pública, segue sendo uma realidade no mundo jurídico, porém não existe uma parcela dessa coação, uma parcela desses órgãos ou uma parcela de referidos objetivos que se encadeiem entre si, diferenciando-se do resto da ação estatal e institucionalizando-se no famoso 'poder de polícia'. (tradução nossa) **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo 2: *la defensa del usuario y del administrado*, 5ª edição, p. v-12.

¹³⁰ LÚCIA VALLE FIGUEIREDO entende não haver qualquer ligação entre a disciplina urbanística da propriedade e o poder de polícia. De acordo com a administrativista:

“Não verificamos, de conseguinte, qualquer ligação necessária entre ‘poder de polícia’ e a disciplina urbanística da propriedade.

O Direito Urbanístico terá de encontrar seu respaldo no Texto Constitucional e suas normas deverão ser cumpridas pela Administração Pública, dentro de sua competência-dever de prosseguir seus cometimentos, aqueles, para os quais as normas legais outorgarem-lhe competência.

(...)

As limitações ou restrições administrativas vão resultar diretamente da lei, portanto, como já dissemos, a intervenção levada a cabo pela Administração é sub legem.” **Disciplina urbanística da propriedade**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 31.

A afirmação da autora, contudo, se conecta diretamente à linha de AUGUSTÍN GORDILLO, que refuta a subsistência de uma noção autônoma de poder de polícia. Para ela, a definição de poder polícia e de função administrativa são cambiáveis entre si. (*Idem, Ibidem*, p. 30)

¹³¹ Está-se, neste caso, diante de uma sinédoque, conforme explica FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO ao tratar especificamente da hipótese concessória:

“Na teoria da linguagem, sinédoque é um tipo de metonímia que permite expressar uma ideia a partir da relação lógica entre o significante e o significado. Especificamente, é a figura de linguagem fundada numa relação cognoscível que permite ao emissor da mensagem se expressar usando uma referência menor, mas facilmente compreensível pelo receptor na amplitude alvitada pela mensagem. Uma das mais comuns das sinédoques é tomar a parte como se fosse o todo. Sem pretender aqui maiores digressões semióticas, temos que com o instituto da concessão ocorre fenômeno parecido.” **A concessão como...**, p. 222.

¹³² Neste sentido, cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit...**, p. 47 e ss e SOLER-COUTEAX, Pierre; CARPENTIER, Elise, **Droit de...**, p. 8 e ss.

abarcam outras atividades. As funções administrativas de fomento, planejamento e regulação (que difere da atividade de poder de polícia, embora a diferença por vezes seja sutil)¹³³, por exemplo, estão muito presentes na disciplina urbanística e não se confundem com o poder de polícia¹³⁴.

Para se convencer da amplitude de que se reveste o Direito Urbanístico, basta, como nos indicam HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET¹³⁵ em relação ao direito francês, observar o artigo L.121-1 do Código de Urbanismo, chamado de *artigo de equilíbrio* (*article d'équilibre*) que compreende, por exemplo, entre os objetivos dos diversos documentos de planejamento, sempre com respeito à diretriz do desenvolvimento sustentável:

“1º O equilíbrio entre:

a) A renovação urbana, o desenvolvimento urbano controlado, a reestruturação dos espaços urbanizados, a revitalização dos centros urbanos e rurais;

b) A utilização econômica dos espaços naturais, a preservação dos espaços afetados às atividades agrícolas e florestais, e a proteção dos espaços, dos ambientes e paisagens naturais;

c) A proteção dos conjuntos urbanos e do patrimônio construído notáveis;

1º bis A qualidade urbana, arquitetônica e paisagística das entradas das cidades;

2º A diversidade das funções urbanas e rurais e a diversidade social do habitat, por meio da previsão de potenciais construtivos e de reabilitação suficientes para satisfação, sem discriminação, das necessidades presentes e futuras em matéria de habitação, atividades econômicas, turísticas, desportivas, culturais e de interesse público, assim como equipamentos públicos

¹³³ Como observa com percuciência MARÇAL JUSTEN FILHO, “a função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora (i.e. poder de polícia) antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo ‘regulatória’ vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada.” **Curso...**, p. 126

¹³⁴ Conforme constata GASPAR ARIÑO ORTIZ, a função planejadora (*atividade de planificação e programação*, na terminologia por ele sugerida) consiste na conformação e racionalização, pelo Estado, tanto da ação estatal quanto da ação privada, de modo a se atender as necessidades projetadas no longo prazo de um dado setor. Acrescenta ainda o jurista espanhol, que esta função nos dias atuais é reduzida de modo a não abarcar todo tipo de atividade, se restringindo àquelas mais estratégicas e/ou que se refiram a recursos escassos, tais como água, solo, ondas eletromagnéticas. Adverte, por fim, que devem ser utilizadas técnicas que sejam compatíveis com o mercado. Cf. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**, 3ª edição, Granada: Comares Editorial, 2004, p. 304-306.

¹³⁵ *Idem, Ibidem*, p. 47.

e comerciais, levando-se em conta, em especial, objetivos de repartição geográfica equilibrada entre emprego, habitação, comércio e serviços, melhorias das performances energéticas, do desenvolvimento de comunicação eletrônica, da diminuição das obrigações de deslocamento e desenvolvimento de transportes coletivos;

3º A diminuição das emissões de gás com efeito estufa, o domínio da energia e da produção energética a partir de fontes renováveis, a preservação da qualidade do ar, da água, do solo e do subsolo, dos recursos naturais, da biodiversidade, dos ecossistemas, dos espaços verdes, a preservação e recuperação das continuidades ecológicas, e a prevenção dos riscos naturais previsíveis, dos riscos tecnológicos, de poluições e males de qualquer natureza”. (tradução nossa)

Para não se pensar que este “engrandecimento” do Direito Urbanístico é exclusivo do ordenamento francês, basta uma leitura do art. 2º do Estatuto da Cidade, que aponta como diretrizes gerais da política urbana matérias bastante semelhantes e também deveras amplas, como a garantia do direito a cidades sustentáveis, a gestão democrática das cidades, a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos, a proteção do meio ambiente natural e construído, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, etc.

HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET apontam como desafios do Direito Urbanístico do Século XXI, além do já citado alargamento de seu campo de atuação, questões como a efetiva participação dos cidadãos nos procedimentos urbanísticos e o crescente uso do contrato. De acordo com os autores, além da hipótese da realização das operações urbanísticas, às autoridades públicas não é dado contratar com os particulares a realização de outras atividades urbanísticas, como a emissão de licenças, de regras de cunho urbanístico, etc., ainda que o ordenamento francês garanta negociações prévias à emissão de atos urbanísticos. Para eles, é essencialmente isso que caracteriza o viés de poder de polícia do Direito Urbanístico, que muitos autores querem ver superado. Vale a transcrição de suas palavras:

“Contudo, essas discussões prévias, mesmo que elas conduzam a modificações profundas do projeto e da posição inicial da Administração, não mudam em nada a natureza jurídica dos atos dessa última, que continuam a ser decisões unilaterais. Essa situação é explicada em razão do caráter de polícia administrativa do direito urbanístico regulamentar, que alguns autores desejam ver evoluído. Na primeira fileira dentre estes, deve-se citar Jean Bernard Aubry que, se questionando

*sobre a eficácia de dispositivos hierárquicos e piramidais dos modos autoritários de gestão, escreve: 'é absolutamente despropositado apostar ou quase isso no instrumento regulamentar e na intervenção direta quando os objetivos que são perseguidos poderiam ser realizados, ou ao menos em parte, por meio de incentivos fiscais ou ainda por mecanismos contratuais'.*¹³⁶ (tradução nossa)

Com efeito, é nosso entendimento que algumas competências, como a promulgação de normas de cunho urbanístico, não podem mesmo ser delegadas na sua totalidade a agentes privados, o que não significa que os mesmos não possam intervir em alguma etapa do processo legislativo referente a tais normas, como acontece no caso da aprovação do plano diretor, de acordo com o art. 39, § 4º, do Estatuto da Cidade. Não se deve perder de vista que uma das diretrizes de política urbana abraçadas por este diploma é justamente a gestão democrática das cidades.

De outro turno, parece-nos mesmo que entender o Urbanismo como função partilhada entre agentes públicos e privados – como entendemos – depende efetivamente da superação do vínculo imediato entre Direito Urbanístico e poder de polícia. O Direito Urbanístico e o Urbanismo vão muito além dessa vinculação, como já apontado, abrangendo funções estatais de diversas ordens, como o fomento, o planejamento e a regulação. É bem verdade, como adverte MARÇAL JUSTEN FILHO, que a sistematização das variadas funções administrativas não importa necessariamente que uma função seja absolutamente isolada e diferenciada da outra¹³⁷. Basta ver a dificuldade, por vezes, em se divisar as funções regulatórias e de ordenação (i.e. relativas ao poder de polícia). Contudo, a catalogação das diferentes funções se justifica não apenas por imperativos didáticos, mas também porque há certas semelhanças e dessemelhanças que agrupam ou separam as diferentes atividades administrativas.

Portanto, é nosso entendimento que o Urbanismo não consiste, de maneira exclusiva, em função pública, embora não se possa negar a atribuição estatal nesse campo, o que inclusive deflui expressamente do texto constitucional em diversos dispositivos, como os artigos 21, IX e XX, que estabelecem, respectivamente, a competência da União na elaboração de planos nacionais e regionais de ordenação do território, bem como sua competência para elaboração de diretrizes de desenvolvimento urbano; 23, III, IV, VI e VII

¹³⁶ Droit de ..., p. 52.

¹³⁷ Curso de..., p. 126.

e 225, que tratam da competência comum em matéria de preservação do patrimônio histórico, artístico, natural e cultural; 30, VIII, que atribui aos Municípios competência para promover o adequado ordenamento territorial; 182, que trata da política de desenvolvimento urbano a ser executado pelo ente municipal, dentre outros.¹³⁸

Como bem aponta JEAN-BERNARD AUBY, em todos os ordenamentos em que a atividade privada é admitida, prevê-se a possibilidade de particulares realizarem operações complexas de construção com possíveis efeitos transformadores no tecido urbano, i.e., que extrapolem o limite da construção privada, afetando a cidade como um todo ou parte dela. O autor cita o exemplo das operações de loteamento, que importam contrapartidas, a serem prestadas pelos particulares, em equipamentos e infraestruturas públicas.¹³⁹

A função urbanística, assim, é indubitavelmente atribuição estatal, mas não exclusiva. A atuação dos agentes privados – através de variados arranjos, como se verá – é inerente à ideia de Urbanismo. Isso, inclusive, decorre de diretrizes do Estatuto da Cidade, como se extrai do artigo 2º, II, que trata da gestão democrática das cidades, e III que trata “da cooperação entre os governos, **a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização...**” (grifo nosso). Ou seja, a lei-quadro do setor urbanístico no Brasil é clara em estatuir que o processo de urbanização é compartilhado não apenas com entes públicos, mas também com os agentes privados. É claro, como aponta KARLIN OLBERTZ, que o Poder Público é chamado a corrigir distorções verificáveis, por exemplo, no mercado imobiliário¹⁴⁰. Isso, contudo, não afasta, em absoluto, a atuação privada, mas apenas demanda uma intervenção do Estado para corrigir e regular tais falhas.

1.3.2. A Transformação do espaço urbano: agentes envolvidos

Como sustentado até aqui, o espaço urbano é o *locus* próprio para atuação e interação de uma série de agentes, sejam eles estatais ou não estatais. Além, como é óbvio, de tais agentes se valerem do espaço urbano para desenvolver as atividades que lhe são

¹³⁸ Sobre os fundamentos constitucionais do Direito Urbanístico, cf. Silva, José Afonso da, **Direito Urbanístico...**, p. 57 e ss.

¹³⁹ **Droit de la....**, p. 146.

¹⁴⁰ “(...) o mercado imobiliário é imperfeito, apresentando falhas que demandam a atuação do poder público, e que não permitem o seu funcionamento de forma autorregulatória.

Mais ainda, o mercado imobiliário manifesta um conjunto de falhas peculiar: há monopólios naturais, informações assimétricas, problemas de coordenação. Sobretudo, no caso do mercado imobiliário, há externalidades que impedem a otimização do bem-estar social, e falhas derivadas especialmente da existência de bens destinados ao uso comum (bens públicos), voltados ao atendimento de necessidades coletivas. Dessas falhas resultam um sistema de preços distorcidos e deseconomias de aglomeração.” **Operação urbana ...**, p. 26.

próprias¹⁴¹, eles também transformam o tecido urbano, seja direta ou indiretamente. Assim, como corretamente aponta JEAN-BERNARD AUBY, não é exagero dizer que as cidades são verdadeiros canteiros de obras permanentes (*chantiers permanents*)¹⁴² e as transformações se dão tanto num nível mais pontual, no que ele denomina de obras (*travaux*) – sejam públicas ou privadas – quanto num nível macro, através de operações de cunho urbanístico (*opérations d'aménagement*).¹⁴³

Conforme analisado no tópico anterior, o Urbanismo se caracteriza como função pública – mas não apenas, como também amplamente debatido. Assim, é evidente que, dentre os agentes envolvidos na transformação do espaço urbano, desponta o ente estatal. No Brasil, a partir da Constituição Federativa de 1988, ao Município foi atribuída função central no desenvolvimento da política urbana, sobretudo através da elaboração do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbanas. É o que deflui especialmente do art. 182. Antes da atual Constituição, contudo, o Município já ocupava papel importante neste campo, como aponta VICTOR CARVALHO PINTO.¹⁴⁴

Outro dispositivo constitucional importante na atribuição de competência ao Município em matéria urbanística é o art. 30, VIII, que dispõe competir ao ente municipal “*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.*” Com efeito, soa quase intuitiva a proeminência do ente municipal no que tange às questões urbanísticas, já que o texto constitucional em outro dispositivo mais genérico (art. 30, I) deixa claro que as questões de interesse local são mesmo de competência municipal. Ora, é evidente que a

¹⁴¹ De acordo com VICTOR CARVALHO PINTO, a concentração de variadas atividades nas cidades consubstancia fenômeno espontâneo, decorrente do que se convencionou chamar de *economias da aglomeração*. Aponta o autor: “*a proximidade de atividades complementares permite ampliar a divisão do trabalho, aumentando a especialização das unidades econômicas e a produtividade geral da economia. Maiores densidades demográficas permitem uma redução dos custos unitários de bens e serviços, públicos e privados. A proximidade entre produtores e consumidores reduz os custos de transporte e permite a formação de economias de escala.*” **Direito urbanístico...**, p. 48.

¹⁴² **Droit de la....**, p. 135.

¹⁴³ O autor francês se vale do termo operações urbanísticas (*opérations d'aménagements*) para designar, de maneira ampla, toda operação que ultrapasse a escala de obras particulares ou mesmo públicas pontuais, i.e., referentes a um equipamento público ou a um imóvel privado específicos. São, portanto, as operações mais amplas que visam, por exemplo, à criação de um bairro, à requalificação urbanística de uma região, etc. *Idem*, *ibidem*, p. 143.

¹⁴⁴ “*O direito urbanístico sempre foi considerado uma competência essencialmente local, com base no conceito de ‘peculiar interesse’, critério definidor da competência municipal até a Constituição de 1988. A regulação do urbanismo é tradicionalmente feita pelos Municípios, independentemente de balizamento federal ou estadual.*” **Direito urbanístico...**, p. 95.

ordenação da cidade é matéria de interesse local¹⁴⁵. Assim, à toda evidência, leis que disponham sobre zoneamento, alinhamento, arruamento, ou o código de obras são necessariamente municipais¹⁴⁶.

A despeito do papel de destaque conferido pela Constituição Federal ao Município – corretamente, em nosso entender –, competências em matéria urbanística foram também atribuídas aos demais entes federativos. Desse modo, à União, como apontado no subitem acima, cabe a edição de normas gerais em matéria urbanística, assim como a edição do plano urbanístico nacional e de planos urbanísticos macrorregionais (cf., nesse sentido, os arts. 21, XX e XXI, e 24, I, e § 1º). Aos Estados, foi atribuída competência para estabelecer normas urbanísticas de caráter regional, assim como para legislar suplementarmente em matéria urbanística, nos termos do art. 24 e § 2º da Constituição Federal¹⁴⁷. Como bem ressalva JOSÉ AFONSO DA SILVA, contudo, embora um leitor desavisado possa entender da leitura do art. 24 que a Constituição haja reservado uma competência diminuta aos Municípios em matéria urbanística, “a competência municipal não é meramente suplementar de normas gerais federais ou de normas estaduais, pois não são criadas com fundamento no art. 30, II”¹⁴⁸.

Diferentemente do exemplo brasileiro, há ordenamentos que conferem competências mais diminutas ao ente local em matéria urbanística. É o caso, por exemplo, da Inglaterra, onde, a despeito de recentes leis “descentralizadoras” (como a *Localism Bill*, de 2011), o planejamento urbano é matéria ainda muito centralizada.¹⁴⁹ Na França, a descentralização do Direito Urbanístico é relativamente recente, remontando a leis de 1983

¹⁴⁵ “Em verdade, as normas urbanísticas municipais são as mais características, porque é nos Municípios que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica.” SILVA, José Afonso da, **Direito Urbanístico....**, p. 65

¹⁴⁶ “Pelo zoneamento, divide-se o território da cidade em zonas e define-se um conjunto de usos e índices urbanísticos permitidos em cada uma. (...) O alinhamento define o traçado do sistema viário, separando o logradouro público das propriedades privadas contíguas. A legislação sobre loteamento define o procedimento administrativo de sua aprovação, as obras de urbanização e a destinação de terrenos para sistema viário, áreas livres e equipamentos comunitários. O código de obras (ou de edificações) estabelece parâmetros construtivos para cada tipo de edificação, com o objetivo de assegurar sua segurança e salubridade.” PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico....**, p. 97.

¹⁴⁷ Note-se que o art. 24, § 3º estabelece a competência legislativa plena dos Estados no caso de ausência de lei geral federal. Em caso de superveniência de lei federal discorrendo sobre normas gerais, a eficácia da lei estadual será suspensa no que lhe for contrária (art. 24, § 4º).

¹⁴⁸ **Direito Urbanístico....**, p. 65.

¹⁴⁹ É o que aponta ROBERT DUXBURY: “A atual legislação mantém o princípio de um forte sistema de Administração centralizada, muito embora alguns controles específicos sobre as autoridades locais de planejamento tenham sido suavizados nos anos recentes. O Secretário de Estado detém um amplo leque de poderes e tarefas que lhe permitem controlar as políticas de planejamento das autoridades locais, além de iniciá-las; com efeito, é seu dever assegurar a consistência das políticas de planejamento”. **Planning Law and Procedure**, 15ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 9. (tradução nossa)

e de 1985, que operaram em favor dos Municípios (as *communes*) “uma larga transferência de competências ligadas à elaboração de documentos urbanísticos, instrução, emissão de licenças para construir e para realizar projetos urbanísticos”.¹⁵⁰

Voltando ao ordenamento brasileiro e sem a pretensão de esgotar o tema das competências em matéria urbanística, é preciso ainda apontar que a Constituição Federal de 1988 reservou competências ditas comuns para Municípios, União, Estados e Distrito Federal. No campo urbanístico, pode-se citar, por exemplo, a competência relativa à proteção de bens de valor histórico, artístico, cultural, natural e paisagístico (art. 23, III e IV), a proteção do meio ambiente (art. 23, VI), além da promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX). Trata-se de competências ditas materiais e não legislativas. Nestes casos, o papel do Município é completamente diverso, eis que não se pode falar numa preponderância municipal, já que o que pretendeu o constituinte aqui foi uma “convocação” para que os entes federados atuem de forma conjunta e permanente.¹⁵¹ Na linha do que preceitua o parágrafo único daquele dispositivo, a ideia é mesmo de uma atuação cooperativa e não de prevalência de um ente sobre o outro¹⁵².

A questão urbanística é de tal relevância – ou ao menos deveria ser – para os agentes públicos que dela se ocupam que, assim como se dá em outros setores estratégicos para os governos, existem órgãos – secretarias, ministérios etc. – especializados em propor soluções para os problemas dela advindos. Assim, no âmbito federal é preciso destacar o Ministério das Cidades, criado pela Lei nº. 10.683/2003, e responsável pela política de

¹⁵⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit de...**, p. 8. (tradução nossa) Sobre o tema da distribuição das competências urbanísticas no direito francês, bem como a respeito da descentralização das mesmas cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de...**, p. 54 e ss.

¹⁵¹ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2013, p. 114.

¹⁵² Sobre a previsão de competências comuns, indaga FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA: “Será, no entanto, que em termos de equilíbrio federativo, a previsão de competências comuns representou um avanço?”

Muitas delas, a bem da verdade, os diversos entes federados poderiam exercer como decorrência de sua autonomia política e administrativa. Nos programas de governo, em todos os níveis, a saúde, a educação, a cultura, a moradia, o saneamento básico constituem, por exemplo, temas familiares, de consideração natural. Assim, dizer que a competência é comum nesse terreno seria a rigor dispensável. O que deve ser verificado, para fins de se aferir a maior presença das ordens periféricas nessa atuação concorrente é a sua maior ou menor independência no exercício dessas competências”. Idem, Ibidem, p. 116.

Ainda sobre o tema, importa observar que em cumprimento ao comando constante do art. 23, parágrafo único, foi editada em dezembro de 2011, a Lei Complementar nº. 140, que fixa normas de cooperação entre os entes federativos nas ações decorrentes do exercício das competências comuns relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

desenvolvimento urbano, assim como por políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano, trânsito, dentre outras. A ideia, quando da criação do dito Ministério, era justamente agrupar políticas antes segregadas, e que afetam as populações urbanas por estarem intrinsecamente ligadas ao território (como a moradia, saneamento, mobilidade etc). Havia, ainda, a preocupação de se criar, no interior do Ministério, uma secretaria (“Secretaria de Programas Urbanos”) voltada ao fornecimento de diretrizes e orientação para os governos municipais e metropolitanos na solução de problemas frequentes em todo o território (ex.: regularização fundiária, prevenção de riscos de desmoronamento etc).¹⁵³

No âmbito do Município de São Paulo, insta mencionar a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, recentemente reestruturada pela Lei nº. 15.764, de 2013. Da breve leitura da mencionada lei, é possível extrair o amplo espectro de atuação municipal no tecido urbano, consistente na condução de ações governamentais voltadas ao planejamento urbano, com atuações direcionadas, por exemplo: para a coordenação do desenvolvimento de projetos urbanos através da interação com órgãos e entidades públicos e com a sociedade civil; para o desenvolvimento de mecanismos e modelos mais adequados para a viabilização e implementação de projetos de desenvolvimento urbano, explorando as potenciais parcerias com a iniciativa privada, com outros setores das políticas públicas e outras esferas de governo; para a promoção e integração dos planos, programas e projetos dos diversos órgãos e entidades da Administração direta e indireta relacionados ao desenvolvimento urbano, de modo a maximizar os resultados positivos para a cidade etc. (cf. art. 170).

Os entes federativos podem, ainda, “atuar urbanisticamente” por meio de entidades da respectiva Administração Indireta. Novamente nos acudindo do exemplo de São Paulo, insta mencionar a antiga EMURB (“Empresa Municipal de Urbanização”), que consistia em empresa pública criada pela lei municipal nº. 7.670, de 1971 com o propósito principal de executar programas de desenvolvimento ou de renovação de áreas urbanas. Em 2010, a EMURB cindiu-se em duas empresas: a São Paulo Obras (SPObras) e a São Paulo Urbanismo (SP-Urbanismo), esta última com o objetivo fundamental de dar suporte e desenvolver ações governamentais ligadas ao planejamento e à promoção do

¹⁵³ Para uma análise crítica sobre os antecedentes e posterior desenvolvimento da Pasta das Cidades, consulte-se o depoimento de ERMÍNIA MARICATO, que chegou a integrar o Ministério no seu início. Cf. **O impasse da política urbana no Brasil**, Petrópolis: Vozes, 2011, p. 23 e ss.

desenvolvimento urbanos. Assim, a SP-Urbanismo pode se encarregar, por exemplo, desde a concepção e estruturação de programas de intervenção urbana até o acompanhamento dos projetos básicos e executivos das obras e intervenções, inclusive de operações urbanas. O espectro de atuação da entidade é, desse modo, deveras amplo.

Além dos agentes estatais, existe ainda uma grande diversidade de agentes privados que intervêm no espaço urbano. Assim, pode-se pensar desde o proprietário, locador ou possuidor, que, através de ações pontuais ligadas à sua propriedade afeta, de algum modo, o tecido urbano. Retomamos, aqui, aquela ideia de *travaux* de JEAN-BERNARD AUBY. Assim, uma obra, ainda que diminuta, pode ter reflexos em um bairro, tornando-o mais agradável visualmente, com mais áreas verdes, ou até mesmo o contrário, gerando poluição, impactos em termos de infraestrutura, etc. Como adverte o autor francês, as obras e operações urbanas:

*“consistem num aspecto imemorial da realidade urbana, trata-se também de algo que é comumente gerador de conflitos interindividuais: as obras e operações urbanas geram barulho, poluição, impõem desvios de percursos que podem ser custosos, elas podem causar danos às propriedades vizinhas...”*¹⁵⁴

O tema vincula-se ao conceito de *externalidades*, ou seja, à ideia de que uma unidade econômica pode prejudicar ou beneficiar as demais¹⁵⁵.

Não bastasse, não se pode ignorar que no Brasil boa parte das moradias é feita à margem das leis e instituições existentes, consistindo em habitações ilegais e/ou irregulares. Para essa realidade, seria uma grande ironia se falar em planejamento estatal. Em tais casos não há planejamento algum, senão uma série de ações individuais, desordenadas e descoordenadas, muitas vezes em regiões ambientalmente protegidas que o mercado imobiliário formal despreza, com efeitos, portanto, prejudiciais para o meio ambiente. Como muito bem adverte ERMÍNIA MARICATO, a Arquitetura e o Urbanismo dos bancos acadêmicos são para poucos, uma vez que mais da metade das moradias do País foram produzidas à margem do sistema moderno de produção, o que desmonta “*essas construções ideológicas e fetichizadas de `planejamento urbano, arquitetura e*

¹⁵⁴ **Droit de la....**, p. 135. (tradução nossa)

¹⁵⁵ Sobre o tema, cf. PINTO, Victor Carvalho, **Direito Urbanístico...**, p. 51.

urbanismo”¹⁵⁶. E quem dirá que esses aglomerados de habitações precárias, as favelas, ou os loteamentos ilegais não compõem a paisagem urbana?

Ademais, como se discutirá melhor adiante, os cidadãos, sejam eles proprietários ou não, são capazes de influir na conformação urbana através de instrumentos de gestão democrática das cidades, como órgãos colegiados, audiências e consultas públicas, orçamento participativo, iniciativa popular em projetos de lei, etc. Não importa quão longe ainda estejamos de uma gestão efetivamente democrática das cidades, essa é uma diretriz que não deve ser ignorada e/ou subestimada. Tome-se o exemplo das operações de *land readjustement*¹⁵⁷ (ou *kukaku-seiri*, em japonês) do Japão, em que se exige um acordo entre todos os proprietários envolvidos no projeto, sendo que qualquer desvio quanto ao acordado é motivo para paralisação de toda a operação. Em casos como esse, os cidadãos efetivamente participam da transformação do ambiente urbano e mais: de forma institucionalizada, o que é o ideal.

Além dos cidadãos individualmente considerados, deve-se fazer menção a outro grupo de agentes altamente atuantes no tecido urbano: falamos aqui dos agentes do mercado imobiliário, ou do que alguns chamam de *citybuilders*, *land developers* *entrepreneurs* ou *promotores imobiliários*¹⁵⁸. Tais agentes, diferentemente do grupo acima analisado, não intervêm em suas propriedades para delas usufruírem num momento posterior. Em realidade, eles compram e incorporam terrenos, construindo neles unidades residenciais e/ou comerciais que, posteriormente, serão por eles revendidas¹⁵⁹. Essas

¹⁵⁶ Cf. **Brasil, cidades...**, p. 132-133.

¹⁵⁷ “O *Land Readjustment* (ou *kukaku-seiri* em japonês) é um método de desenvolvimento urbano de execução compartilhada em que todos os proprietários e inquilinos contribuem para o financiamento e a realização do projeto, distribuindo de maneira equilibrada os custos e os benefícios dos resultados. Os projetos de LR são autorizados pelos governos local e nacional por meio de uma lei específica de execução elaborada de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Lei do *Land Readjustment* de 1954. A lei específica é promulgada após um acordo entre todos os proprietários da área do projeto. Durante todo o processo de execução, os terrenos são redimensionados, reposicionados, e a partir da contribuição de parte deste terreno, são constituídas áreas para a construção de novos equipamentos públicos.” MONTANDON, Daniel Todtmann ; SOUZA, Felipe Francisco. **Land Readjustment e Operações Urbanas Consorciadas**, São Paulo: Romano Guerra Editora, 2007, p. 18.

¹⁵⁸ “...por trás do surgimento desses espaços há um sistema de agentes econômicos voltados à produção do meio ambiente construído, que procuram influir no funcionamento do mercado, no valor dos imóveis, nas decisões sobre os investimentos públicos e privados. Denominaremos esses agentes, genericamente, *citybuilders* ou ‘promotores imobiliários’”. FIX, Mariana. **São Paulo cidade global: fundamentos financeiros de uma miragem**, Boitempo: 2007, p. 24.

O termo *entrepreneurs* é utilizado por JOHN R. LOGAN e HARVEY L. MOLOTOCH em **Urban Fortunes**, California: University of California Press, 1987.

¹⁵⁹ O termo incorporação remete à ideia de agregar a construção, o edifício ao terreno. Assim, conforme leciona ARNOLDO WALD, “chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia ou simplesmente incorporação, o contrato pelo qual uma parte (o incorporador) obriga-se a fazer construir um edifício

operações em geral são feitas através de um concurso de agentes especializados. Desse modo, a rubrica *citybuilders* e demais abrange uma série de agentes, como: (i) empresas de consultoria, comercialização e desenvolvimento imobiliário; (ii) escritórios de arquitetura; (iii) construtoras e incorporadoras; (iv) imobiliárias; (v) consultorias em fundos de investimentos, dentre outras¹⁶⁰.

Conforme estudo de JOHN LOGAN e HARVEY MOLOTOCH, esses agentes atuam na cidade de modo a torná-la uma “máquina de crescimento” (*growth machine*), i.e., “uma organização do tipo empresarial voltada a aumentar o volume de renda agregada por meio da intensificação da utilização da terra”, nas palavras de MARIANA FIX.¹⁶¹ Para tais agentes, o espaço urbano é aferível em termos de valores de troca (*exchange values*) e não de valores de uso (*use values*). Essa ideia não constitui, por si, um demérito em relação a esses atores. Em realidade, tais agentes visam, em geral, a otimizar os seus lucros, o que é pressuposto numa sociedade capitalista, como a nossa. A grande questão, como se analisará melhor adiante, é saber em que medida tais agentes conseguem influenciar e capturar os agentes públicos, afetando de forma excessiva e negativa a formulação de políticas públicas.¹⁶²

O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, reconhece e assim garante institucionalidade à figura do incorporador imobiliário. Conforme se extrai do art. 29 da lei nº 4.591, de 1964, incorporador imobiliário é “a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações

composto de unidades autônomas, alienando-as a outras partes (os adquirentes), em regime de condomínio, com as frações ideais do terreno”. Conforme ainda aponta o Professor, o Projeto de Código Civil de 1975 continha artigo (763) que dispunha que “pelo contrato de incorporação, o incorporador, pessoa física ou jurídica, promove e realiza, ou tão somente promove e coordena, a construção de edifício de qualquer natureza, de um ou mais planos horizontais, dividido em unidades autônomas, sob regime condominial.” Pela redação do artigo, ficava bastante claro que o incorporador poderia, ele mesmo, realizar uma série de atividades (construção e venda das unidades, por exemplo), ou delegá-las, permanecendo com um papel de coordenador e responsável pelo projeto imobiliário. Cf. **Direito das obrigações: teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais**, 15ª edição com a colaboração do Prof, Semy Glanz, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 421.

¹⁶⁰ Cf. FIX, Mariana, **São Paulo....**, p. 61, para um panorama dos principais agentes atuantes no mercado brasileiro.

Para uma análise desses agentes no mercado francês, confira-se AUBY, Jean Bernard, **Droit de**, p. 136 e ss.

¹⁶¹ **São Paulo: cidade....**, p. 24.

¹⁶² Falamos em excessiva influência porque seria ingênuo crer que tais agentes não influenciam na formulação de políticas públicas. Em realidade, a influência deste e de demais agentes é natural, até porque os interesses públicos, como sustentamos, não são necessariamente contrários aos interesses privados. E mais, a formulação de políticas públicas que não captem em alguma medida os interesses privados subjacentes tende a ser desastrosa porque descolada da realidade. O grande problema, como veremos, é a configuração de uma falha de mercado consistente na captura do ente estatal pelo agente privado.

ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”. No mercado brasileiro, como visto, uma série de agentes podem intervir no processo de incorporação, numa grande variedade de arranjos envolvendo a própria incorporadora, uma construtora autônoma ou integrada à incorporadora (é o que se vê nos *slogans* “*Construção e Incorporação X*”), escritórios de arquitetura – ligados ou não à construtora e/ou incorporadora – responsáveis pelo projeto, uma instituição financeira que articula os financiamentos na venda das unidades autônomas, imobiliárias que intermediam a venda das mesmas, dentre outros.

No direito francês também se verifica uma diversidade de agentes, como aponta JEAN-BERNARD AUBY: (i) sociedades civis de “construção-venda” (*societes civiles de construction-vente*), agrupando em geral um promotor imobiliário e um investidor; (ii) as chamadas “sociedades de atribuição” (*sociétés d’attribution*), cujo objeto é a construção ou aquisição de imóveis destinados ao fracionamento e posterior atribuição aos associados a título de propriedade ou gozo; (iii) as sociedades cooperativas de construção (*sociétés coopératives de construction*), que são autorizadas apenas a construir unidades para uso habitacional ou misto (profissional/habitacional); (iv) e as “sociedades de atribuição de imóveis em gozo em tempo parcial” (*sociétés d’attribution d’immeubles em jouissance à temps partagés*), que tem por objeto a construção de imóveis destinados à habitação, em que o gozo é fracionado temporalmente entre diversos proprietários.¹⁶³

Poderíamos continuar listando, *ad nauseam*, um sem número de atores que interferem no cenário urbano. Também poderíamos apontar que os atores acima listados podem se mesclar e, desse modo, atuar de forma conjugada na mudança do tecido urbano. É o caso, por exemplo, dos órgãos colegiados de política urbana (com previsão no art. 43, I do Estatuto da Cidade), como, exemplificativamente, o Conselho das Cidades

¹⁶³ **Droit de la...**, p. 139-140.

Sobre o mercado francês, observa ERMÍNIA MARICATO com base em dados extraídos da conferência promovida por Jean Yves Coulon na Fauusp em 28/11/00: “*Nos anos 90, de 266 mil empresas de construção no país, aproximadamente 248 mil podem ser consideradas artesanais, sendo estas responsáveis por quase 1,1 milhão de empregos.*”, **Reabilitação de centros urbanos e habitação social**, p. 142.

(“ConCidades”), de abrangência federal.¹⁶⁴ Para não nos alongarmos, contudo, com essa “análise combinatória”, passaremos ao subitem seguinte, no qual analisaremos alguns dos interesses que se revelam nas cidades e que, como não poderia deixar de ser, defluem dos agentes que nela atuam.

1.3.3. Os Interesses nas cidades

As cidades articulam uma série de atores, como visto, e por consequência um sem número de interesses. Veja-se, por exemplo, que ao analisarmos os atores acima, o fizemos de uma maneira simplificada. Na rubrica “cidadãos”, por exemplo, não há homogeneidade, como a classificação talvez leve a supor. Isso, sobretudo, numa realidade tão desigual quanto a brasileira. Assim, é certo que os interesses de um morador do bairro do Itaim Bibi não serão os mesmos de um morador do Itaim Paulista, bairros com notória disparidade em termos de renda. Desse modo, se para o último, questões como iluminação pública, asfaltamento e provimento adequado de transporte público possam ser prioritárias, o mesmo certamente não se passará com o habitante do Itaim Bibi que, além de morar numa região central, e logo com melhor provimento de infraestruturas públicas, provavelmente possui um automóvel particular e estará mais preocupado com questões como os índices de congestionamento.

Assim, pincelar os interesses que julgamos mais proeminentes e conflitivos nas cidades, sobretudo nas grandes metrópoles brasileiras, é tarefa que, por si só, ensejaria trabalho autônomo. Procuraremos, contudo, detectar alguns dos que nos parecem os mais relevantes, sempre com o propósito de mostrar quão conflitivo e diversificado se revela o ambiente urbano.

Não ignoramos o fato de que cada cidade possa revelar particularidades ligadas à sua geografia, desenvolvimento histórico etc. Contudo, nos alinhamos com o entendimento de MILTON SANTOS, para quem:

¹⁶⁴ O ConCidades, criado pelo Decreto nº. 5.790, de 2006, é um órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante do Ministério das Cidades. Na sua composição há representantes dos Governo Federal, Governos Estaduais e do Distrito Federal, Poderes Públicos Municipais, entidades ligadas aos movimentos populares, entidades empresariais, entidades de trabalhadores, entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa, e organizações não governamentais (art. 4º). Conforme ressaí do art. 1º do citado decreto, o ConCidades “*tem por finalidade estudar e propor as diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, bem como acompanhar e avaliar a sua execução, conforme dispõe a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade*”.

*“com diferença de graus e de intensidade, todas as cidades brasileiras exibem problemáticas parecidas. Seu tamanho, tipo de atividade, região em que se inserem etc. são elementos de diferenciação, mas, em todas elas, problemas como os do emprego, da habitação, dos transportes, do lazer, da água, dos esgotos, da educação e saúde são genéricos e revelam enormes carências. Quanto maior a cidades, mais visíveis se tornam essas mazelas. Mas essas chagas estão em toda parte”.*¹⁶⁵

1.3.3.1. Os Interesses estatais

Sob o título *interesses estatais* estamos nos referindo aos interesses da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivos órgãos e entidades. De início, seria um equívoco pensar que estes interesses são sempre coordenados e não conflitantes entre si. Essa ideia já nos desperta para uma advertência inicial: os interesses nas cidades são deveras complexos, de modo que os interesses de um mesmo grupo de agentes (neste caso: agentes estatais *lato senso*) podem apresentar embates e conflitos, o que, aliás, se dá diuturnamente. Os conflitos, ademais, podem ocorrer tanto entre interesses de agentes estatais pertencentes a diferentes entes federativos, configurando assim conflitos interfederativos (ex.: um embate envolvendo o Instituto do Patrimônio Histórico, Artístico e Nacional, “IPHAN”, e o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da cidade de São Paulo “Conpresp”, e assim por diante), quanto entre agentes estatais de mesma escala federativa (pense-se, por exemplo, num conflito entre a Secretaria do Verde e a Secretaria dos Transportes de um mesmo Município sobre uma determinada questão urbanística).

Outra advertência que julgamos necessária diz com o significado que atribuímos ao termo *interesses estatais*. O termo congrega tanto os interesses arrecadatórios ou fiscais dos entes públicos (referidos por parte da doutrina administrativista como *interesses secundários*) quanto os interesses mais diretamente vinculados às políticas públicas (interesses primários, para a referida doutrina). Portan Releva notar, ainda, que o interesse estatal é comumente apropriado pelo interesse pessoal dos agentes públicos, do que ressaí

¹⁶⁵ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**, 5ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 105.

Sobre as singularidades de cada cidade no tocante a seu “material jurídico”, cf. AUBY, Jean-Bernard, **Droit de la....**, p. 13.

uma constante confusão entre o divisar do público e do privado, nota característica da sociedade brasileira¹⁶⁶.

Ademais, impõe advertir que o Estado e seus agentes são frequentemente capturados pelos interesses dos agentes privados, no que se costuma chamar de *captura regulatória*¹⁶⁷. O mercado imobiliário é propício para tal captura, na medida em que há agentes extremamente estruturados e que, no mais das vezes, aportam significativas quantias para o financiamento de campanhas públicas¹⁶⁸. Desse modo, além da relação muitas vezes promíscua que se estabelece entre o interesse propriamente estatal e os interesses particularísticos do agente público, o aparato estatal frequentemente se presta a atender interesses puramente corporativos. Conforme aponta ERMINIA MARICATO:

“Há uma correlação direta entre investimento público e o mercado fundiário/imobiliário, como mostra uma vasta bibliografia, a exemplo de Villaça, 1999. De um modo geral, os investimentos públicos municipais feitos nas capitais brasileiras (uma regra que é comum a todo universo urbano) são regressivos. Eles alimentam o mercado imobiliário restrito e especulativo ao invés de ampliar as oportunidades de localizações, condição, dentre outras, para a democratização do acesso à cidade. A deterioração de determinados territórios urbanos e a valorização de outros respondem a uma conjunção de interesses que buscam a

¹⁶⁶ BRÁSILIO SALLUM JR., referindo-se ao clássico “Raízes do Brasil”, de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, aponta que o patriarcalismo, marca inafastável da formação da sociedade brasileira, é responsável pela dificuldade de distinção entre domínio público e privado. Cf. **Comentários a Raízes do Brasil**, In: MOTA, Lourenço Dantas (org.), **Introdução ao Brasil: um banquete nos trópicos**, 4ª edição, São Paulo: Ed. Senac, p. 250.

¹⁶⁷ Sobre a captura regulatória, esclarecem ANTONIO LA SPINA e GIANDOMENICO MAJONE: *“Em consequência dos custos de organização da ação coletiva, interesses econômicos concentrados detêm uma vantagem esmagadora sobre grupos mais difusos (como os consumidores ou contribuintes) no que respeita à mobilização para influenciar as políticas legislativas e obter o que desejam. Os grupos de interesses econômicos ou empresariais podem até ser pequenos demais para garantir grande quantidade de votos, mas são capazes de fornecer outros recursos importantes, entre eles o dinheiro, que os políticos podem utilizar para financiar a própria campanha eleitoral. Nesse sentido, há uma troca político-econômica entre políticos interessados em si próprios e interesses organizados: decisões regulatórias são favoráveis em troca de votos ou dinheiro. Isto é, o que interessa aos participantes é a própria riqueza ou utilidade, ao invés do bem-estar agregado da comunidade. Daí segue que, pela teoria da captura (TC), a regulação não é voltada para o aumento da eficiência através da correção das falhas de mercado, mas, sim, à redistribuição da renda de certo grupo (tipicamente, os consumidores e os interesses difusos) para outro (produtores e políticos).”* **Lo Stato regolatore**, Bolonha: il Mulino, 2000, p. 122- 123.

Sobre o tema das falhas do Poder Público na regulação, e mais especificamente, sua relação com o mercado imobiliário, cf. OLBERTZ, Karlin. **Operação...**, p. 28 e ss.

Para aprofundamento no tema, cf. ainda PINTO, Victor Carvalho, **Direito Urbanístico...**, p. 48-71.

¹⁶⁸ De acordo com dados das prestações de contas entregues pelas siglas partidárias ao Tribunal Superior Eleitoral (“TSE”), 55,3% (o equivalente a R\$ 416 milhões) das doações a partidos políticos em 2012 vieram de empresas atuantes no setor da construção, i.e., construtoras, empresas de engenharia e incorporadoras. Cf. “Construtoras são fonte de 55% das doações a partidos em 2012”, disponível em g1.globo/politica/noticia/2013/09/construtoras-sao-fonte-de-55-das-doacoes-partidos-em-2012.html. consultado em 17.11.2013

captação da renda imobiliária e do lucro da construção (este, especialmente nas obras de construção pesada). Os governos estaduais e municipais, capturados por esses agentes, orientam a dinâmica urbana por meio de obras que não obedecem a nenhum plano 'explícito'. Essa é a marca de um 'desenvolvimento' urbano dominado pelos interesses privados rentistas e lucrativos, de um lado, e pela ignorância em relação aos assentamentos da maior parte da população, de outro."¹⁶⁹

Feitas essas advertências, poder-se-ia passar, então, a listar, de maneira conclusiva e peremptória, o conjunto de interesses estatais relacionados à cidade e, mais especificamente, à ordenação da cidade. Isso, contudo, seria tarefa impossível. Em primeiro lugar porque a cidade é cambiante e dinâmica, e assim também são os interesses a ela relacionados. De outro lado, os interesses estatais, e muito particularmente no Brasil, onde não se costuma dar sequência a políticas públicas de longo prazo, são constantemente alteráveis conforme o partido político que esteja na chefia. Assim, podem-se citar quanto à cidade de São Paulo alguns exemplos em princípio contrastantes: (i) o mandato do engenheiro Prestes Maia, de 1938 a 1945, com foco em obras de viação pública, o que fica explícito através de projetos como o “Plano de Avenidas” ou, para ficarmos com um exemplo mais recente, os dois mandatos do Prefeito Paulo Maluf, responsável por obras viárias de grande porte, como a Marginal Tietê, o Elevado Presidente Costa e Silva (“Minhocão”), a Radial Leste, dentre outras; (ii) o atual mandato de Fernando Haddad, empossado em 2013, com o intuito evidente de priorizar o transporte coletivo ao transporte individual, como se extrai de seu Plano de Governo que prevê, por exemplo, a implantação de 150 km de faixas exclusivas para ônibus, além de outros 150 km de corredores.¹⁷⁰

Contudo, ainda que seja impossível relacionar de maneira peremptória e definitiva os interesses estatais vinculados à cidade, é possível extrair diretrizes dos principais textos legais que tratam do assunto. Assim, o texto constitucional – “o marco da adolescência do Direito Urbanístico brasileiro”, para CARLOS ARI SUNDFELD¹⁷¹ -, no seu capítulo intitulado “Da Política Urbana”, aponta o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade* e o *bem-estar dos habitantes* como objetivos da política de desenvolvimento urbano. Outros capítulos e artigos da Carta Constitucional, não explicitamente ligados à política urbana, também se relacionam com objetivos de políticas públicas de cunho

¹⁶⁹ MARICATO, Erminia. **Reabilitação...**, p. 134.

¹⁷⁰ Cf. **Um tempo novo para São Paulo**, Plano de Governo Haddad 2012, p. 37 e ss. Disponível em pensenovotv.com.br/files/Programa_de_Governo_Haddad.pdf (consultado em 25.11.2013)

¹⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade...**, p. 48.

urbanístico. Desse modo, temas ligados ao meio ambiente e à preservação do patrimônio cultural, por exemplo, mantêm íntima conexão com o ambiente urbano. Pode-se dizer, assim, que a preservação do patrimônio cultural brasileiro, em suas diversas formas, e sobretudo, na forma de *“conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”*, constitui interesse estatal de cunho urbanístico.

Do Estatuto da Cidade é possível extrair uma série de interesses estatais “urbanísticos”, por assim dizer. Assim, o art. 2º, ao elencar as diretrizes da política urbana relaciona uma porção de interesses estatais vinculados a políticas públicas. Partimos da ideia de que os textos legislativos consagram escolhas e, portanto, objetivos públicos. Desse modo, a garantia do direito a cidades sustentáveis, por exemplo, nos parece um evidente interesse estatal (I). Também consiste em interesse estatal a *“recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização imobiliária”* (XI), ou ainda a *“integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência”* (VIII).

Para não analisarmos todo o rol do art. 2º, podemos nos valer da feliz síntese de CARLOS ARI SUNDFELD, para quem as diretrizes ali apontadas se vinculam a dois pressupostos fundamentais, quais sejam: os deveres estatais de (i) ordenar e controlar o uso e ocupação do solo e (ii) de proteger o patrimônio coletivo¹⁷². Note-se que embora o autor tenha dado ênfase à ideia de *deveres* do Estado, entendemos que estes *deveres* se revelam também como interesses ou objetivos estatais, cuja contraface é o direito subjetivo dos cidadãos a uma política adequada de ordenação e controle do solo urbano bem como à proteção do patrimônio público em todas as suas vertentes (i.e. cultural, natural, histórica, etc). Concordamos também com a ideia do administrativista de que em todo o rol do art. 2º é possível extrair um objetivo de equilíbrio, seja entre as diversas funções sociais da cidade (assim entre lazer, trabalho, moradia, etc), entre o rural e o urbano (VII), entre o uso do solo e a infraestrutura existente (VI), entre o estatal e o privado (III e XVI), e assim por diante¹⁷³.

¹⁷² *Idem*, p. 53-54.

¹⁷³ *Ibidem*, *Idem*, p. 54-55.

Portanto, o Estatuto da Cidade, como conjunto normativo intermediário¹⁷⁴, confere maior densidade e pragmatismo a objetivos já fixados no texto constitucional, explicitando-os de forma mais detalhada, ou mesmo incluindo novos objetivos que não entrem em conflito com aqueles abraçados pela Constituição. Outros textos normativos, e, sobretudo, o Plano Diretor, serão fundamentais no aprofundamento e fixação de novos objetivos e interesses, especificamente voltados à escala local no caso do primeiro.

Em síntese, voltamos à afirmação inicial de que não é possível fixar de forma exaustiva os principais interesses estatais vinculados à política urbana. Contudo, da leitura sistemática dos textos normativos, é possível relacionar alguns bastante recorrentes, como: crescimento e urbanização racionalizados e equilibrados; reversão do quadro de degradação ambiental; proteção do patrimônio público em todas as suas vertentes; regularização fundiária; redução da desigualdade e marginalização sociais; adequada ordenação e controle do uso e ocupação do solo; dentre outros.

1.3.3.2. Os Interesses coletivos

A análise do que aqui denominamos *interesses coletivos urbanos*, ou *interesses coletivos diretamente ligados ao espaço urbano*, está indissociavelmente afinada com o conceito de *direito à cidade*, introduzido por HENRY LEFEBVRE em 1968 através da publicação de obra de mesmo nome.¹⁷⁵

O sociólogo francês se refere ao direito à cidade como:

“forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualidade na socialização, ao habitat e à moradia. O direito à participação (à atividade participativa) e o direito à apropriação (bem distinto do direito de propriedade) se imbricam no direito à cidade”.¹⁷⁶

O termo acabou sendo encampado por diversos urbanistas, juristas e profissionais de outras áreas, ganhando força nos movimentos sociais espalhados por todo o mundo. Assim, não é incomum se encontrar a bandeira do *direito à cidade* em manifestações de

¹⁷⁴ *Ibidem*, *Idem*, p.52.

¹⁷⁵ AUBY, Jean-Bernard, **Droit de la...**, p. 273.

¹⁷⁶ LEFEBVRE, Henry. **Le droit à la ville**, Paris: Édition Anthropos, 1968, p.154.

rua com propósitos os mais diversificados. Note-se, ainda, que diversos organismos internacionais também se valem do termo, como é o caso da ONU-Habitat, por exemplo¹⁷⁷.

Agrada-nos, em particular, o enfoque proposto por JEAN-BERNARD AUBY, para quem o direito à cidade conecta-se com duas principais questões: a primeira relativa ao acesso a um leque mínimo de serviços oferecidos pela cidade; e a segunda ligada à limitação da segregação social dos cidadãos.¹⁷⁸

No primeiro quadrante, i.e., o do oferecimento de um leque mínimo de serviços, o autor francês identifica *grosso modo* quatro grandes grupos de serviços, quais sejam: habitação, mobilidade, segurança (consistente na proteção contra riscos de variadas ordens, como os naturais, industriais ou sociais), e acesso a um mínimo de serviços públicos indispensáveis que ele denomina de domésticos, como água, saneamento básico, energia elétrica, etc¹⁷⁹.

Não há dúvidas de que os grandes grupos acima apontados configuram necessidades básicas de qualquer habitante de qualquer cidade do mundo. Outros grupos, contudo, poderiam ser agregados, como o direito à sustentabilidade (ou a *cidades sustentáveis*¹⁸⁰, como enuncia o art. 2º do Estatuto da Cidade); ao lazer e a espaços culturais¹⁸¹; à dimensão humana das cidades, como advoga JAN GEHLS¹⁸², etc.

¹⁷⁷ “O ‘direito à cidade’ evoluiu nos últimos 50 anos para ser um desafio ao desenvolvimento excludente, à distribuição seletiva de benefícios, à marginalização e à discriminação que são galopantes nas cidades nos dias de hoje. Mais do que um novo ferramental jurídico, o direito à cidade é expressão dos anseios profundos de seus habitantes pelo efetivo reconhecimento dos seus variados direitos humanos”. (tradução nossa)

Cf. UN-Habitat, **State of the World’s cities 2010/2011: bridging the urban divide**, Londres: Earthscan, 2008, p. 17, disponível em www.unhabitat.org/pmss/listitemdetails.aspx?publicationID=2917 (consultado em 26.11.2013).

¹⁷⁸ Cf. **Droit de la...**, p. 273 e ss.

¹⁷⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 274-276.

¹⁸⁰ JAN GEHLS, ao discorrer sobre a dimensão humana das cidades, aponta também a ideia de cidades sustentáveis (*sustainable cities*) como um objetivo. De acordo com o autor “O conceito de sustentabilidade tal qual aplicado às cidades é amplo, sendo que o consumo de energia e as emissões dos prédios são apenas algumas das preocupações. Outros setores chave são o gerenciamento da produção industrial, do fornecimento de energia e água, do lixo e dos transportes. O transporte é um item particularmente importante na questão ambiental porque é responsável por grande consumo de energia e por enorme poluição e emissões de gás carbônico. Nos EUA, o transporte gera nada menos que 28% das emissões de gás carbônico.

Dar maior prioridade ao tráfego de pedestres e de bicicletas mudaria o perfil do setor de transporte e seria um elemento significativo para as cidades sustentáveis de uma maneira geral”. **Cities for...**, p. 105. (tradução nossa)

¹⁸¹ Como observa ANA CAROLINA PAPACOSTA CONTE:

“O patrimônio cultural, além do seu significado como elemento do processo de constituição da memória coletiva de uma sociedade, e como expressão das diversidades, que identificam uma cultura específica, tem

Todos os grandes grupos identificados acima ensejam, por si só, uma incalculável quantidade de debates e questões. A temática da habitação, por exemplo, suscita questões como: habitação de interesse social; direito à moradia e os instrumentos para sua implementação; problemáticas ligadas às remoções; o provimento de habitações para diferentes classes sociais numa mesma localidade (*mixité sociale*); regularização fundiária; gentrificação e a lista continua *ad infinitum*.¹⁸³

O mesmo se dá no tocante à mobilidade, que enseja debates ligados, por exemplo: à contraposição cidade compacta (*compact city*) vs. cidade esparsa (*sprawling*); planejamento do sistema de transportes, com a avaliação dos diversos modais (trilhos, superfície, ciclável, etc) e as consequências em termos ambientais, orçamentários e estéticos; planejamento da circulação (trânsito); priorização do transporte coletivo ou individual; racionalização de linhas de transporte; acessibilidade, etc.

Veja-se, ainda, que os grupos apontados (habitação, mobilidade, segurança, serviços públicos básicos e outros) são altamente inter-relacionados, de modo que é preciso haver uma coordenação na formulação da política urbana como um todo. A política de mobilidade, por exemplo, está intrinsecamente ligada ao planejamento urbano que, ao definir as condições de uso e ocupação do solo, “*condiciona as necessidades de deslocamento cotidianos de pessoas e mercadorias entre origens e destinos.*”¹⁸⁴ Daí que, ao se defender uma cidade compacta, por exemplo, com uma alta densificação e poucos vazios urbanos, está-se, ao mesmo tempo, interferindo na mobilidade, que tende a se tornar mais fluida, com deslocamentos mais curtos e menor necessidade de recurso ao automóvel,

um papel importante na estruturação do urbano, que é o de qualificar o espaço público. Por esse motivo, é imprescindível que a proteção do patrimônio cultural esteja disciplinada pelo Plano Diretor dos Municípios.” **A proteção do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental: o centro da cidade de São Paulo e sua tutela jurídica**, Dissertação apresentada para obtenção de título de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2002, p. 140.

¹⁸² JAN GEHLS sustenta, em brevíssima síntese, que as ideologias dominantes de planejamento das últimas décadas relegaram o aspecto humano das cidades a uma posição de inferioridade. Assim, de acordo com o autor, é preciso resgatar essa dimensão humana, criando cidades que estejam literalmente ao alcance do olhar humano (*city at eye level*), com espaços públicos convidativos para pedestres, ciclistas, que sejam locais próprios para permanências (*staying*), encontros (*meetings*), lazer e prática de exercícios (*play and exercise*) etc. Cf. **Cities for...**, p. 118 e ss.

¹⁸³ Para uma análise bastante aprofundada do tema da habitação, recomenda-se a leitura de NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia, **Regularização fundiária...**

¹⁸⁴ BICALHO, Marcos Pimentel. **Política de Mobilidade Urbana**, monografia apresentada na disciplina “Políticas urbanas no Brasil e na América Latina” na Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP (FAUUSP) em 2006, p. 8.

por exemplo.¹⁸⁵ A discussão sobre mobilidade também está altamente relacionada com a questão ambiental, por exemplo, uma vez que o modelo rodoviarista consome enormes estoques de terra, além das emissões de poluentes dos veículos automotores. É de se notar, por exemplo, que o art. L 121-1, 2º do Código de Urbanismo francês destaca a necessidade de os planos urbanísticos preverem, dentre outras matérias, *a melhora das performances energéticas, a diminuição das obrigações de deslocamentos e o desenvolvimento de transportes coletivos*, o que também indica a plena integração e conexão das matérias.

A segunda grande linha apontada por JEAN-BERNARD AUBY para tratar do tema do direito à cidade diz respeito à questão da segregação, como acima indicado. O tema é especialmente relevante num país como o Brasil, historicamente marcado pela desigualdade e segregação. A cidade, como produto social, reflete essa desigualdade, criando uma apartação entre ricos e pobres¹⁸⁶, estes últimos confinados em periferias desprovidas de habitação adequada, infraestrutura básica e assim por diante.

De acordo com JEAN-BERNARD AUBY, a segregação social limitadora da efetivação do direito à cidade pode ser combatida através de 2 tipos de mecanismos: (i) aqueles que impeçam a discriminação em políticas urbanas, como por exemplo a jurisprudência norte-

¹⁸⁵ Sobre a formação dos subúrbios norte-americanos, pouquíssimo adensados e providos de uma vasta infraestrutura viária, cf. DUANY, Andres ; PLATER-ZYBERK; SPECK, Jeff. **Suburban Nation: the rise of sprawl and the decline of the american dream**, 10ª edição, Nova Iorque: North Point Press, 2010.

“Diferentemente do modelo tradicional de vizinhança, que evoluiu organicamente como resposta às necessidades humanas, o esparsamento suburbano é um sistema artificialmente idealizado. Ele não é desprovido de certa beleza: ele é racional, consistente e abrangente. Sua performance é altamente previsível. Ele é um subproduto da resolução moderna de problemas: um sistema para se viver. Infelizmente, esse sistema já está se mostrando insustentável; ele é essencialmente autodestrutivo. Até mesmo nas hipóteses de relativamente baixa densidade populacional, o esparsamento tende a não se pagar financeiramente e a consumir terra em níveis alarmantes, ao mesmo tempo em que produz insuperáveis problemas de tráfego, exacerba a desigualdade social e o isolamento. Essas consequências em especial não eram previstas.”, p. 4. (tradução nossa)

Para mais críticas a esse modelo e o seu contraponto, cf. JACOBS, Jane, **The death and...e GEHLS, Jan, Cities for...**

Para uma análise da relação das metrópoles brasileiras com a figura do automóvel, cf. MARICATO, Hermínia, **O automóvel e a cidade In: O impasse...**, p. 171-183.

¹⁸⁶ JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES nos ensina que o surgimento das cidades cria a diferenciação *ricos vs. pobres*, que inexistia no sistema tribal:

“As cidades criam progressivamente algumas novidades importantíssimas. Do ponto de vista do direito é preciso destacar duas: (1) nas cidades dissolvem-se natural e progressivamente os laços de sangue, de família, de tribo e de clã; (2) nas cidades estabelece-se a diferença entre ricos e pobres.

(...)

A segunda grande inovação, dissemos, foi a separação entre ricos e pobres. Na vida tribal, no ritmo natural do pastoreio da coleta, da aldeia simplesmente, a partilha na penúria ou abundância parece ser a característica principal. Mas na cidade, num espaço delimitado e fechado, a partilha torna-se um problema novo e a solução de tal problema vem definida na instituição da propriedade (Mumford, 1989, p. 123)”. **O Direito à moradia e o direito à vida na cidade, In: Direitos sociais: teoria e prática**, São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 59-60.

americana que censura as hipóteses de *exclusionary zoning*, i.e., regras de utilização do solo que são editadas ou utilizadas com o propósito de excluir certas categorias sociais de uma dada área; (ii) mecanismos que, ao contrário, promovam uma integração, como políticas que incentivam a chamada *mixité sociale* ou *inclusionary zoning* norte-americana¹⁸⁷, por exemplo. Veja-se que nesse segundo grupo pode-se usar o instrumento do zoneamento, típico do urbanismo modernista. O zoneamento, ao invés de criar segregações de todo tipo (isolamento de usos, etc.), pode ser usado com o fim de incrementar as diversidades de usos, de faixas de renda, garantindo assim uma ampla heterogeneidade.¹⁸⁸

Na França, conforme aponta o autor, desde a lei para orientação das cidades, de 1991, a *mixité sociale* se tornou um objetivo recorrente de diversas leis de cunho urbanístico. Isso pode ser percebido, por exemplo, no art. 121-1 do Código de Urbanismo, que aponta, dentre os objetivos a serem perseguidos pelos diversos documentos urbanísticos, a *mixité sociale* para fins de habitação. Variados dispositivos legais também obrigam a que espaços públicos e privados sejam acessíveis a pessoas com algum tipo de deficiência, por exemplo.¹⁸⁹

No Brasil, em especial, a análise do direito à cidade sob o ângulo da atenuação da segregação social constitui um imperativo, uma vez que boa parte da população brasileira vive à margem das leis e institutos urbanísticos, numa espécie de cidade paralela e informal. Para essa parcela significativa da população¹⁹⁰, as prestações estatais básicas não existem. Ou seja: não há mobilidade, moradia, espaços públicos adequados, asfaltamento,

¹⁸⁷ “Iniciada em 1971 pela Fairfax County, Virginia, em 1980 a ‘inclusionary zoning’ estava se espalhando rapidamente pela California e, em menor medida, pelos outros estados. Em essência, uma ordenação inclusiva requer que o construtor de novas unidades residenciais separe uma fração de unidades para ocupação a preços reduzidos pelas classes com renda moderada e, com menor frequência, para famílias de baixa renda. Defensores de tais programas os descrevem como ‘inclusivos’ para contrastá-los com as políticas ‘excludentes’ (como o zoneamento de largos lotes) que muitos subúrbios adotam com o fim de impedir o desenvolvimento de moradias de classe baixa”. ELLICKSON, Robert, **The irony of inclusionary zoning**, In: 54, S.Cal.L.Rev 1167, 1981, p. 1169, HeinOnline. (tradução nossa)

¹⁸⁸ “O zoneamento pode contribuir para expandir o mercado habitacional e baratear o custo da moradia. Pode definir áreas de usos mistos ou de moradias de diferentes faixas de rendas. Ele pode contribuir ainda para determinar a finalidade do uso para a moradia social em áreas específicas, embora a marca dos grandes conjuntos residenciais populares, segregado e homogêneo, deva ser evitada, como já foi mencionado.” MARICATO, Hermínia, “Planejamento para a crise urbana no Brasil” In: **Brasil....**, p. 115.

¹⁸⁹ Cf. **Droit de la...** p. 278. Sobre a implementação da *mixité sociale* através dos planos locais de urbanismo (*plans locaux d’urbanisme*, o equivalente ao plano diretor do ordenamento nacional), cf. o artigo de CAROLE CHEVILLEY-HIVER, **La mixité sociale dans le plans locaux d’urbanisme**, In: *Actualite Juridique Droit Administratif* (“AJDA”), nº 4, fevereiro de 2012, Paris: Dalloz, 2012, p. 207-214.

¹⁹⁰ Conforme ERMÍNIA MARICATO, o mercado residencial formal abarca menos da metade da população das metrópoles brasileiras. Cf. “O automóvel e ...”, p. 179.

saneamento etc. Há o “não-direito”, ou seja, um vácuo jurídico e estatal¹⁹¹, que passa a ser preenchido através de ocupações, regras próprias, milícias como no caso das comunidades comandadas pelo tráfico etc.

Os municípios brasileiros ignoraram durante anos a favelização, ocupação irregular de áreas ambientalmente sensíveis, os loteamentos clandestinos e ilegais. E continuam em grande medida a fazê-lo, contudo é possível notar alguma preocupação recente com essas áreas, que antes eram como que invisíveis. Hoje já se percebe a preocupação de alguns setores públicos em fornecer um mínimo de prestações públicas e até de tornar essas áreas mais seguras, como é o caso das pacificações de favelas no Rio de Janeiro (embora haja discussões candentes sobre a efetiva pacificação das comunidades e outros aspectos a ela relacionados). Contudo, é evidente que resta muito por fazer para se garantir o efetivo direito às cidades.

Desse modo, é possível concluir pela existência de uma plêiade de interesses coletivos legítimos que devem ser ponderados e, na medida do possível, implementados pelo Direito Urbanístico. Dado o tamanho do desafio, e em consequência de todas as razões já debatidas acima, é fundamental que os privados sejam chamados a cooperar nesse intento. A tarefa, como se vê, é árdua, mas o seu negligenciamento - reproduzidor de mazelas conhecidas de todos – não pode mais ser admitido.

Nos próximos capítulos, a questão dos direitos coletivos urbanos será constantemente retomada através de discussões relacionadas aos instrumentos de gestão urbana participativa, e de outras formas de associação entre agentes públicos e privados com vistas à melhora do ambiente urbano.

1.3.3.3. Os Interesses dos promotores imobiliários

Conforme já analisado em tópico anterior, os promotores imobiliários ou *city builders*, para alguns, consistem naquela parcela de empresários individuais ou sociedades empresárias que se dedicam à construção, incorporação ou comercialização de unidades, sejam elas residenciais ou não. Assim, como é óbvio, os interesses desse grupo são

¹⁹¹ “As comunidades de Brasília Teimosa, Alagados, Maré, Rocinha, Lixão, Pantanal, situadas em diferentes regiões metropolitanas, podem ser identificadas por um núcleo comum que representa uma ausência sobretudo jurídica. Nada de ‘cidade informal’ ou mundo ‘subnormal’, o que há é uma fração do território que constitui uma síntese urbana da desigualdade, verificável, como se disse, em um déficit de prestação de serviços públicos e de cidadania, ou seja, o que não existe, ou existe a menos, na favela, é o direito.” WERNECK, Augusto, **Função social...**, p. 145.

distintos do grupo precedente. E isso por uma razão deveras simples, a nosso ver: para esses agentes, o espaço urbano é avaliado em termos de valores de troca (*exchange values*) e não de valores de uso (*use values*). Nessa toada, questões como a afeição a um bairro, vínculos sociais, preservação de memórias não se revelam importantes para esses agentes, a menos que agreguem valor ao imóvel, o que geralmente apenas ocorre no tocante à preservação de um patrimônio histórico, cultural ou artístico de grande porte. E nem sempre, contudo. Daí porque ERMÍNIA MARICATO fala em *patrimônio banal* para as demais hipóteses.¹⁹²

Em outras palavras, os promotores imobiliários, assim como qualquer outro agente atuante no mercado, visa à obtenção de lucro. E isso, como já observamos, não deve ser demonizado de forma alguma. Em primeiro lugar porque o setor de construção civil é responsável pelo oferecimento de vagas de emprego a um contingente enorme de pessoas. Em segundo porque os promotores imobiliários atendem a uma demanda de provimento de espaços habitáveis que deve ser suprida pelo mercado, uma vez que o Estado não é capaz de provê-la sem o concurso de atores privados. Em terceiro porque o mercado também é capaz de gerar externalidades positivas, com a valorização de áreas do entorno, por exemplo. Outros motivos ainda poderiam ser trazidos, contudo, importa consignar que não se trabalha, neste estudo, com a ideia de que o mercado é gerador de todas as mazelas verificáveis no espaço urbano.

Feita essa observação, deve-se apontar que as chamadas *falhas de mercado* e *falhas de governo* são especialmente prejudiciais para o ambiente urbano, como já indicado em momento anterior neste trabalho. Assim, pode-se, exemplificativamente, perceber que os chamados *bens coletivos* são dificilmente providos pelo mercado, justamente porque sua fruição é aberta ao conjunto de indivíduos, sem que todos participem de seu financiamento¹⁹³. Desse modo, dificilmente os agentes imobiliários serão impulsionados, por exemplo, a oferecer áreas verdes que possam ser usufruídas por qualquer cidadão indistintamente. Uma tal tarefa deverá, no mais das vezes, caber ao Estado.

Mas não é só isso. Os agentes desse setor muitas vezes são geradores de externalidades negativas, como a desvalorização de uma região, diminuição dos níveis de

¹⁹² “o [conceito] de *patrimônio banal* é uma tradução literal do conceito constante da legislação francesa relacionada à reabilitação de áreas centrais degradadas. Foi citado por Jean-Yves Coulon em conferência na Pós-graduação da Fauusp em 2000”. MARICATO, Hermínia. **Reabilitação...**, p. 1.

¹⁹³ Cf. PINTO, Victor Carvalho, **Direito Urbanístico...**, p. 49-50.

insolação em razão da altura dos edifícios, diminuição de áreas verdes¹⁹⁴, sobrecarregamento da infraestrutura com impactos no trânsito, rede elétrica etc.

Daí porque se faz necessário algum tipo de regulação e controle do setor. Caberá ao Estado, desse modo, intervir para minimizar as ditas falhas de mercado, bem como atuar diretamente, provendo, por exemplo, bens e serviços pelos quais o mercado se desinteressa. Note-se, contudo, que neste caso teremos os riscos decorrentes das *falhas de governo*, como pontuado brevemente acima. Sobre o tema, disserta VICTOR CARVALHO PINTO:

“Apesar de provocar ineficiências no mercado, a intervenção estatal beneficia segmentos específicos da sociedade. Por esse motivos, cria-se um ‘mercado de regulações’, em que há uma demanda por parte de grupos econômicos e uma oferta por parte de políticos e burocratas.

Os benefícios econômicos dos grupos favorecidos pelo Estado não decorrem de uma atividade produtiva, mas de mudanças institucionais que alteram o valor relativo dos bens e das atividades por eles controlados. Na medida em que a presença do Estado se amplia, torna-se também maior o esforço dos grupos para influenciá-lo. Com isso, desviam-se recursos econômicos que poderiam ser empregados produtivamente para atividades que visam a influenciar o Estado. Essas atividades de lobby são denominadas na literatura econômica de rente seeking (caçadoras de renda).”¹⁹⁵

Os *citybuilders* comumente atuam da forma acima indicada, uma vez que mudanças em padrões urbanísticos e no zoneamento têm um potencial grande na maximização de seus lucros, seja, por exemplo, através da alteração do coeficiente máximo de aproveitamento, permitindo assim a construção de mais andares, seja através da mudança do padrão de uso numa dada área, permitindo unidades comerciais numa região anteriormente residencial e assim por diante.

¹⁹⁴ Nesse sentido, por exemplo, confira-se a discussão sobre o chamado Parque Augusta. Em síntese, desde 1976, discute-se a destinação a ser conferida a um terreno de 24 mil metros quadrados na Consolação, área central do Município de São Paulo. Naquele ano, inclusive, foi promulgado o primeiro decreto que declarava o terreno de utilidade pública. A desapropriação, contudo, jamais foi realizada.

Persiste, todavia, uma grande mobilização pela criação de um parque no local, já que ali existem mais de 600 árvores representativas de Mata Atlântica, a maioria delas nativas. O terreno, porém, pertence a incorporadores, que pretendem utilizá-lo num empreendimento imobiliário, deixando apenas parte livre para aproveitamento como parque.

No final de 2013, o Prefeito de São Paulo promulgou a Lei nº. 15.941, que autoriza a criação do parque. Questiona-se, ainda, se a Prefeitura logrará destinar recursos para efetuar a desapropriação.

Cf. Nota intitulada **A novela do pq. Augusta**, veiculada pela *Folha de São Paulo* em 10.01.14.

¹⁹⁵ **Direito Urbanístico....**, p. 56 e 57.

O interessante é notar que os interesses desses grupos muitas vezes não convergem com os interesses da maior parte dos habitantes das cidades, o que gera situações bastante inconvenientes, mas comuns, já que os interesses difusos e coletivos dos cidadãos não são tão organizados e institucionalizados quantos os interesses dos promotores imobiliários.¹⁹⁶ A especulação imobiliária, com efeitos indesejados no sistema de preço dos imóveis urbanos, é um efeito em geral indesejado pela população, embora possa favorecer proprietários individuais que muitas vezes também concorrem para ela. Outro efeito, desejado por uns e rechaçado por outros, é a chamada gentrificação, muito comum nos projetos de renovação urbanística¹⁹⁷.

Em síntese, é possível concluir que os interesses dos promotores imobiliários são ligados, primordialmente, à maximização dos seus lucros, com o maior retorno possível do capital investido, o que, por si só, não conflita com os demais interesses presentes nas cidades, mas pode demandar atuação mais incisiva do Estado com vistas ao afastamento de externalidades negativas.

1.3.3.4. Os Interesses dos proprietários

Pode-se afirmar, sem qualquer receio, que os proprietários possuem interesses que se alternam entre aqueles de cunho individualista e os de caráter mais propriamente coletivo. Desse modo, não há dúvidas de que os proprietários são também portadores, por exemplo, dos interesses coletivos já enumerados. Por outro lado, verifica-se, frequentemente, um interesse que mais se assemelha aos dos promotores imobiliários. Há, sem dúvida, proprietários que se favorecem da especulação imobiliária, deixando terrenos vazios à espera de uma futura valorização decorrente de intervenções estatais, mudanças de índices etc.

De forma mais sistemática, podemos dizer que os interesses dos proprietários se estruturam em: (i) interesses ligados ao aproveitamento individualístico da propriedade (mas veja-se: já matizado pela ideia de função social) e traduzíveis naquela tríade *usar, gozar e dispor*; (ii) interesses vinculados à valorização do imóvel, que podem se transformar em interesses meramente especulativos, a depender da situação concreta; (iii) interesses coletivos, vinculados mais especificamente à melhoria de todo o entorno, num contexto de direito à cidade e não de valorização individual de um imóvel específico.

¹⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 59-60.

¹⁹⁷ Com esse entendimento, cf. MARICATO, Hermínia. **Reabilitação...**, p. 125-126.

O primeiro grupo de interesses remonta a uma concepção individualista de propriedade, que nos foi legada do direito romano, sendo secundada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Por essa concepção, o direito de propriedade era absoluto, encontrando apenas limites nos outros direitos e nas disposições legais contrárias.¹⁹⁸ Não havia qualquer preocupação com as externalidades geradas pela propriedade ou ainda com sua relação com a comunidade

Contemporaneamente, contudo, o direito de propriedade passou a ser focado também sob outro ângulo, qual seja, o de sua função social, numa verdadeira funcionalização desse direito. Desse modo, concepções meramente individualistas da propriedade devem ser descartadas, já que ultrapassadas. Como bem ressalta AUGUSTO WERNECK, reportando-se à doutrina italiana intérprete do Código Civil de 1966, o instituto do direito de propriedade consolida-se de outra forma, sendo que a função social passa a ser percebida como uma inerência e não mais como uma mera limitação negativa ou circunstancial.¹⁹⁹

O Direito Urbanístico brasileiro trata do tema da função social da propriedade ao dispor, no art. 182, § 2º da Constituição Federal, que a propriedade urbana cumpre sua função quando atende às exigências de ordenação da cidade dispostas no plano diretor. Desse modo, é preciso entender que a propriedade urbana insere-se num contexto maior, o contexto da *urbes*, i.e., o proprietário urbano deve cumprir e se ajustar a uma série de exigências dispostas naquele documento, bem como em outros que tratem do uso e ocupação do solo.

Contudo, não se pode ignorar que o direito de propriedade continua a conferir um leque mínimo de garantias ao seu titular. Conforme entendimento que já consignamos, “alinhamos-nos à doutrina do conteúdo mínimo, segundo a qual, o esvaziamento de um conteúdo básico configurador da propriedade – i.e., o despojamento do conteúdo mínimo do usar gozar e dispor – constitui sacrifício de direito”.²⁰⁰ Em nosso entendimento, por

¹⁹⁸ A definição de JOSÉ CRETILLA JUNIOR corporifica essa visão extremamente individualista, senão vejamos: “a expressão direito de propriedade designa noção diversa da indicada pelo vocábulo propriedade. Considerada como direito, propriedade é a faculdade ou poder de dispor da res, como substância, e de tudo aquilo que ela possa proporcionar a seu titular. Exceto disposição legal em contrário, ou direito de terceiros, o proprietário pode conduzir-se, em relação à coisa, como bem entender, assim como pode impedir que terceiros façam de sua propriedade qualquer uso, por mínimo que seja.” **Elementos de Direito Constitucional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 245.

¹⁹⁹ **Função social...**, p. 142.

²⁰⁰ Cf. **Novos contornos da licença...**, no prelo.

exemplo, o direito de construir até o limite do coeficiente mínimo de aproveitamento é ínsito a qualquer proprietário, não sendo um direito destacável e autônomo, como defende VICTOR CARVALHO PINTO e outros autores.²⁰¹ Não é demais lembrar que o nosso ordenamento comunga dessa ideia quando, por exemplo, permite que o proprietário de imóvel tombado tolhido do direito de construir o máximo de pavimentos permitido na localidade onde situado, possa alienar o potencial construtivo não utilizado (art. 35, Estatuto da Cidade). A mesma ideia se verifica, por exemplo, em julgados da Corte Suprema norte-americana que tratam das *regulatory takings*, consignando que a ultrapassagem, pelo Poder Público, de um certo limite de imposições, de modo a privar o proprietário de todo uso econômico do seu bem, configura expropriação, ensejando a indenização do proprietário.²⁰²

Já a vertente de interesses ligada à valorização imobiliária também encontra limites, embora de difícil implementação e verificação²⁰³. Como já consignado no tocante aos promotores imobiliários, o ordenamento não condena a obtenção de lucro, o que, aliás, é um pressuposto da ordem capitalista. Desse modo, as leis não coíbem que um proprietário queira se beneficiar de valorização de seu imóvel em decorrência, por exemplo, de uma operação urbana na região em que se localiza, para depois revendê-lo e adquirir um imóvel com maior metragem. Ou ainda que uma pessoa compre um imóvel na planta, na expectativa de que o mesmo se valorizará em momento posterior, seja em decorrência de

²⁰¹ O autor defende a ideia de que o direito de construir é autônomo e apenas se integra à propriedade com o processo de urbanização, que transforma a gleba em lote. O direito de construir seria, ainda, cada vez mais caracterizado como uma contrapartida do Estado em face de um aporte, seja financeiro ou de outra natureza, feito pelo proprietário. Assim “*em todos estes institutos [transferência do direito de construir, outorga onerosa do direito de construir, loteamento, dentre outros] verifica-se a existência de um negócio jurídico, no qual, em troca do cumprimento de um ônus urbanístico, o proprietário adquire um direito de construir novo, que se incorpora ao seu terreno. Estes mecanismos só fazem sentido se aceito o princípio da patrimonialização do direito de construir*”. **Direito Urbanístico...**, p. 289-290.

No Direito francês, conforme apontam HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET, o direito de construir permanece como atributo do direito de propriedade, embora já tenha havido discussões sobre ser tal direito conferido pelas normas urbanísticas. Cf. **Droit de...**, p. 7.

²⁰² Sobre o tema, cf. AUBY, JEAN-BERNARD, **Droit...**, p. 110 e 111, bem como o julgado da Corte Suprema norte americana *Pennsylvania Coal v. Mahon*, de 1922. Sobre a distinção sacrifícios de direito vs. condicionamentos, veja-se SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo...**, p. 89 e ss.

²⁰³ Em 1977, ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA já discorriam sobre a dificuldade em se coibir a especulação imobiliária, *in verbis*: “*Como se tornou notório, o especulador adquire terrenos no exclusivo propósito de esperar sua valorização vegetativa para revendê-los com lucro usurário. Atento as circunstâncias de que a valorização é fruto, as mais das vezes, de obras públicas de urbanização e que a recusa de revenda antes de atingir valor bem alto aumenta a procura, não se compreende como o Estado, que tanta preocupação tem demonstrado em reprimir, noutros setores de comércio jurídico, abusos que atentam contra a economia popular, se desinteresse em acabar com esse gênero de exploração. As tentativas de coibi-lo pela tributação progressiva, ou pelo imposto sobre o chamado lucro imobiliário ou o tratamento fiscal discriminatório em relação aos terrenos que não são edificadas em certo prazo, têm falhado, reclamando-se em consequência, medidas drásticas, como a desapropriação pelo valor histórico ou a perda pelo não-uso que seriam, entretanto, chocantes*.” **Direito Econômico**, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 247.

obras no bairro ou mesmo pelo simples fato de que a unidade possui maior valor depois de já construída, e, ato contínuo, o revenda sem jamais ter ali habitado.

É preciso notar, contudo, que a Constituição Federal, em seu art. 182, § 4º, com regulamentação nos arts. 5º e seguintes do Estatuto da Cidade, passou a condenar o chamado *não uso* da propriedade, antes tido como uma faculdade do proprietário. Desse modo, se esse *não uso* se revelar incompatível com a função social da propriedade, conforme estabelecida no plano diretor (art. 182, § 2º Constituição Federal), poderá ser sancionado através do parcelamento, edificação e utilização compulsórios, ou ainda, caso tais medidas não se revelem satisfatórias, através do imposto sobre propriedade territorial urbana (“IPTU”) progressivo ou desapropriação, nesta ordem. Ou seja, a conformação da propriedade urbana à função social é a tal ponto relevante que se concebe que as leis urbanísticas, cumpridos os requisitos constitucionais, imponham uma obrigação de fazer ao proprietário ocioso.²⁰⁴

Conforme esclarece VERA MONTEIRO, a imposição de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, bem como as posturas subsequentes em caso de descumprimento (i.e. imposto progressivo e desapropriação) não são automáticas, uma vez que se exige a edição, pelo Município desejoso de adotar tais posturas, ao menos duas leis: o plano diretor e lei específica, nos termos do art. 5º do Estatuto da Cidade. Continua a administrativista no tocante ao plano diretor:

“É papel do plano diretor planejar a ocupação da cidade. Como lei fundamental para a composição dos diversos aspectos envolvidos na expectativa de uma vida urbana saudável, o plano diretor é o responsável por fixar o perfil da cidade. Deve indicar as áreas em que, no caso de ser dada destinação diversa daquela querida por ele, todo o conjunto estará comprometido. Isto é, cabe ao plano diretor indicar as áreas em que o não cumprimento dos objetivos por ele previstos compromete todo o planejamento

²⁰⁴ Conforme RICARDO PERERIRA LIRA, “Em áreas previamente definidas em lei municipal, baseada em plano de uso do solo, o não-uso pode deixar de ser uma faculdade desse dominus. Nas condições definidas no projeto de lei, o proprietário pode ser notificado para utilização de seu imóvel (inclusive parcelamento ou edificação) nos termos do plano, fundando em lei, sob pena de poder ocorrer a desapropriação do terreno do Município, com a possibilidade de aliená-lo a terceiro, que se comprometerá a utilizar o solo na conformidade do plano. Trata-se da possibilidade da criação da propriedade urbanística acompanhada de uma obrigação propter rem, consistente na obrigação de fazer (parcelar, edificar ou utilizar) sobre o solo, nos termos da lei municipal, baseada em plano de uso do solo.” **Elementos de Direito Urbanístico**, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 167.

urbano por ele realizado, justificando, portanto, a sanção na hipótese de descumprimento.”²⁰⁵

Desse modo, deve o plano diretor especificar, por exemplo, as áreas que pretende mais adensadas, sancionando a conduta dos proprietários que não utilizarem ou subutilizarem os terrenos. Para além do plano diretor, exige-se também lei municipal que especifique as áreas sujeitas a tais procedimentos, detalhando ainda o iter procedimental, respeitados os parâmetros mínimos e máximos indicados pelo plano diretor.²⁰⁶

Vê-se, dessa forma, um nítido intento de compatibilização do clássico direito de propriedade com o imperativo da função social. Nessa tentativa de compatibilizar ambos interesses, é preciso ter cautela, para não favorecer nem tanto um lado da balança, nem tanto o outro. Se a manutenção de um terreno ocioso num dado lugar é indesejável, também o é que o Poder Municipal aja de forma intempestiva e imprevisível, ou ainda que imponha obrigações descabidas para o proprietário. Tanto quanto o proprietário possa atender a um interesse coletivo, melhor. Contudo, não se deve perder de vista também a vertente individualista do direito de propriedade, que permanece só que conjugada com sua vertente social. Ou seja, não é possível impor a um proprietário um ônus que o prive por completo de suas satisfações pessoais, sob pena de configuração de sacrifício de direito.²⁰⁷

O terceiro grupo de interesses diz com a melhoria do entorno, inserindo-se num contexto de direito à cidade, já analisado. Não traçaremos muitas linhas sobre o tema, eis que ideia já foi trabalhada acima. Em síntese, é possível consignar que a propriedade urbana insere-se no contexto maior da *urbes* e que, logo, as melhorias efetivadas nesse

²⁰⁵ MONTEIRO, Vera. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios**, In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/2001**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 92. Sobre o tema, cf. ainda ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Dos instrumentos da política urbana**. In MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.). **Estatuto da Cidade: lei 10.257, de 10.07.2001, comentários**, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41-119.

²⁰⁶ Esclarece uma vez mais VERA MONTEIRO: “*E qual o papel desta ‘lei municipal específica para área incluída no plano diretor’, que é expressamente exigida pelo art. 5º, caput, do Estatuto da Cidade? Ela serve para dizer: ‘as áreas compreendidas entre as ruas tais e quais devem atender a um coeficiente mínimo x de construção, sob pena de edificação compulsória’, ou ‘as áreas compreendidas entre as ruas tais e quais devem ser utilizadas exclusivamente para moradia’ (ou para indústria ou recreação, por exemplo). Ou seja, lei municipal específica concretizará o uso da propriedade idealizado e com finalidade de uso definida no plano diretor.*” *Idem, ibidem*, p. 93.

²⁰⁷ Como muito bem aponta CARLOS ARI SUNDFELD, o proprietário não pode ser forçado a atuar no exclusivo interesse da sociedade, privando-se da satisfação de suas necessidades pessoais. Isso esbarraria em dois obstáculos: (i) um de isonomia, pelo qual não se pode impor todos os ônus para a satisfação de necessidades coletivas apenas sobre um ou alguns indivíduos, restando os demais desonerados; (ii) e um segundo consistente na ideia de que a função social não é pretexto para que o Poder Público se desonere de seus deveres. Cf. **Função social da propriedade**, In FIGUEIREDO, Lúcia Valle; DALLARI, Adilson Abreu (coord.) **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 19.

contexto mais amplo são refletidas na propriedade individual. Esse reflexo não é apenas mensurável em termos de valorização do imóvel individual, mas, sobretudo, em termos de melhoria de qualidade de vida. Desse modo, é interesse de um proprietário ter acesso a um parque na proximidade de sua casa, bem como a uma estação de metrô e assim por diante. A cidade, como organismo agregador ou como ímã²⁰⁸, só faz sentido se as partes nas quais ela se decompõem se inter-relacionarem, gerando economias de aglomeração. A autossuficiência não faz sentido na cidade. Daí porque é impossível pensar o proprietário sem lembrar que ele é também um cidadão, um habitante da *urbes*, que depende dos serviços de rede oferecidos pelo Poder Público municipal, que trafega pelas vias públicas com seu veículo automotor, a pé, ou de bicicleta, ou ainda que deseja ter acesso a equipamentos culturais. Infelizmente, estes aspectos são crescentemente ignorados em cidades marcadas pela segregação, onde os condomínios fechados (*gated communities*) se pretendem provedores de praticamente tudo, sem que o morador necessite sair pela cidade para comprar provimentos, se exercitar e assim por diante²⁰⁹.

Ademais, uma nota se faz necessária: a alusão aqui a *proprietários* não necessariamente exclui aqueles que detenham outro tipo de título em relação a um lote. Assim, considerando-se a realidade brasileira, em que parte considerável da população habita em situação de precariedade, seja em favelas, loteamentos irregulares, ilegais ou outros, soaria um tanto surreal se falar em interesses dos *proprietários*, na acepção técnico-jurídica do termo, já que muitos desse cidadãos não são detentores de título de domínio²¹⁰. Como bem ressalta MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO ao tratar do tema da moradia e da regularização fundiária urbana de interesse social:

“na medida em que a segurança jurídica pode ser atingida por meio do exercício da posse, a propriedade não é elemento essencial para a concretização do direito à moradia pelo ocupante do lote. Por meio da regularização fundiária urbana de interesse

²⁰⁸ O termo é de ROLNIK, Raquel, **O que é cidade...**, p.13.

²⁰⁹ O mercado imobiliário capta muito bem essa realidade ao oferecer unidades residenciais em condomínios com “equipamentos” como *pet play* ou *pet care*, *fitness center*, espaço gourmet, *beauty center*, brinquedoteca, *play aventura*, *family space*, *garage band*, e assim por diante. Interessante é notar que os nomes dos ambientes, em geral, são veiculados em inglês, o que supostamente confere um ar de sofisticação ao empreendimento.

Ainda quanto à interação dos cidadãos com os ambientes urbanos, JAN GEHLS nota que, de maneira bastante curiosa, estudos demonstram que moradores de unidades residenciais mais altas tendem a sair menos de suas casas. **Cities for...**, p.68.

²¹⁰ A falta de referência inicial a estas hipóteses diversas da propriedade vincula-se à convicção pessoal de que em tais casos os interesses não necessariamente divergem e que, por isso, não devam, *ab initio*, ser tratados em rubricas distintas. A apartação entre os *interesses dos proprietários* e os *interesses dos detentores de outros títulos* revelaria, a nosso ver, uma visão segregadora e reducionista.

*social não se trata, portanto, de garantir que todos tenham a propriedade do bem em que exercem a moradia, mas sim do dever de garantir que todos possam exercer seu direito à moradia de maneira digna, segura e adequada do ponto de vista urbanístico.”*²¹¹

No tocante ao tema da regularização fundiária, por exemplo, uma série de instrumentos que não redundam na transferência de propriedade pode ser utilizada para conferir legitimidade a uma situação de fato, como é o caso da concessão de direito real de uso (“CDRU”), concessão de uso especial para fins de moradia, legitimação da posse e outros. Não é possível afirmar que os detentores de um lote a tal título não possuam também interesses coincidentes com aqueles de um detentor de um lote a título de propriedade. Contudo, algumas diferenças se verificam, uma vez que alguns destes instrumentos de regularização vêm acompanhados de encargos, como por exemplo, a CDRU, que deve ser concedida com a condição de que o bem seja destinado a uma das finalidades elencadas em lei, como a regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, cultivo de terra etc. (art. 7º, Decreto-lei nº. 271, de 1967). Assim, a concessão pode se resolver caso o concessionário dê destinação diversa ao imóvel, por exemplo. Um concessionário a tal título está, evidentemente, sujeito a encargos aos quais um proprietário pleno, em regra, não se encontra.

Desse modo, e para concluir este tópico, é possível constatar que os interesses de pessoas que detenham título diverso da propriedade sobre um determinado bem urbano são variáveis e devem ser verificados caso a caso. O proprietário pleno, na acepção técnico-jurídica do termo, detém, via de regra, todos os interesses acima elencados. Contudo, há uma evidente zona de intersecção em todos os casos. É, ainda, dever do jurista, a nosso ver, reconhecer essas situações e atribuir os direitos que lhe são correspondentes.

1.3.3.5. Harmonização dos diversos interesses

O Direito Urbanístico é, por natureza, um direito discriminatório²¹². Essa assertiva está calcada no fato de que há uma competição por espaços e usos na cidade²¹³. Com o fito

²¹¹ Cf. **Regularização fundiária urbana de interesse social no direito brasileiro**, dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.69.

Ainda conforme aponta a autora: “em projetos de regularização fundiária de interesse social, observa-se a prevalência da formalização da posse, por meio do reconhecimento de direitos reais, em detrimento da transferência da propriedade, principalmente quando diante de áreas públicas.” *Idem*, p.69.

²¹² JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit de...**, p. 15.

de “organizar essa competição”, o Estado se arroga na prerrogativa de estabelecer discrímens, apontando usos permitidos nesta ou naquela área, taxas desejáveis de ocupação, coeficientes de aproveitamento e assim por diante²¹⁴. E essas escolhas, como é evidente, não são desprovidas de consequências. A possibilidade de construir mais numa dada região, ou de destinar uma edificação para este ou aquele uso gera diferenciações em termos de valores de troca (*exchange values*). Desse modo, esta ou aquela propriedade passa a “valer” mais. E não apenas isso: as atuações do Estado na cidade, através de provimento de equipamentos públicos, por exemplo, também geram discriminações. Como determinar que um parque será elaborado neste ou naquele bairro, agregando, assim, valores de uso (*use values*) a uma dada região? A questão é muito bem captada por EROS GRAU ao apontar que, diferentemente do que ocorre com a propriedade rural, a propriedade urbana obtém seu valor não do que dela se retira, em termos de produção (o que se vincula diretamente a atributos intrínsecos da propriedade, como extensão, qualidade do solo, etc.), senão em razão de sua inserção na cidade, em termos de acessibilidade.²¹⁵

Em muitos países, há ainda um fator adicional, consistente na segregação da cidade em razão da renda. Não é nenhum absurdo afirmar que as classes com maior poder aquisitivo tendem a repelir as classes mais baixas, surgindo fenômenos de “guetificação” das cidades. Nesse contexto, o Poder Público tende a investir sempre nas mesmas áreas, i.e., aquelas onde habitam e trabalham as classes mais abastadas, o que gera um ciclo vicioso.²¹⁶

Em sentido semelhante, cf. SUNDFELD, Carlos Ari: “Com isso, o direito urbanístico fica claramente vinculado a uma visão totalizante de mundo, oposta ao individualismo que, ainda hoje, inspira o direito civil.”. Cf. **O Estatuto da Cidade e suas...**, p. 54.

²¹³ A disputa, no fundo, reflete o projeto de cidade que cada um quer ver implementado. Como bem observa Ermínia Maricato: “Há uma disputa básica, como um pano de fundo, entre aqueles que querem delas melhores condições de vida e aqueles que visam apenas extrair ganhos.” “É a questão urbana, estúpido!”, artigo publicado na **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 7, nº. 73, agosto de 2013.

²¹⁴ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO aponta ser a possibilidade de adoção de coeficientes básicos de aproveitamento diferenciados – conforme deflui do art. 28, § 2º do Estatuto da Cidade – contrária à intenção da Carta de Embu, que sustentava a criação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os terrenos urbanos. Assim, conclui o autor: “na própria gênese do instituto do solo criado estava a verificação de que o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento diferenciados numa mesma cidade cria situações de iniquidade, além de criar valorizações desiguais da propriedade urbana, contribuindo para desordenar a ocupação do solo.”. Cf. **Outorga onerosa do direito de construir**, In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio, **Estatuto...** p. 241.

²¹⁵ GRAU, EROS. **Direito Urbano**, São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 1983, p. 72.

²¹⁶ “A questão da segregação ganha sob este ponto de vista um conteúdo político, de conflito: a luta pelo espaço urbano. Para os membros da classe dominante, a proximidade do território popular representa um risco permanente de contaminação, de desordem. Por isso deve ser, no mínimo, evitada.” ROLNIK, Raquel, **O que é...**p. 56.

Portanto, é de inegável constatação o fato de que o equilíbrio entre os diversos interesses que se verificam no ambiente urbano é de difícil obtenção. E, com efeito, cada vez mais o Direito Urbanístico vem sendo chamado a arbitrar tais interesses, num alargamento da disciplina²¹⁷. Como visto, questões como habitação, desenvolvimento sustentável, mobilidade, interesses imobiliários, inclusão social e mais uma infinidade de outras estão na pauta do Direito Urbanístico, o que é facilmente constatável da leitura do Estatuto da Cidade. Em síntese, o Direito Urbanístico se pretende um regulador da cidade como um todo, o que naturalmente coloca a questão do arbitramento entre os diversos interesses subjacentes.

A solução da questão não pode ser obtida através de uma fórmula única, nos moldes de um modelo aritmético. Concordamos com CARLOS ARI SUNDFELD, para quem a ideia de sustentabilidade deve servir como balizadora na obtenção de um equilíbrio entre os demais interesses. Essa concepção tem sido amplamente adotada em outros ordenamentos, como o francês, como indica PRIEUR, ao tratar da crescente intersecção entre o Direito Urbanístico e o Direito Ambiental:

*“A multiplicidade de atores, a superposição de competências, a pressão da União Européia e internacional por uma gestão local ecologicamente racional, de acordo com os termos habitualmente referidos pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, conduzem a que se coloque em prática uma estratégia local de proteção integrada do meio ambiente urbano. O direito urbanístico se transforma em elemento de uma política global do meio ambiente urbano que, negando a autonomia das legislações, integra de uma só vez a gestão do solo, do meio ambiente, da habitação, dos transportes, do social e da segurança. O direito urbanístico não é mais apenas o direito relativo à ordenação do solo. Ele abrange o conjunto dos elementos da vida de uma cidade”.*²¹⁸

Sobre a questão, é interessante trazer à baila o exemplo da Cia. City, que chegou a ser detentora de 37% dos terrenos no Município de São Paulo, tendo sido a grande responsável pelos loteamentos dos bairros Jardins, no início do século XX, após a retificação das margens do rio Pinheiros pela Light & Power, o que possibilitou o aproveitamento de suas várzeas. A respeito, discorre MARIANA FIX:

“Além disso, a City conseguiu que o poder público municipal produzisse uma legislação urbanística especial, capaz de garantir a exclusividade residencial e os padrões urbanísticos originais destinados à alta renda. Essa legislação, mesmo não exigindo novos recursos públicos, foi capaz de produzir mais ganhos aos investidores. Os bairros-jardins, que atenderam sobretudo às classes de alta renda, obtiveram, assim, lucros fabulosos e captaram diversos investimentos públicos ‘em detrimento das áreas mais populosas e carentes da cidade, onde a necessidade de infra-estrutura era urgente”. Cf. **São Paulo...**, p.28-29.

²¹⁷ Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise, **Droit de...**, p. 19-20.

²¹⁸ **Urbanisme et environnement** In: AJDA, 1993, p. 80. Disponível em: http://bu.daloz.fr/Document?ctxt=0_YSRzMV9zMz1FVMKnySRzMl9zMz1FVMKnySRzMz1FVMKnyS

Por fim, agregaríamos ao vetor da sustentabilidade, o vetor humano, que, no limite, é o justificador da existência das cidades. Com isso queremos dizer, essencialmente, que na formulação de políticas públicas urbanísticas, os direitos fundamentais não devem jamais ser perdidos de vista e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, tão sacrificada no ambiente urbano²¹⁹. É preciso que o Urbanismo e o Direito Urbanístico se pautem pelo oferecimento de um patamar mínimo de direitos e isso, como é cristalino, passa pela tentativa real de superação das segregações urbanísticas. Como corretamente aponta JAN GEHLS:

*“comparado com outros investimentos sociais – especialmente custos de saúde pública e de infraestrutura para o automóvel –, o custo de inclusão da dimensão humana é tão modesto que investimentos nessa área são possíveis em qualquer parte do mundo independentemente do nível de desenvolvimento e capacidade financeira”.*²²⁰

RmaW5fczM9ZmluwqdsJHM2PWxlwqdsJGZpbj1maW7Cp2okczc9bGXCP2okZmluPWZpbsKndCRzb3VyY2U9Y2hrU29Eb2PCp2QkaXBBdXR0PVByaWV1csKnZCRyRGF0ZT1sZcKnZCRmaW49ZmluwqdsJGV0YXRTZWYyY2hDb2xsZWN0aW9ucz0yOzM7W29iamVjdCBPYmplY3RdO1tvYmplY3QgT2JqZWN0XTvCp2MkZGVidXQ9bm90U2VhcmNoUHJvZMKnYyRmaW49Zmlu&id=AJDACHRON19935080&product-id=AJDA&famille-id=REVUES&rank=0&pagenum=1&pagesize=10&istri=False&isabo=true&SearchDomain=&bresource=Liste&typeAction=hl (consultado em 24.04.2013). (tradução nossa)

²¹⁹ Cf. JOSÉ RENATO NALINI, “É na cidade que se protagoniza a maior tragédia do aniquilamento dos direitos humanos. A zona rural é palco de carnificinas em torno da ocupação da terra, mas o drama citadino é diuturno. Ocorre a conta-gotas, mas com precisão e constância.”. Cf. **Direitos que a cidade esqueceu**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 18-19.

²²⁰ **Cities for...**, p. 7.

CAPÍTULO II

PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO DAS POLÍTICAS URBANÍSTICAS

Conforme afirmado no capítulo precedente, o ambiente urbano é dos mais profícuos para a interação entre agentes públicos e privados. Essa interação é diuturna e por vezes ocorre de forma fragmentada, o que transmite, muitas vezes, uma percepção inversa, i.e., de que ela não existe, ou ainda, de que é diminuta e tem pouco alcance. Essa percepção, contudo, nos parece equivocada, muito embora se reconheça, como será apontado adiante, a fragilidade de alguns instrumentos de participação, o que, aliás, não é próprio apenas do ambiente urbanístico, mas, sim, se refere a um amadurecimento das instituições democráticas e administrativas, atualmente em curso.

Neste capítulo, conforme já afirmado na introdução a este trabalho, serão analisados os principais mecanismos de participação na concertação público-privada, com foco, sobretudo, na definição das políticas públicas de cunho urbanístico. O termo *participação privada* foi escolhido justamente em razão do escopo mais abrangente do estudo, consistente na sistematização de diversas situações em que os particulares – individualmente ou não – se prestam à implementação ou idealização de políticas de cunho urbanístico. Optou-se, assim, por manter o termo *privado*, que perpassa todo o trabalho. Portanto, não se trata aqui, em absoluto, de visualizar a *captura* do Poder Público pelos agentes privados, o que, aliás, revela postura de desconfiança *a priori* em relação aos últimos, postura essa que procuramos ver afastada, conforme já consignado no capítulo precedente.¹

Os mecanismos de participação são uma realidade à qual o Direito Administrativo não pode mais se furtar, e se inserem num contexto mais amplo de valorização da democracia direta². Se em fins do século XIX, reconhecia-se como democrático “o

¹ Ainda em relação à nomenclatura utilizada, é de se notar que poderíamos ter nos valido de termos como *participação popular*, como faz MARCOS AUGUSTO PEREZ para tratar, não especificamente em relação ao Direito Urbanístico, de diversos instrumentos aqui estudados, como consulta e audiência públicas, orçamento participativo etc; ou, então, poderíamos ter reproduzido o termo utilizado no Capítulo IV do Estatuto da Cidade, i.e., participação *democrática*. Os dois termos, a nosso ver, se encaixariam à situação analisada, mas ainda assim entendemos ser o termo *privado* mais aderente ao escopo geral do trabalho.

Cf. PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

² Esse cenário é bem visualizado, por exemplo, no tocante às normas editadas por agências reguladoras, de acordo com VITOR RHEIN SCHIRATO:

“A legitimação das normas reguladoras, entretanto, não advém da democracia representativa, tal como ocorre com as normas produzidas pelo Poder Legislativo, mas sim de uma democracia direta, que conta com a direta participação de todos os interessados. Isto, pois, de acordo com a legislação regente das agências

*governo que preserva as liberdades públicas, direitos fundamentais individuais (...); o governo que evita a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o `povo` exprimiria sua `vontade suprema` e delegaria aos seus mandatários o poder de governa-lo por determinado período”*³, a situação nos dias de hoje é completamente distinta, havendo cada vez mais um clamor pela chamada democracia substantiva.

Daí ser pertinente a observação de JACQUES CHEVALLIER⁴, no sentido de que a crise da democracia está cada vez mais presente, a despeito do triunfo do modelo liberal democrático, percebido como “*único regime político legítimo.*” Desse modo, se não é correto dizer que os atributos clássicos constitutivos do regime democrático apontados por MARCOS AUGUSTO PEREZ estão superados, tampouco revela-se correto afirmar que hodiernamente eles sejam suficientes. Há um clamor por algo que vá além deles.

A chamada crise da democracia apresenta duas principais dimensões na visão de JACQUES CHEVALLIER, a saber: (i) uma primeira consistente na *crise do liame político*; (ii) uma segunda relacionada, a seu turno, à *crise do vínculo cívico*.

A primeira engloba dois fenômenos identificados pelo jurista francês, consistentes, de um lado, na *crise da representação* e de outro na *crise de participação*. O primeiro está ligado, em apertada síntese, à falta de credibilidade que os cidadãos depositam em seus representantes políticos; já o segundo, decorrência do primeiro, vincula-se a uma apatia política dos cidadãos, cada vez mais desinteressados pelas questões políticas.⁵

A crise do vínculo cívico, por sua vez, está conectada com a falta de uma identidade cívica, i.e., de um substrato mínimo de valores e ideais de que a sociedade compartilhe.⁶ Esse fenômeno não pode ser dissociado, a nosso ver, do caráter cada vez

reguladoras no Brasil, os atos normativos das agências reguladoras somente poderão ser editados se precedidos de consultas ou audiências públicas, que assegurem a qualquer interessado o seu direito de se manifestar sobre a matéria regulanda, com fundamento nos artigos 32 e seguintes da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e em diversos dispositivos da legislação de criação de cada agência reguladora (art. 4º, § 3º, da Lei 9.427/96 e artigo 42 da Lei 9.472/97)”. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento, In: Interesse Público: Revista bimestral de Direito Público, Ano 6, nº. 30, março-abril de 2005, Porto Alegre: Notadez, p. 86.

³ Cf. PEREZ, Marcos Augusto, *A Administração Pública...*, p. 28.

⁴ Cf. *O Estado...*, p. 184.

⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 190-196.

⁶ “A democracia pressupõe a existência de uma `comunidade política`, quer dizer, o fato de que os indivíduos que compõem a sociedade possam se reconhecer e se identificar pela referência a valores

mais multifacetado e fragmentário dos interesses reinantes numa sociedade. É impossível buscar homogeneidade onde há a mais completa diversidade, sobretudo considerando-se a globalização e os fenômenos migratórios (sobretudo na Europa), que colocam em contato pessoas detentoras de bagagens culturais, sociais e políticas as mais diversas e, por vezes, conflitantes.⁷

Paralelamente a esse fenômeno, GUILHERME FREDHERICO DIAS REISDORFER observa que também o Estado, e suas estruturas, se tornam cada vez mais capilarizados e fragmentados, o que acaba por gerar, inclusive internamente, uma concorrência entre diversos interesses legítimos, defendidos por órgãos e entidades estatais diversos. Nesse contexto, é cada vez mais difícil a identificação estatal do “interesse público”. A uma porque não existe um único interesse público, conforme acreditamos ter exposto no capítulo precedente. A duas porque a superação do modelo de Administração piramidal, com a consagração de um Estado policêntrico, acaba por gerar inúmeras entidades, agências e órgãos capazes de identificar interesses públicos, o que frequentemente redundava em conflitos no seio da própria Administração.⁸

Nesse contexto de crescente conflituosidade, próprio do Estado pós-moderno, a criação de mecanismos de participação no seio da Administração Pública é um imperativo,

comuns: é essa comunidade que sustenta a instituição do poder e funda a sua legitimidade: é ela que torna possível a integração social, por via da superação dos particularismos e das singularidades.” CHEVALLIER, Jacques. O Estado..., p. 196.

⁷ Nesse ponto, parece-nos absolutamente pertinente a constatação de JACQUES CHEVALLIER no sentido de que o modelo do “Estado-Nação” é constantemente desafiado: “*Ora, o processo de globalização em curso coloca sob questionamento a pertinência do contexto Estado-Nação: os Estados entram em colapso pela aparição de novos mecanismos de regulação de tipo transnacional e entidades mais vastas tendentes a englobá-los; há, desde logo, o desajustamento entre os espaços político nacional, tradicional local de exercício dos processos democráticos, e os espaços alargados resultantes da dinâmica de globalização. Assim, a democracia corre o risco de ou bem ser esvaziada progressivamente de sua substância, se ela continuar vinculada ao quadro estatal, ou bem sofrer uma verdadeira transmutação, se ela for transposta a uma escala mais ampla; em todos os casos, a questão da possibilidade de realização de uma ‘democracia sem fronteiras’ permanece colocada.*” *Idem, Ibidem*, p. 200.

⁸ “*O crescimento das tarefas públicas, por sua vez, induz ao incremento da burocracia estatal, desenvolvida de forma cada vez mais desconcentrada e descentralizada para atingir os níveis de especialidade que cada uma das tarefas públicas exige. Essa evolução caracteriza-se pela fragmentação da estrutura estatal e resulta num modelo de ‘Estado policêntrico’, no qual as competências cada vez mais numerosas se espalham em diversas instâncias.*

Pode-se dizer que a fragmentação estatal reflete a quebra do paradigma de sociedade homogênea, de modo que, de certa forma, a existência de interesses individuais e coletivos heterogêneos acaba repercutindo na forma de organização do próprio Estado. Verificam-se dentro desse contexto diversos interesses legítimos que concorrem entre si na agenda de prioridades do Estado. As divisões e interações sociais fazem com que os indivíduos organizem-se em torno de interesses comuns e busquem exercer pressão sobre as escolhas coletivas, traduzidas nos atos estatais.” **Atuação privada na atividade urbanística: planejamento e contratualização**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2013, mimeo, p. 40.

decorrente de um contexto mais abrangente de criação de mecanismos de democracia participativa ou semidireta. É o que constata, mais uma vez, JACQUES CHEVALLIER:

“A Administração tornou-se um ponto privilegiado da nova ‘democracia participativa’: a outorga aos cidadãos de um poder de intervenção no funcionamento dos serviços é entendida como apta a preencher as lacunas da democracia representativa fundada sobre o princípio de delegação, reatribuindo aos interessados uma influência concreta sobre a coisa pública; vê-se, assim, proliferar a imagem de uma ‘democracia do cotidiano’, que passa pela implicação dos administrados no funcionamento dos serviços com os quais eles estão em contato por ocasião do fornecimento de prestações.”⁹

Desse modo, o modelo de Administração autoritária, impositiva e unilateral vai cedendo espaço para uma Administração cada vez mais permeável ao diálogo com os cidadãos e que se pretende, mais e mais, consensual. Essa abertura, ademais, atende a imperativos de diversas ordens, como: (i) o primeiro mais genérico, como visto, consistente na demanda por mecanismos de democracia participativa, dada a crescente insuficiência do modelo representativo baseado na delegação de mandatos; (ii) o segundo ligado a demandas por uma Administração mais eficiente e responsiva, o que tende a ser obtido de forma mais satisfatória com o cotejo dos interesses envolvidos numa dada situação, bem como através dos *inputs* técnicos e de outras ordens advindos da sociedade civil; (iii) o terceiro relacionado à necessidade de a Administração, cada vez mais atuante, partilhar – seja moral ou politicamente – a responsabilidade pelas opções tomadas, sobretudo em matérias de alta complexidade, às quais ela é cada vez mais chamada a solucionar¹⁰; (iv) o quarto relativo aos custos, sejam eles políticos, econômicos ou de outra ordem, de uma política pública ou de uma decisão malsucedida e ineficaz, o que faz com que a Administração, mesmo nas hipóteses em que lhe é permitido agir de forma unilateral e autoritária, procure muitas vezes o consenso.

Essa postura mais aberta e dialógica da Administração Pública, a seu turno, é instrumentalizada pela figura do processo administrativo que, ao condicionar a edição do ato administrativo ao cumprimento de uma série ordenada de etapas, nas quais – ou menos em algumas delas – se garantem o contraditório e a ampla defesa, acaba por operar uma

⁹ **O Estado...**, p. 230.

¹⁰ Nesse sentido cf. FARIA, José Eduardo, **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

aproximação entre Administração e cidadãos. Essa, aliás, é uma das finalidades do processo administrativo, conforme ODETE MEDAUAR:

“Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado.”¹¹

A processualização do agir administrativo é um imperativo cada vez mais presente atualmente e, se ainda é verdade que muitas repartições públicas a ela não se renderam, também é verdade que existem cada vez mais leis – sejam elas federais, estaduais, municipais, ou ainda, genéricas ou setoriais – que impõem à Administração Pública a obrigatoriedade de instauração de processo administrativo, de modo a tornar sua atuação mais transparente, democrática e sindicável.

Cabe ainda apontar a existência, conforme sustenta MARCOS AUGUSTO PEREZ, de um verdadeiro princípio da participação, que deflui de uma série de dispositivos constitucionais.¹² Desse modo, existe ainda um imperativo de que a Administração aja, cada vez mais e, em alguns casos, obrigatoriamente, de forma dialógica. Não se olvide,

¹¹ **A processualidade no Direito Administrativo**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

ODETE MEDAUAR já estatua que:

“Na Administração inserida em sociedade e Estado caracterizados pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o procedimento também é meio para que os diversos interesses afluam antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso propicia, ainda, o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa. (...)

O conjunto dos aspectos mencionados induz à ideia de uma ‘democracia pelo procedimento’, ao lado da democracia representativa e da democracia resultante de mecanismos descentralizadores, e permite vislumbrar o processo como ‘ferramenta jurídica idônea, na disciplina entre governantes e governados.’

O Direito Administrativo..., p. 224-225.

¹² O administrativista aponta os seguintes dispositivos: arts. 10; 29, X; 187; 194, VII; 198, III, 204, II; 205; 206, VI; 216, § 1º; 225; 227, § 1º e 37, § 3º. Ainda de acordo com ele, referido princípio se afiguraria um princípio jurídico implícito de organização da Administração Pública. Cf. **A Administração...**, p. 215 e ss.

Importante advertir que por *participação administrativa* estamos nos referindo a algumas formas específicas de atuação dos particulares no ambiente administrativo, individualmente ou em grupo, com possibilidade de influenciar determinada política pública ou uma posterior atuação estatal, etc. Dessa categoria são excluídas atuações de particulares ligadas ao exercício de cargos públicos ou ainda vinculadas ao desempenho de um contrato de concessão, por exemplo. É o que aponta ODETE MEDAUAR ao aludir ao sentido *menos abrangente* do vocábulo participação, que abrangeria apenas a atuação de particulares que não possuam vínculos profissionais com a Administração. Para uma melhor compreensão desta e de outras classificações da administrativista, cf. **O Direito Administrativo em...**, p. 231.

Para um balanço dos principais entendimentos doutrinários sobre o assunto, é recomendável a leitura de SANTOS, Fábio Gomes dos. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2013, *mimeo*, p. 21 e ss.

também, e conforme exposto no capítulo precedente, que as atividades administrativas voltam-se, crescentemente, a induzir atividades desejáveis dos privados, o que, como se afigura óbvio, só encontra sucesso quando a Administração se mostre permeável ao diálogo. Não é concebível pensar na atividade de fomento sem que a Administração haja, em momento anterior, dialogado com a sociedade civil para que consiga, com êxito, induzir as atividades que entende apropriadas e condizentes com os interesses públicos. É preciso, outrossim, que a sociedade civil dê sua anuência às políticas públicas da Administração, de modo que não se deve falar mais em Administração autoritária e impositiva, senão, mais apropriadamente, em Administração paritária.¹³

As ideias até aqui expostas encontram eco no Estatuto da Cidade que aponta, dentre suas diretrizes, a “*gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano*” (art. 2º, II). Há aqui, a nosso ver, um claro aceno no sentido de democratizar as políticas públicas de cunho urbanístico, o que deve tanto ocorrer no âmbito da Administração Pública, quanto no âmbito do Legislativo. A esse dispositivo, agrega-se o inciso III do mesmo artigo que dispõe ser diretriz geral da política urbana a “*cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social*”.

II.1 A GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES E SEUS INSTRUMENTOS

Como visto, a gestão democrática das cidades insere-se como uma das diretrizes abraçadas pelo Estatuto da Cidade. Trata-se, assim, de princípio que deve nortear a aplicação, tanto quanto possível, dos demais dispositivos daquele diploma normativo. Assim, os instrumentos arrolados no art. 4º, por exemplo, como o plano diretor ou as operações urbanas consorciadas, devem ser implementados levando-se em conta a diretriz de gestão democrática, dentre as demais indicadas pelo Estatuto da Cidade. Veja-se, ademais, que o tema é de tal relevância que o legislador inseriu capítulo específico sobre ele, a saber o capítulo IV (arts. 43 a 45).

Contudo, nos parece errôneo afirmar que a previsão ou referência à gestão democrática se encerre nos dispositivos mencionados. Ao longo do Estatuto há uma série

¹³ O termo é utilizado por PEDRO MACHETE. Cf. **Estado de direito democrático e Administração paritária**, Coimbra: edições Almedina, 2007.

de outros dispositivos que se relacionam ao tema, de modo que se poderia mesmo afirmar que ele se espraia por todo o texto legislativo.¹⁴ Em breve síntese, contudo, poderíamos apontar os seguintes dispositivos, além dos já citados: arts. 2º, 4º, II, “f”; 4º, II, “s”; 4º VI; 4º, § 3º; 33, VII; 37; e 40, § 4º.

Os dispositivos ligados à transparência, a nosso ver, se inserem plenamente no contexto de gestão democrática uma vez que o acesso a informações se configura como um dos pressupostos da participação. Assim, os arts. 37, parágrafo único – que exige a publicidade dos documentos integrantes do Estudo de Impacto de Vizinhança –, e 40, § 4º, – que faz exigência semelhante em relação ao Plano Diretor –, se reconduzem à diretriz de gestão democrática das cidades. Sobre a transparência e sua relação com a participação, já tivemos a oportunidade de estatuir que *“a transparência, enquanto propulsora de uma Administração Pública mais aberta e mais diáfana, permite que os cidadãos, na maioria dos casos não familiarizados com as práticas e meandros da Administração Pública, tomem conhecimento dos canais de participação”*.¹⁵

Sobre a interpretação e a extensão a serem conferidas ao Capítulo IV do Estatuto da Cidade, afigura-se extremamente pertinente a constatação de MARIA PAULA DALLARI BUCCI no sentido de que:

“O sentido do Capítulo IV, por sua vez, é garantir, não apenas como princípio, mas como diretriz de ‘operação’ da nova ordem jurídico-urbanística, ‘a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano’ (art. 2º, II do Estatuto da Cidade). A própria situação topológica do capítulo, que é penúltimo do Estatuto, antecedendo apenas as ‘Disposições Gerais’, além do seu conteúdo indicam seu caráter de norma de processo político-administrativo, que informa o modo concreto de formulação da política urbana e da incidência dos dispositivos tratados nos capítulos anteriores, para o quê se exige sempre a necessária participação popular. O Capítulo IV cuida, no âmbito da cidade e da política urbana, de processo político, processo legislativo,

¹⁴ No mesmo sentido cf. PETRUCCI, Jivago. **Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal**, In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.), **Direito Urbanístico e Ambiental**, 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 164.

¹⁵ Um movimento contrário também pode ser constatado, i.e., da participação propiciando a transparência. Em síntese, quanto mais participativo o cidadão, maior é seu contato com a máquina administrativa, e, em tese, maior é o conhecimento das ações e práticas da Administração. Cf. *Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução?*, In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de *et al.* (coord.), **Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p.124.

*processo administrativo, processo orçamentário e processo de controle social das atividades compreendidas na gestão urbana”.*¹⁶

Desse modo, é imperativo que a interpretação e aplicação do Estatuto da Cidade não percam de vista seu viés marcadamente democrático e incentivador de mecanismos participativos. Esse caráter, vale lembrar, acompanhou o processo legislativo de aprovação do seu texto, que teve intensa participação da sociedade civil, sobretudo nos últimos anos de sua tramitação.¹⁷ O Estatuto da Cidade, portanto, tem em seu nascedouro a marca da democracia participativa. Não se esqueça, ainda, conforme adverte MARCOS JORDÃO TEIXEIRA DO AMARAL FILHO, que a aprovação da Lei nº. 10.257, de 2001, e sobretudo, os trâmites que a precederam, ocorreram num contexto de democracia recém reinstaurada, após longos e difíceis anos de ditadura. Desse modo:

*“a edição do Estatuto da Cidade com um capítulo dedicado à ‘gestão democrática da cidade’ corresponde a mais uma afirmação do legislador brasileiro no sentido de consolidação do conteúdo democrático abraçado pelo texto constitucional de 1988, que em seu artigo 1º, parágrafo único, proclamou a soberania do povo”.*¹⁸

Vale ainda ressaltar que, conforme se extrai do art. 2º, II, o caráter democrático deve percorrer um *iter*, que se inicia na formulação e passa pela execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Ou seja, admite-se uma ampla participação da sociedade, seja ela organizada ou não, tanto na formulação, quanto na implementação e no acompanhamento das políticas públicas de cunho urbanístico.¹⁹ Afasta-se, assim, o chamado *planejamento de gabinete*, i.e., a imagem

¹⁶ **Gestão democrática da cidade**, In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto...**, p. 336.

¹⁷ “Não podemos deixar de reconhecer que o Estatuto da Cidade, em sua versão final, contempla vários pleitos que partiram de todos os segmentos da sociedade que foram chamados a participar. Nesse sentido, o projeto final é resultado de intensas discussões e debates que ocorreram tanto nos meios acadêmicos como junto à população, resultando na adoção de princípios e diretrizes para o planejamento urbano como base de sustentação de uma política urbana satisfatória e razoável”. MOREIRA, Mariana. **A história do Estatuto da Cidade**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade...**, p. 43.

Para uma análise bastante detalhada do processo de aprovação do Estatuto da Cidade bem do movimento pela Reforma Urbana, recomenda-se a leitura de COTA, Daniela Abritta. **A parceria público-privada na política urbana brasileira recente: reflexões a partir da análise das operações urbanas em Belo Horizonte**, Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013, p. 215 e ss.

¹⁸ **Da gestão democrática da cidade** In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Estatuto da Cidade...**, p. 260.

¹⁹ “...tais instrumentos [de gestão participativa] devem ser adotados no inteiro processo de que se compõem as ações e estratégias da política urbana, quer ao momento inicial da elaboração do plano diretor, quer à ocasião em que esteja sendo efetivamente implementado. Nessa etapa de execução, cabe dotá-los também na função fiscalizatória para a verificação do cumprimento das diversas fases do processo e, quando se

absolutamente anacrônica do burocrata descolado da realidade, que se julga na posição de planejar a cidade em razão do cargo público que lhe foi atribuído, e o faz sem os *inputs* da sociedade que vive a cidade na prática e conhece suas mazelas.

Conforme aponta JOSÉ AFONSO DA SILVA, a atividade de planejamento já é, em si, geradora de altos custos sociais, pelos condicionamentos e limitações impostos aos bens e atividades dos particulares²⁰. Desse modo, é imperativo que tais custos sociais sejam ao menos suavizados pela ampla participação dos interessados na elaboração dos planos e demais documentos urbanísticos, de modo que as decisões ali encartadas hajam sido objeto de debates e discussões pela sociedade como um todo, e não apenas por grupos representativos de setores fortemente organizados (ex.: sindicatos dos setores de construção). Até porque o art. 2º, III, do Estatuto da Cidade, ao dispor, em complemento ao art. 2º, II, que a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização se dará *em atendimento ao interesse social*, apresenta uma forte carga valorativa. Percebe-se, como em outros dispositivos do Estatuto, uma forte preocupação com a ordenação justa da cidade, entendida, a nosso ver, no sentido mesmo de justiça social. Ou seja, não basta uma ordenação que seja ótima em termos técnicos e econômicos, é preciso que ela incorpore objetivos de cunho social, de modo a diminuir os abismos existentes entre as diferentes regiões das grandes cidades brasileiras²¹.

Os desafios de *como* se dará a implementação dos processos participativos previstos no Estatuto da Cidade são, contudo, inúmeros. Não se deve pensar que a mera promulgação de lei consagradora de tais institutos seja suficiente para que o Governo efetivamente deles lance mão. Ou, ao revés, que os administrados efetivamente se valham dos canais participativos. Existem uma série de dificuldades e desafios na implementação desses mecanismos, e, tanto quanto possível no âmbito deste trabalho, a eles faremos referência. Desde já, entendemos importante alertar que, dado o contexto de ampla

tornar necessário, para a prestação de contas e auditoria sobre os recursos alocados pelo governo municipal ou por terceiros.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2009, p. 300.

²⁰ **Direito Urbanístico...**, p. 108.

²¹ O Projeto de Lei nº. 688/13, do Município de São Paulo, que opera a revisão do Plano Diretor, incorpora, em seus princípios, preocupações marcadamente sociais. É o que consta do art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º. Os princípios que regem o Plano Diretor Estratégico são:

I – função social da cidade e da propriedade urbana;

II – equidade e inclusão territorial;

III – gestão democrática;

IV – direito à cidade;

V – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

desigualdade do País – desigualdade que se reflete, como vimos, na apropriação do ambiente urbano -, é imperativo um esforço no sentido da *democratização* dos canais de participação, i.e., de torná-los efetivamente acessíveis à camada da população que se encontra *excluída* e marginalizada da chamada *cidade formal*.²² Este desafio, a nosso ver, está intimamente relacionado à exigência de qualificação, técnica e política, da sociedade civil para o debate²³.

Pouco adianta que os canais para diálogo estejam abertos se os representantes da sociedade civil não estiverem aptos para o debate. Esse cenário é perpetuador de uma situação que frequentemente se constata: aquela na qual os grandes grupos representativos de setores organizados se apropriam do debate, deixando pouco ou nenhum espaço para os representantes da sociedade civil ou de setores menos organizados. O problema, é claro, encontra raízes mais profundas na desigualdade marcante da sociedade brasileira e na falta de educação adequada. Contudo, a nosso ver, medidas simples podem, senão reverter a situação, ao menos mitigá-la, como a utilização de linguagem acessível nos debates, ampla disponibilização – em diversos meios - dos documentos a serem debatidos, preferencialmente com a veiculação de esquemas visuais e sínteses menos técnicas, realização de audiências públicas em locais de fácil acesso²⁴ etc. A questão será melhor debatida adiante.

Na sequência serão analisados os instrumentos de gestão democrática apontados pelo art. 43 do Estatuto da Cidade, a saber: (I) órgãos colegiados de política urbana; (II) debates, audiências e consultas públicas; (III) conferências sobre assuntos de interesse urbano; (IV) iniciativa popular de projeto de lei e de planos e projetos de desenvolvimento urbano, conjuntamente com o plebiscito e referendo popular – os dois últimos, embora

²² “Potencializar o exercício dos direitos políticos e da cidadania deve ser objetivo que deve ser respeitado nos processos de gestão das cidades. O direito à participação popular será respeitado quando os grupos sociais marginalizados e excluídos tiverem acesso à vida política e econômica da cidade. Para ser exercido, este direito pressupõe a capacitação política dos diversos grupos sociais.” **Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos**, 2ª edição, Brasília: Instituto Pólis, 2002, p. 33.

²³ DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2002, p. 283.

²⁴ Essas preocupações estão inseridas na Resolução nº. 25 do Conselho das Cidades (“Concidades”) que, ao estabelecer orientações para as audiências públicas promovidas durante a elaboração dos planos diretores, consigna em seu art. 4º, I, a importância de ampla comunicação pública do processo de elaboração do plano, através da utilização de linguagem acessível bem como do uso de meios de comunicação de massa. O art. 5º, II, prevê a alternância dos locais de discussão, com clara preocupação em relação à acessibilidade.

vetados no âmbito deste artigo²⁵ (inciso V), encontram previsão dentre os instrumentos jurídicos e políticos da política urbana, conforme art. 4º, V, "s" do Estatuto.

Conforme consta literalmente do art. 43, os instrumentos ali listados não excluem outros cabíveis. O caráter exemplificativo do rol se coaduna com a ideia de ampliação do debate em torno da questão urbana, de modo que novos instrumentos, se adequados, poderão ser perfeitamente utilizados para ampliar o caráter participativo da política urbana. Veja-se, ainda, que alguns dos instrumentos constantes do rol do art. 4º (*instrumentos da política urbana*) também se inserem no contexto de gestão democrática das cidades. É o caso já falado do plebiscito e referendo popular, mas também da chamada gestão orçamentária participativa (art. 4º, III, "f"), a respeito da qual também faremos algumas referências.

II.1.1. Órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal

Os órgãos colegiados de política urbana vêm arrolados no art. 43 do Estatuto da Cidade como o primeiro instrumento de gestão democrática da cidade. Figura já conhecida do ordenamento brasileiro – encontram previsão, em alguns casos até constitucional, em setores como saúde, educação, meio ambiente, assistência social, criança e adolescente, etc. -, tais conselhos são uma consequência do processo que levou à aprovação do Estatuto, que contou com ampla articulação de setores sociais e de organizações não governamentais ("ONGs").²⁶

Trata-se, em síntese, de órgãos com composição mista e com atribuições consultivas e/ou deliberativas em matéria de política urbana. Sobre a sua constituição, a doutrina costuma apontar que tais órgãos poderão ser: (i) tripartites, i.e., com representação do órgão público, dos usuários do espaço urbano (ONGs, associações de bairro, ambientalistas, comunidade universitária, etc.) e dos integrantes do setor empresarial ligados à construção das cidades (i.e., sindicatos das empresas de construção, incorporadores imobiliários, etc.; (ii) ou paritários, e, portanto, compostos pelo Estado de

²⁵ Em sentido contrário, pelo não cabimento do referendo popular e do plebiscito à hipótese, cf. AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Da gestão...**, p. 261.

²⁶ Nesse sentido BUCCI, Maria Paula Dallari. **Gestão Democrática...**, p. 340.

um lado, e pela sociedade civil de outro, em igualdade e sem a segmentação desta última em dois grupos como na primeira hipótese.²⁷

Em nossa opinião, tais conselhos deverão representar, tanto quanto possível, os mais diferentes setores da sociedade civil, sob pena de se tornarem órgãos representativos apenas e tão somente do Governo e dos segmentos empresariais com mais forte atuação no setor. Desse modo, não se deve ignorar, por exemplo, a parcela dos habitantes da chamada “cidade ilegal”, que também devem ser chamados para o debate com vistas a discutir a ordenação ou reordenação da porção do território onde habitam, por exemplo. A inclusão desses segmentos no debate, a nosso ver, é uma das únicas formas de superação das práticas clientelistas tão comuns na realidade brasileira, conforme observa RAQUEL ROLNIK:

*“Entre outros objetivos, os Conselhos devem romper relações perversas e clientelistas entre o Legislativo e os segmentos populares. Ou seja, as barganhas, as negociatas, as trocas de votos por obras de infra-estrutura nos bairros, enfim o conjunto de relações populistas que são nossas velhas conhecidas. Relações populistas que mantém a população como refém e em estado de precariedade eterna, conservando as mesmas elites políticas no poder. Os Conselhos podem interferir nessa relação à medida que interferem no destino dos investimentos. Desde que, é claro, a representatividade esteja garantida”.*²⁸

Além da adequada representatividade, é preciso que a sociedade civil seja qualificada, técnica e politicamente, para o debate. O tema é da mais alta relevância, uma vez que de nada adianta que os setores sejam representados se, por falta de subsídios técnicos, eles não possam avaliar o que está na pauta das discussões. Some-se a isso o fato de que as linguagens dos documentos urbanísticos são extremamente técnicas já que, historicamente, dialogaram apenas com setores igualmente técnicos, como aqueles da construção civil e da incorporação imobiliária.²⁹ Daí a necessidade de, por um lado,

²⁷ *Idem, Ibidem*, p. 342. JIVAGO PETRUCCI alerta, com base em experiências já havidas no País, para a existência de conselhos representativos tão somente da sociedade civil em contraposição aos tripartites, nos moldes acima analisados. Com a devida vênia, entendemos que os conselhos constituídos por membros da sociedade civil, apenas, podem cumprir importante papel informativo e didático, porém não cumprem o preceito do art. 43, I, do Estatuto que, em nosso entendimento, exige – ainda que expressamente não o diga – a composição mista, i.e., de membros da sociedade civil e do Estado. **Gestão democrática...**, p. 168.

²⁸ Cf. **Conselhos de desenvolvimento urbano** In: CYMBALISTA, Renato (editor) **Conselhos de habitação e desenvolvimento urbano**, São Paulo: Pólis, 2000, p. 15.

²⁹ *Idem, Ibidem*, p. 14-15.

qualificar os setores da sociedade civil para o debate e, de outro, tornar a linguagem dos debates tão acessível quanto possível.³⁰

A respeito da qualificação política, dispõe EVELINA DAGNINO:

“Além da qualificação técnica, a qualificação política da representação da sociedade civil envolve um aprendizado crucial nestes novos espaços que trazem, como parte de sua novidade, a convivência direta com uma multiplicidade de atores portadores de concepções e interesses diversos. Essa diversidade é acentuada no caso de espaços de deliberação de políticas como os Conselhos Gestores mas está presente mesmo nos espaços relativamente mais homogêneos (ou dos quais se esperaria uma maior homogeneidade) como o Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU), o CCMD ou o MST e simpatizantes. O reconhecimento da pluralidade e da legitimidade dos interlocutores é requisito não apenas da convivência democrática, em geral, mas especialmente dos espaços públicos, enquanto espaços de conflito que têm a argumentação, a negociação, as alianças e a produção de consensos possíveis como seus procedimentos fundamentais.”³¹

Sobre o caráter deliberativo e/ consultivo desses órgãos colegiados, entendemos que a lei instituidora dos mesmos, no âmbito de cada ente federativo, deverá definir suas competências, assim como seu regulamento. Sobre eventuais críticas de que o poder normativo advindo desses órgãos constituiria ilegítima apropriação de poder legislativo, vale a transcrição de entendimento de EROS GRAU esposado em relação ao Projeto nº. 775/83 de criação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, *in verbis*:

“Ora, há visível distinção entre as seguintes duas situações: a) vinculação da Administração às definições da lei; b) vinculação da Administração às definições ‘decorrentes’ - isto é, fixadas em virtude dela – da lei.

(...)

Tenho para mim, a partir da exposição acima produzida, que o artigo 38, IV do projeto não opera a delegação de função legislativa ao ‘CNDU’, mas apenas e tão somente a atribuição, a

³⁰ “A linguagem corrente em um Conselho é fundamental para o sucesso de um projeto de participação popular. Ela deve ser condizente com o repertório e as possibilidades de todos os seus membros, principalmente para que os setores populares cheguem à mesa de negociação em pé de igualdade com os interlocutores de outros setores.” BONDUKI, Nabil. **Direções**, In: CYMBALISTA, Renato, **Conselhos...**, p. 45-46.

Alguns autores apontam que a necessidade de qualificação de interlocutores da sociedade civil para o debate acaba, por vezes, operando um efeito negativo, consistente no fato de que as mesmas pessoas se mantêm por muito tempo no cargo, por apenas elas reunirem conhecimento técnico suficiente que as habilitem ao debate “em paridade de armas”. Nesse sentido, cf. DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil...** p. 284-285.

³¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 287.

ele, de 'função normativa'. Daí porque, decorrente – 'em virtude' - de lei, essa atribuição implícita se autoriza àquele órgão o exercício de capacidade regulamentar, plenamente compatível com a ordem constitucional.”³²

Entendemos, na linha do jurista, que o poder normativo por vezes atribuído a tais órgãos não fere a divisão de poderes, conquanto não sejam decididas, em seu âmbito, matérias cujo regramento deve estar previsto em lei. Assim, por exemplo, o parcelamento compulsório não deve vir regrado em resolução normativa de conselho, uma vez que o art. 5º do Estatuto da Cidade é claro ao condicioná-lo a edição prévia de lei.³³

Consoante observa EVELINA DAGNINO, em trabalho no qual efetuou a análise de diversos tipos de conselhos, a partilha de poder é um dos problemas mais latentes em tais órgãos colegiados. Desse modo, o seu caráter deliberativo é usualmente uma exigência dos movimentos populares, que com frequência se queixam da apartação das funções de decisão e execução das políticas públicas, sendo-lhes reservada apenas esta última. Contudo, ainda conforme a autora, as queixas também recaem sobre uma crescente setorialização e fragmentação:

“O conflito pela partilha efetiva do poder se manifesta também em alguns casos como uma demanda pela ampliação do âmbito das decisões envolvidas: as queixas relativas à fragmentação e setorialização etc., das políticas que resultam dos espaços que envolvem a participação da sociedade civil significa que essa partilha do poder, mesmo quando existe, tem um caráter limitado e restrito, sem ampliar-se para decisões sobre políticas públicas mais amplas, que pudessem ter um impacto significativo para a sociedade como um todo. Há relatos recorrentes dessas queixas nos estudos sobre o CCDM, o MST, os Conselhos Gestores e os Orçamentos Participativos (OP). No casos destes últimos, quando se faz referência ao fato de que as decisões do OP estariam circunscritas a questões materiais.”³⁴

³² **Direito Urbano**, p. 142.

³³ Nesse mesmo sentido cf, BUCCI, Maria Paula Dallari. **Gestão democrática...**, p. 344.

É interessante apontar o exemplo do Conselho das Cidades (“Concidades”), órgão colegiado com atribuições consultivas e deliberativas de âmbito federal. Conforme se depreende do art. 19 de seu Regimento Interno, homologado pela Resolução Normativa n.º 02, de 2006, as decisões do Concidades poderão ser formalizadas através de resoluções normativas (estas reservadas apenas à regulamentação e normatização dos atos do Conselho); resoluções recomendadas (referentes aos atos do Ministério das Cidades, da sociedade civil e de outros órgãos do Poder Público); e resoluções administrativas (concernentes aos atos administrativos de gestão interna do Conselho).

³⁴ **Sociedade civil...**, p. 283.

Em sentido contrário, RAQUEL ROLNIK observa, a partir das experiências do Recife e de Santo André que:

Para além dessa discussão caráter deliberativo vs. consultivo, é imperioso que estes órgãos sejam efetivamente utilizados como fóruns de debate para o aperfeiçoamento das políticas públicas urbanas. Se é bem verdade que mesmo antes do advento do Estatuto da Cidade já havia Conselhos com propósito de discutir questões urbanísticas – como é o caso, por exemplo, do Conselho Municipal de Política Urbana de Belo Horizonte, criado em 1997 -, isso não elide a importância da consagração expressa em lei da obrigatoriedade de que as três esferas federativas constituam órgãos colegiados com este propósito. A obrigatoriedade trazida no bojo do art. 43, I, do Estatuto, assim, poderá trazer mais vigilância sobre os conselhos já existentes – impedindo, desse modo, práticas comuns de conselhos meramente homologatórios de decisões políticas já tomadas³⁵ –, além de pressionar os entes federativos que ainda não possuam a fazê-lo.

II.1.2. Debates, audiências e consultas públicas

Os debates, audiências e consultas públicas mantêm estreita conexão com o tema da democracia participativa³⁶, uma vez que se trata de instrumentos que possibilitam que os

“....será mais importante investirmos politicamente em conselhos mais gerais, que tratam de assuntos mais globais e que, para dar as diretrizes das cidades, abranjam a política como um todo? Ou será mais eficaz conselhos que, embora pontuais, possam significar maior controle direto na gestão cotidiana de um programa específico? Pensemos no exemplo do Prezes em Recife, com suas comissões de moradores que acompanham a implementação de um programa concreto fiscalizando, monitorando, decidindo no dia-a-dia. Talvez conselhos assim possam acabar tendo mais controle sobre a aplicação de uma política do que um eventual grande conselho, que apenas simula um poder sobre as grandes diretrizes da política. É este o caso de Santo André, onde existe há mais uma década um Conselho de Desenvolvimento Urbano que não discute de forma alguma a política urbana local: passa quase todo o tempo discutindo a aprovação da construção de uma igreja, de uma escola, porque esta é a determinação da legislação. Ganhou um caráter elitista, pressionado por engenheiros muitas vezes até bem intencionados, mas que instauram uma prática que obstrui a passagem real da política real pelo Conselho”. Cf. “Conselhos de desenvolvimento...”, p. 16.

³⁵ Conforme nota NABIL BONDUKI:

*“Os riscos advindos do Estado traduzem-se nos muitos exemplos levantados de Conselhos cuja existência é apenas pro forma, simulam uma estrutura participativa que de fato não é levada em conta. A falácia mais explícita é aquela na qual o prefeito constitui um Conselho em geral para receber verbas de programas federais e empossa como conselheiros seus parentes, amigos e colegas de partido. Mas há outras variantes, menos evidentes: Conselhos de Notáveis (onde não entra em questão a procedência, a origem da classe ou os compromissos políticos dos conselheiros) e loteamentos de conselhos (cuja composição reproduz o resultado da eleição, com os conselheiros representando os partidos)”. Cf. **Direções**, p. 43.*

³⁶ É preciso ter sempre em vista, contudo, o alerta feito por FÁBIO GOMES DOS SANTOS, especificamente em relação à audiência pública, mas com perfeita aplicabilidade aos demais instrumentos, no sentido de que:

“Ao consistirem, especificamente, de espaços devotados ao debate de questões públicas, as audiências estudadas constituem um espaço associado à concretização da democracia. Ao serem promovidas no contexto da atuação administrativa, elas são informadas essencialmente pela ‘democracia indireta’, configuradora da estrutura do Poder Brasileiro.

(...)

Não obstante, as audiências constituem formas de intervenção dos cidadãos na condução dos assuntos públicos, destacando-se dentre os instrumentos sugeridos pela proposta de uma ‘democracia participativa’. Audiências públicas..., p.19.

cidadãos intervenham diretamente na condução dos assuntos públicos. Tais instrumentos apresentam ligação, ainda, com o tema da democracia deliberativa.³⁷

Em comum, todos estes instrumentos têm como objetivo fomentar a transparência, o debate, a permeabilidade do Poder Público aos *inputs* da sociedade, e consequentemente, tornar a atuação administrativa mais eficiente e aderente aos interesses da população.

Cada qual, contudo, apresenta algumas particularidades. Com respeito aos debates, embora não haja uma referência jurídica genérica – como ocorre na hipótese das audiências e consultas públicas, com previsão na lei federal de processo administrativo (Lei nº. 9.784, de 1999) -, é possível compreendê-los como um foro informal para debates de ideias entre a Administração Pública e os administrados. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO os conceitua como “*situações que encerram intercâmbio de ideais, opiniões e críticas construtivas por parte dos debatedores no intuito de permitir conclusões de melhor nível para a solução de determinados problemas específicos.*”³⁸

Diferentemente do que se passa com os demais instrumentos a serem analisados neste tópico, não há regras jurídicas próprias que imponham os critérios para sua realização. Acreditamos que a informalidade e a liberdade de formas deva ser a regra destes debates, que devem ter por intuito informar e discutir questões de interesse para a sociedade.³⁹ De outro turno, alguns preceitos mais genéricos aplicáveis à Administração Pública – constantes, por exemplo, do texto constitucional, da recente lei de acesso à informação (Lei nº. 12.527, de 2011), do próprio Estatuto da Cidade e de outros diplomas legislativos relacionados -, devem ser aplicados. Desse modo, entendemos que se o debate se insere no contexto de gestão democrática, deve ser acompanhado de procedimentos que garantam ampla publicidade - tanto em relação à convocação para o debate quanto em relação aos documentos eventualmente ali produzidos -, a participação de todos que se apresentem como interessados, sendo-lhes concedido tempo mínimo para manifestação, etc.

³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 19.

³⁸ **Comentários ao...**, p. 302.

³⁹ Nesse mesmo sentido é o entendimento de DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO, para quem “*o debate pode e deve ser revestido de grande informalidade para que todos os interessados possam se sentir à vontade diante da chance de se manifestarem*”. Cf. **Audiência pública na gestão democrática da política urbana** In.: DALLARI, Adilson Abreu; _____, **Direito Urbanístico...**p. 47.

Ainda conforme a autora, é preciso um esforço da Administração Público no sentido de diferenciar essas formas de consulta aos administrados, de modo que sejam coibidos descuidos na utilização de um instrumento pelo outro, o que poderia enfraquecer a ausculta à vontade popular. *Idem, ibidem*, p. 46.

De outro turno, as audiências e consultas públicas encontram regramento na Lei federal de processo administrativo, nos arts. 32 a 34. A principal diferença entre os institutos reside no fato de que as audiências proporcionam debates orais entre os participantes, ao passo que na hipótese das consultas, abre-se um prazo razoável para que os interessados apórtiem contribuições sobre o tema, em geral através da rede mundial de computadores (cada vez mais), mas também através de outros meios, como envio de comunicação postal ou até mesmo entrega da contribuição na repartição competente.⁴⁰

Interessante notar, ainda, que poderá haver, por vezes, integração dos dois institutos. Essa possibilidade ocorreu, por exemplo, na audiência pública temática para discussão da gestão democrática e descentralização, ocorrida em 18.11.2013, na Câmara dos Vereadores do Município de São Paulo, no contexto das rodadas para discussão do projeto do novo Plano Diretor. Àquela ocasião, foi entregue envelope para que os presentes enviassem, gratuitamente, as contribuições que julgassem apropriadas, caso não quisessem fazê-las oralmente no âmbito da própria audiência. Entendemos que a iniciativa é louvável, pois amplia as possibilidades de participação, ofertando-as, por exemplo, a pessoas que tenham receio de se manifestar em público ou ainda àquelas que prefiram refletir sobre as discussões para depois formar uma opinião e levá-la ao conhecimento da Administração, além de possivelmente acarretar economia de tempo e dinheiro para o ente administrativo.

Conforme decorre do art. 31 da Lei nº. 9.784, de 1999, a consulta pública pode ser convocada, a critério do administrador, nas hipóteses em que o assunto envolva *interesse geral*. Já a audiência pública, nos termos do art. 32 do mesmo diploma, é manejável, também a critério da autoridade competente, diante da *relevância da questão*. A nosso ver, em ambos os casos, requer-se a verificação de um interesse geral, i.e., coletivo ou difuso, que transcenda os interesses individuais das partes no âmbito de um processo administrativo.⁴¹

⁴⁰ Acerca da distinção entre os dois instrumentos estatui JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: “*Não exatamente iguais a consulta e a audiência públicas. Na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas ao processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com especial aspecto a ser consubstanciado fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para esse fim*”. **Processo Administrativo Federal**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186.

⁴¹ Com o mesmo entendimento cf. FRANGETTO, Flavia Withkowski. **A instrução processual administrativa adaptada à participação pública (arts. 29-35)**. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº. 9.784/99)**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 160.

Consoante decorre dos dispositivos citados, e também conforme nosso entendimento, não há obrigatoriedade de convocação seja da audiência seja da consulta pública, a menos que algum dispositivo legal imponha o recurso a tais institutos quanto a algum procedimento específico (como ocorre, exemplificativamente, no caso de algumas agências reguladoras). No âmbito do Estatuto da Cidade, por exemplo, há obrigatoriedade de utilização de um ou outro instrumento nas hipóteses dos arts. 2º, XIII (“*processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população*”); 37, parágrafo único (estudo de impacto de vizinhança); e 40, I (processo de aprovação do plano diretor)⁴².

É primordial perceber a amplitude do art. 2º, XIII, que, ao se configurar diretriz geral, deve orientar a aplicação dos demais dispositivos do Estatuto. Desse modo, a consulta ou audiência pública serão obrigatórias para *quaisquer* empreendimentos ou atividades cujos efeitos possam ser potencialmente negativos para o meio ambiente, o conforto ou a segurança da população. O dispositivo, como se vê, é deveras amplo e, portanto, revela-se absolutamente equivocado supor que tais instrumentos de consulta à população sejam obrigatórios apenas nas hipóteses de aprovação de plano diretor ou de estudo de impacto de vizinhança. O recurso a tais instrumentos, ao contrário, poderá se dar em variados casos e na presença de diversos instrumentos abrigados pelos Estatuto da Cidade.⁴³

Especificamente quanto às audiências e debates previstos na elaboração do plano diretor, bem como na fiscalização de sua implementação⁴⁴, a serem garantidos tanto pelo

⁴³ É que também aduz DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO, para quem “o fato de esta norma inserir-se nas diretrizes gerais traz efeitos para qualquer instrumento urbanístico, ou seja, independe da definição da elaboração de um Estudo de Impacto Ambiental ou de um Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV, arts. 36 e 37) ou qualquer outro instrumento (consórcio imobiliário, operação urbana consorciada) para ser aplicada. Basta que seu pressuposto ocorra (projeto de empreendimento ou atividade com potencial efeitos negativos à cidade) para ensejar a ocorrência de consulta pública”. **Audiência pública na...**, p. 47.

⁴⁴ Sobre os processos participativos na fiscalização da implementação do plano diretor, cf. a Resolução nº 34 do Conselho das Cidades (“Concidades”). De acordo com o que noticia FÁBIO GOMES DOS SANTOS:

“A Resolução nº. 34 do Conselho das Cidades faz recomendações específicas a este assunto na perspectiva participativa, denominando-a `Sistema de Acompanhamento e Controle Social` e apontando formas de alcançar a `gestão democrática` durante a aplicação do plano, conforme disposto em seu artigo 6º. O artigo 7º, caput, da Resolução recomenda que o plano defina instrumentos de gestão democrática dentro desse sistema, tratando da sua finalidade, requisitos e procedimentos para sua aplicação. Os incisos desse artigo trazem exemplos de alguns desses instrumentos, sendo mencionadas as audiências públicas especificamente no inciso III.” **Audiências públicas...**, p. 69

Sobre o assunto, ainda é relevante apontar a Resolução nº. 25, de 2005 do Concidades que, dentre outros temas, trata das audiências públicas a serem realizados durante o processo de aprovação do plano diretor.

Poder Executivo quanto Legislativo, MARIA PAULA DALLARI BUCCI se ressentiu do veto ao §5º do art. 40, que dispunha ser “*nula a Lei que instituir o plano diretor em desacordo com o disposto no § 4º*”. Na opinião da jurista, a mais importante hipótese de obrigatoriedade de participação popular no Estatuto da Cidade restou esvaziada com o veto. Entendemos, contudo, que a despeito do veto ao dispositivo, a obrigatoriedade se mantém⁴⁵. Assim, em nosso entendimento, a aprovação do plano diretor no âmbito dos Municípios deve obrigatoriamente garantir a realização de audiências públicas, além da publicidade quanto aos documentos e informações ali produzidos (II), e acesso aos mesmos para qualquer interessado (III).

Em relação aos efeitos, seja das audiências seja das consultas públicas, é interessante checar o teor do art. 31, § 2º da Lei federal de processo administrativo, que dispõe que “*o comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.*”

Em síntese, a Administração tem que se manifestar, e portanto, levar em conta as manifestações aportadas, seja no âmbito de uma consulta, seja no âmbito de uma audiência pública – nesta hipótese, em razão da oralidade do procedimento, a manifestação em geral é imediata. Contudo, não há vinculação da Administração, ou seja:

“Notemos desta mensagem do artigo em exame que a consulta pública tem uma finalidade própria, a de servir para manifestação de terceiros. Isso significa mostrar sua opinião, não recaindo sobre esses terceiros nenhum direito de ter decidida a questão no sentido que reivindicarem. Eles têm somente o direito, de fundamental importância, de se manifestarem (sendo ouvidos) sobre questão que envolve interesse que lhes diga respeito, da mesma forma que a outros, pois é geral. Em consequência, têm o direito de conhecer a decisão devidamente fundamentada, proferida pela Administração, mas nunca de terem acatadas suas

Conforme enuncia o art. 8º da citada resolução, “*as audiências públicas determinadas pelo art. 40, § 4º, inciso I, do Estatuto da Cidade, no processo de elaboração do plano diretor, têm por finalidade informar, colher subsídios, debater, rever e analisar o conteúdo do Plano Diretor Participativo...*”.

Interessante é também o conteúdo do art. 9º, que admite a convocação da audiência pública pela própria sociedade civil, quando solicitado por no mínimo 1% dos eleitores do Município.

Sobre a possibilidade de aplicação das Resoluções e demais normas emitidas pelo Concidades aos diversos Municípios, cf. DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Audiência pública na...**, p. 54.

⁴⁵ Cf. **Gestão democrática...**, p. 348.

reivindicações se elas não corresponderem às prioridades da Administração(...).”⁴⁶

A obrigatoriedade de a Administração se manifestar por escrito em relação às contribuições aportadas no âmbito de uma consulta pública, ou de interagir e responder aos administrados no bojo da audiência pública, já tem, em si, um caráter pedagógico, a nosso ver. Isso porque essa tarefa, por si só, leva a Administração a refletir sobre a política pública ou conduta que pretende implementada. Em nossa opinião, a preparação da Administração para dar cabo dessas tarefas já é positiva⁴⁷. Assim, no âmbito de uma audiência pública, por exemplo, é comum que a Administração destaque um corpo técnico para fazer uma breve exposição do projeto, indicando aos administrados e entidades representativas suas linhas mestras, a motivação daquela conduta, etc. É recomendável, ainda, que o material a ser discutido seja disponibilizado antecipadamente à população, de modo que o direito à informação seja exercido de forma plena e desembaraçada. Essa preparação, em si, já é positiva e tende a favorecer a transparência administrativa.

Contudo, é comum que a Administração se valha de tais procedimentos apenas para dar ares de legitimidade a uma decisão previamente tomada. Há, em tais casos, um verdadeiro simulacro de audiência e/ou consulta pública. A conduta, é claro, é totalmente reprovável. A obrigatoriedade de manifestação quantos aos *inputs* da sociedade, contudo, pode ser inibidora de tal conduta, uma vez que no âmbito dessa motivação, a Administração poderá apresentar argumentos contraditórios, por vezes até mesmo passíveis de serem contestados na via judicial.

Não se deve olvidar, ainda, que o art. 52 do Estatuto da Cidade elenca, dentre diversas hipóteses ensejadoras de responsabilização do prefeito e demais servidores públicos envolvidos, o impedimento ou falta de garantia dos requisitos contidos nos incisos I a III do art. 40, § 4º do mesmo Estatuto (cf. inciso VI).⁴⁸

⁴⁶ FRANGETTO, Flavia Witkowski, “A instrução....”, p. 156.

⁴⁷ GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA aponta, sob o ângulo dos administrados, um caráter pedagógico da audiência pública, no sentido de que “*estabelece-se uma real oportunidade de conscientização e educação da população sobre as diretrizes e políticas públicas*”. Ressalta, também, a necessidade de que a Administração leve em conta os aportes trazidos pela sociedade: “*Entretanto, para ser considerado um mecanismo cooperativo útil, tudo aquilo que foi discutido em sede de audiência pública deve ser considerado pelo órgão administrativo ‘decididor.’*” **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**, In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, nº, 209, jul./set. 1997, Rio de Janeiro: FGV, 1997, p. 161.

⁴⁸ DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DE SARNO vê, neste inciso VI do art. 52, também a possibilidade de responsabilização dos agentes legislativos envolvidos, uma vez que, tanto neste inciso quanto no VII (“*deixar*

Desse modo, o legislador previu hipótese de *improbidade administrativa* para os casos em que houver impedimento ou garantia inadequada, no âmbito do processo de elaboração do plano diretor, assim como ao longo de sua implementação, ao seguinte: (I) promoção de audiências públicas e debates com a população e associações representativas dos vários segmentos da sociedade; (II) publicidade com respeito aos documentos e informações produzidos; (III) acesso de qualquer interessado a tais documentos e informações.

Veja-se, portanto, que a realização das audiências públicas, bem como a garantia de absoluta transparência durante todo o processo de elaboração do plano diretor e ao longo de sua implementação, com a possibilidade de acesso aos documentos e informações ali produzidos, são tidas como da maior relevância pelo legislador, que considerou hipótese de improbidade administrativa a sua obstacularização ou mesmo a sua insuficiente garantia. Daí segue a necessidade de os agentes públicos, mais e mais, instituírem esses canais de debate, com ampla publicidade, oportunizando um real embate de ideias e a possibilidade de os administrados efetivamente se informarem e, ao mesmo tempo, aportarem suas contribuições para a construção de políticas públicas mais eficazes e aderentes.

Ainda sobre a questão da improbidade administrativa, é de se censurar, como aponta FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, a ausência de indicação das penas para cada uma das condutas previstas no art. 52 do Estatuto da Cidade. Assim, teria andado melhor o legislador se tivesse esclarecido a qual das penas do art. 12 da Lei nº. 8.429, de 1992, correspondem as infrações arroladas no art. 52 do diploma urbanístico. A questão é melhor desenvolvida pelo administrativista, que aponta o seguinte impasse em relação à matéria:

“Em matéria da aplicação dessas penas, sob o regime da legalidade estrita, certamente não cabe invocar analogia com as infrações tipificadas nos incisos dos arts. 9º a 11 da Lei 8.429/1992.

Por outro lado, se a invocação da analogia não for necessária e o enquadramento da conduta já se der diretamente

de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei”), há “a necessidade de aprovação de lei para aplicação dos instrumentos urbanísticos e da política urbana”. Cf. Audiência pública na..., p. 58.

*nos atos de improbidade previstos na Lei 8.429/1992, inútil se faz esse artigo 52 do Estatuto da Cidade”.*⁴⁹

JOSÉ CARLOS DE FREITAS, a seu turno, entende que a hipótese do art. 52, VI, do Estatuto da Cidade, se enquadraria nas sanções decorrentes da violação ao princípio da publicidade e legalidade, ao que conclui se aplicarem as penas do art. 12, III, por infração ao art. 11 da Lei nº. 8.429, de 1992.⁵⁰

No Direito francês, é possível traçar um paralelo – veja-se, assim, que não se está a falar de uma identificação dos institutos – entre os instrumentos aqui analisados e as chamadas *enquête publique* (“investigação pública”) e *concertation préalable* (“concertação prévia”). Ambas encontram aplicação no âmbito do Direito Urbanístico⁵¹. No caso da *enquête publique*, seu regramento vem nos arts. L-123-1 e seguintes do Código Ambiental. Trata-se de instrumento interessante, por meio do qual um projeto, plano ou programa ali especificado é destacado para ser literalmente investigado por um *commissaire enquêteur* (“comissário investigador”), que detenha garantias de independência em relação ao órgão titular do projeto, plano etc. Referido comissário poderá requisitar documentos, fazer vistorias etc. A participação do público é prevista, por exemplo, no art. R. 123-9, que dispõe, dentre outras coisas, que a autoridade competente deverá estabelecer os locais onde o público poderá consultar o documento final produzido pelo comissário investigador (o chamado *dossier d’enquête*), assim como apresentar suas observações; os locais, dias e horas em que o comissário ficará à disposição do público para receber suas observações etc.

Conforme apontam HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET, apesar de recentes reformas legislativas, o instituto da *enquête public* continua sofrendo algumas contestações em razão do fato de que sua realização é, na maioria das vezes, tardia. Daí a razão de, para em alguns projetos, se prever a obrigatoriedade da *concertation préalable*. Este instrumento, de seu turno, encontra previsão no artigo L. 300-2 do Código de Urbanismo e é obrigatório antes da promulgação de documentos urbanísticos, assim como nas hipóteses de algumas operações urbanas.

⁴⁹ **Dos instrumentos...**, In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.), **Estatuto da Cidade...**, p.113-114.

⁵⁰ cf. FREITAS, José Carlos de. **O Estatuto da Cidade e a improbidade administrativa** In: FINK, Daniel Roberto (coord.). **Temas de Direito Urbanístico**, vol. 4, São Paulo: Imprensa Oficial, 2005, p. 272-273. De acordo com o autor, a Lei nº. 8.429, de 1992, ao se valer, no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11, do termo *notadamente*, teria expressado o caráter exemplificativo do rol.

⁵¹ Nesse sentido, cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit de...**, p. 105-106.

Ainda de acordo com os autores franceses, há uma grande liberdade do poder público na definição dos instrumentos participativos. Assim, eles poderão tomar forma de reuniões públicas, de exposição do plano e de maquetes, de informação por meio de jornais etc. O importante é que sejam escolhidos instrumentos adequados em vista do número de habitantes envolvidos e em respeito à máxima transparência.⁵²

II.1.3. Conferências sobre assuntos de interesse urbano nos níveis nacional, estadual e municipal

As conferências sobre assuntos de interesse urbano, a serem realizadas nos âmbitos nacional, estadual e municipal encontram previsão expressa no art. 43, III do Estatuto da Cidade. Referido instrumento, embora ainda pouco utilizado, encontra previsão normativa em outros setores como a saúde pública (lei nº. 8.142, de 1990).⁵³

Trata-se, em largas pinceladas, de fórum para debate e deliberação de questões de interesse coletivo. Não há rigidez quanto à forma, i.e., não existe uma definição formal do instituto e de seu iter procedimental, como nas hipóteses da audiência ou consulta públicas. Em realidade, as regras e critérios a serem observados no âmbito de tais conferências deverão constar de seu Regimento Interno, que deverá definir de maneira precisa sua pauta, a possibilidade de fragmentação das discussões em grupos temáticos, forma de eleição dos delegados e votantes, etc.⁵⁴

Embora, portanto, haja uma certa liberdade quanto ao modo de realização de tais conferências, um mínimo de regramento revela-se imperativo, sob pena de a falta de sistematização se revelar contraproducente.

⁵² *Idem, Ibidem*, p. 109.

⁵³ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari, **Gestão democrática...**, p. 348-349.

Nesse sentido é o art. 1º, §1º da referida lei, *in verbis*:

“§1º- A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta e pelo Conselho de Saúde.”

⁵⁴ Cf. ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.) **Estatuto da Cidade...**p. 195.

Veja-se, exemplificativamente, que a 5ª Conferência Nacional das Cidades, realizada em novembro de 2013, foi regida pela Resolução Normativa nº. 14, de 2012, que aprovou seu regimento. Naquele documento consta, por exemplo, seus objetivos e finalidades, seu temário, sua organização e funcionamento, seus participantes, etc.

Há, ainda, a possibilidade de que o regramento das Conferências venha no bojo de uma Lei, como na já citada hipótese da Lei nº. 8.142, de 1990.

Quanto aos efeitos dela decorrentes, em geral, os administrativistas apontam a falta de vinculação dos mesmos. Ou seja, não há propriamente uma carga normativa decorrente de tais fóruns, que se prestam muito mais ao debate, à aproximação e coordenação intersetoriais e também entre sociedade civil – organizada ou não – e Administração, e ao estabelecimento de proposições não vinculantes. Isso, contudo, não impede que as mesmas estabeleçam grandes marcos da política urbana, podendo servir de parâmetro para elaboração posterior de normas urbanísticas, concretização de políticas públicas de cunho urbanístico, etc.⁵⁵

Numa perspectiva histórica, deve-se relembrar o Seminário de Habitação e Reforma Urbana, realizado em 1963 pelo Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB) que, a despeito da ausência de caráter oficial – já que não organizado pelo Governo, como parece querer o inciso aqui tratado do Estatuto da Cidade –, é considerado o embrião do ideário de reforma urbana, que teve seu ápice com a apresentação da Emenda Popular da Reforma Urbana durante os trabalhos da Assembleia Constituinte.⁵⁶ Como produto final do Seminário foi elaborado um documento intitulado “Conclusões do Seminário de Habitação e Reforma Urbana”, que apresentou uma série de conclusões e proposições que, mais tarde, indubitavelmente influenciaram dispositivos legais e constitucionais.⁵⁷ Aliás, as conclusões do Seminário foram até mesmo transformadas num projeto de lei que, contudo, não foi levado adiante depois do golpe militar.

No que respeita à eficácia de tais seminários em termos de apresentação de preceitos efetivamente vinculantes, ou que possam se tornar vinculantes em momento

⁵⁵ “O instrumento da Conferência visa a assegurar um processo amplo e democrático de participação da sociedade na elaboração e avaliação de uma política pública. As Conferências têm por objetivo mobilizar o Governo e a sociedade civil para a discussão, a avaliação e a formulação das diretrizes e instrumentos de gestão das políticas públicas, definir uma agenda contendo um plano de ação com as metas e prioridades sociais para a cidade.” Instituto Pólis, **Estatuto da Cidade**, p. 212.

⁵⁶ COTA, Daniela Abritta, **A parceria público-privada...**, p. 163.

⁵⁷ É o que se pode verificar com relação ao direito à moradia, inserido no art. 6º da Constituição de 1988, e enfocado com veemência durante o Seminário, conforme se depreende abaixo:

“Analisando suas conclusões, observa-se que o acesso à habitação foi colocado como direito fundamental do homem e da família, sendo que a igualdade no uso deste direito exigiria uma ‘reforma urbana’ que promovesse justa utilização do solo, o que poderia implicar em uma limitação ao ‘direito de propriedade’. Este possível conflito será a tônica principal que irá compor, desde então, as discussões sobre a ‘reforma urbana’ e o planejamento urbano no Brasil. Os itens 1 a 5 do documento afirmam que:

‘[...] dentre os direitos fundamentais do homem e da família, se inclui o da habitação e que sua plena realização, exigindo limitações ao direito de propriedade e de uso do solo, se consubstanciaria numa reforma urbana, considerada como o conjunto de medidas estatais, visando à justa utilização do solo urbano, à ordenação e ao equipamento das aglomerações urbanas e ao fornecimento de habitação condigna a todas as famílias (Resoluções do Seminário, afirmações, item 1)’. COTA, Daniela Abritta, **A parceria público-privada...**, p. 164-165.

posterior, insta recordar que na França as chamadas *Grenelles do Meio Ambiente* (*Grenelle de l'Environnement*) – fóruns de discussão e de encontros ocorridos a partir de 2007, contando com a participação de representantes do Estado, empresas, sindicatos, ONGs, etc. – resultaram na aprovação de duas leis, alcunhadas Grenelle I (Lei nº. 2009-967, de 2009) e Grenelle II (lei nº. 2010-788, de 2010), as quais foram responsáveis pela modificação de nada menos que dezenove códigos do ordenamento francês, incluindo o Código de Urbanismo.⁵⁸

No âmbito federal, o Decreto nº. 5.790, de 2006, que dispõe sobre a organização do Conselho das Cidades, estabelece alguns regramento gerais a serem aplicados às Conferências realizadas no âmbito daquele órgão. Neste documento legislativo estabelece-se a obrigatoriedade de realização das Conferências a cada 3 anos, seus objetivos, suas atribuições, sua composição, etc⁵⁹. Veja-se, ainda, que é no âmbito de tais Conferências que serão eleitos alguns dos membros do ConCidades, nos termos do art. 19.

Entendemos salutar o caráter interfederativo e inter-setorial das Conferências realizadas no âmbito do ConCidades. Nesse sentido, é de se apontar que os arts. 4º e 5º do Regimento da 5ª Conferência Nacional das Cidades exigem a realização de etapas prévias nos âmbitos estadual e municipal. A exigência é cabível, pois no âmbito da discussão sobre a temática urbana no nível nacional, as experiências estaduais e, sobretudo, municipais são de grande relevo, servindo ao aprimoramento dos instrumentos de gestão urbana e ao estabelecimento de pautas futuras de interesse.

Parece-nos importante, ainda, que, para que o caráter democrático dessas Conferências se mantenha, como quer o Estatuto da Cidade, deva existir uma composição

⁵⁸ Referidas leis foram responsáveis por mudanças profundas nos diplomas urbanísticos, tendo mesmo operado o que PIERRE SOLER-COUTEAUX e ELISE CARPENTIER chamam de “verdeamento” (*verdissement*) dos documentos de cunho urbanístico. A chamada Grenelle I, por exemplo, impôs que tais documentos, no futuro, contribuíssem para a realização de uma série de objetivos de cunho ambiental, como a diminuição das emissões dos gases de efeito estufa, a redução do consumo de energia, a economia de recursos fósseis, etc. Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise, **Droit de...**, p. 10 e ss.

Sobre o tema, cf, ainda www.developpement-durable.gouv.fr/La-genese-du-Grenelle-de-I.html

⁵⁹ Quanto às atribuições das Conferências, dispõe o art. 17:

“Art. 17. São atribuições da Conferência Nacional das Cidades:

I - avaliar e propor diretrizes para a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano;

II - avaliar a aplicação do Estatuto da Cidade e demais atos normativos e legislação relacionadas ao desenvolvimento urbano;

III - propor diretrizes para as relações institucionais do ConCidades e da Conferência Nacional das Cidades com os conselhos e conferências de caráter regional, estadual e municipal; e

IV - avaliar a atuação e desempenho do ConCidades.”

heterogênea de seus membros. Nesse sentido, o já referido Regimento da 5ª Conferência Nacional das Cidades, veiculado por meio da Resolução Normativa nº 14, de 2012, distribui as vagas na seguinte proporção:

“Art. 17. A representação dos diversos segmentos na 5ª Conferência Nacional das Cidades, em todas as suas etapas, deve ter a seguinte composição:

I - gestores, administradores públicos e legislativos - federais, estaduais, municipais e distritais, 42,3%;

II - movimentos populares, 26,7%;

III - trabalhadores, por suas entidades sindicais, 9,9%;

IV - empresários relacionados à produção e ao financiamento do desenvolvimento urbano, 9,9%;

V - entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa e conselhos profissionais, 7%; e

VI - ONG's com atuação na área do Desenvolvimento Urbano, 4,2%”.

Por fim, ainda que haja uma certa margem de liberdade na condução das Conferências – respeitadas eventuais regras expedidas pelos Conselhos das Cidades; seu regramento interno, caso haja; eventual lei regulamentadora, como no caso do setor de saúde pública, etc. -, entendemos que deva haver o máximo de publicidade quanto aos resultados e eventual documento final produzido no âmbito da Conferência.⁶⁰

II.1.4. Iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, plebiscito e referendo popular

Agrupamos, neste tópico, os instrumentos de democracia direta que encontram previsão no art. 14, I, II e III da Constituição Federal. Consoante já falado em momento anterior, a iniciativa popular é expressamente prevista como instrumento de gestão democrática da cidade, nos termos do inciso IV do art. 43 do Estatuto da Cidade. O referendo popular e o plebiscito, por sua vez, encontravam previsão no inciso V daquele mesmo artigo, mas acabaram sendo vetados. As razões do veto foram as seguintes:

“Tais instrumentos de exercício da soberania popular estão disciplinados na Lei n. 9.709, de 18.11.1998, que, em seu art. 6º, admite a sua convocação por parte de Estados e Municípios, na forma determinada pela Constituição Estadual ou lei orgânica municipal. Há, portanto, no ordenamento jurídico pátrio,

⁶⁰ Essa regra, aliás, vem contida no art. 8º do Regimento da 5ª Conferência Nacional das Cidades: *“Art. 8º. A 5ª Conferência Nacional produzirá um relatório final, a ser encaminhado ao Ministério das Cidades, que promoverá sua publicação e divulgação.”*

permissivo legal para a utilização destes mecanismos por parte dos Municípios, desde que observados os ditames da lei orgânica municipal, instrumento constitucionalmente habilitado a regular o processo político em âmbito local.”

O veto, portanto, se deu por razões de técnica legislativa e não pelo entendimento de que o instrumento não teria aplicabilidade no âmbito do Estatuto da Cidade. Contudo, devemos discordar da técnica legislativa aqui utilizada: veja-se, por exemplo, que a iniciativa popular também é regulada pela mesma Lei nº. 9.709, de 1998, e o legislador não deixou de indicá-la entre os instrumentos de gestão democrática da cidade. O mesmo se diga quanto às consultas e audiências públicas que, como visto, já encontram regramento no âmbito da Lei federal de processo administrativo. No tocante ao ponto, concordamos integralmente com MARIA PAULA DALLARI BUCCI, para quem:

*“O argumento técnico é inconsistente, diga-se, na medida em que a menção aos instrumentos da gestão democrática neste capítulo do Estatuto da Cidade tem a finalidade de sistematizar o assunto em relação ao objeto da lei – a gestão da cidade – que delimita um interesse específico e cria um campo de aplicação peculiar. A se admitir o fundamento do veto em seu suposto rigor, deveriam ser vetados, pelo menos em parte, também o inciso II, posto que as audiências e consultas públicas são disciplinadas pela Lei de Processo Administrativo (Lei federal 9.784/1999), e o inciso IV, uma vez que o art. 61, § 2º, da Constituição Federal já disciplinou a iniciativa popular e projeto de lei”.*⁶¹

Em nosso entendimento, o legislador teria duas opções: (i) prever os instrumentos que julgasse adequados, independentemente de os mesmos já encontrarem regramento em outros diplomas legislativos; (ii) ou, alternativamente, não listar no âmbito do art. 43 nenhum instrumento que já encontrasse detalhamento em outras leis, limitando-se a prever instrumentos novos. De todo modo, repise-se: tanto o plebiscito quanto o referendo popular são aplicáveis no âmbito do Estatuto da Cidade, até mesmo porque esta lei faz referência a tais dispositivos no âmbito dos instrumentos de política urbana (art. 4º, V, “s”), com o que demonstra seu pleno cabimento à hipótese.

Superada a questão a respeito da aplicabilidade do referendo popular e do plebiscito, é preciso consignar que tais instrumentos se inserem no que se convencionou chamar de “instrumentos de democracia direta”. Em qualquer regime democrático o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF), contudo a forma como ele o exerce varia,

⁶¹ *Gestão democrática...*, p. 351.

podendo ser direta ou indiretamente. O exercício indireto da democracia identifica-se com o que se convencionou chamar de democracia representativa, exercitável por meio de representantes eleitos. Embora essa seja a regra no Brasil, a Constituição Federal consagrou instrumentos de democracia direta, que se inserem no contexto da chamada democracia participativa.⁶² Desse modo, iniciativa popular, referendo e plebiscito são instrumentos da chamada democracia participativa, que permitem uma ingerência direta do povo na formulação de políticas públicas por meio de vias legislativas. Daí sua absoluta pertinência com a temática do Urbanismo, de onde relevam consequências e implicações importantíssimas e imediatas para os cidadãos. É fundamental que neste campo se assegurem tais instrumentos. De todo modo, ainda que o Estatuto da Cidade não os tivesse previsto no âmbito da gestão democrática da cidade, sua aplicabilidade ao ambiente urbano seria plena.

A respeito da iniciativa popular, insta mencionar o art. 61, § 2º, da Constituição que dispõe que a mesma *“pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por 5 Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”*.

No âmbito dos Municípios, de onde provêm boa parte das normas de cunho urbanístico, a regra obviamente é outra: ali se exige manifestação de, pelo menos, 5% do eleitorado (cf. art. 29, XIII, Constituição Federal). A aplicabilidade do instituto aos âmbitos municipal e estadual decorre do chamado princípio da simetria pelo qual os Constituintes estadual e municipal devem seguir parâmetros balizadores consagrados pelo Constituinte Federal, sobretudo aqueles relacionados às opções de organização e de relacionamento entre Poderes.⁶³

De acordo com a já citada Lei nº. 9.709, de 1998, que dispõe de maneira extremamente sintética sobre o tema, o projeto de lei de iniciativa popular deve se circunscrever a apenas um assunto e “não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo

⁶² “Se a participação do povo no processo do poder é direta, tem-se a democracia direta; se a participação é indireta, tem-se a democracia indireta, chamada representativa; enfim, tem-se uma democracia semidireta que é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções do governo. A democracia semidireta revela as primeiras manifestações da democracia participativa em que se combinam instituições de participação indireta e institutos de participação direta.” SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 222.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 796.

à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação” (art. 13, §2º). Andou bem a lei neste ponto, pois se a intenção é permitir a manifestação direta do povo, não se haveria de criar empecilhos de ordem técnica para frustrar tal intento.

Veja-se que o Estatuto da Cidade exige edição de lei para uma série de medidas e/ou institutos: é o caso do art. 5º (que trata do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios); art. 25, §1º (trata do direito de preempção); art. 30 (dispõe sobre outorga onerosa direito de construir e de alteração de uso), art. 36 (obrigatoriedade do Estudo de Impacto de Vizinhança) etc.⁶⁴ Portanto, em todas essas matérias e outras de interesse urbanístico, entendemos ser plenamente cabível a iniciativa popular de lei. Veja-se, ademais, quão impactantes são tais matérias em relação aos cidadãos, sendo em realidade desejoso que os mesmos se envolvam no seu regramento.

Se o Estatuto da Cidade não inovou quanto ao instrumento da iniciativa popular em relação a projetos de lei, o mesmo não se diga em relação aos *planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano*. O escopo aqui é abrangente e pode envolver também projetos de lei. É o caso de programas ou planos que dependam de lei para aprovação. Contudo, vemos neste dispositivo um permissivo legal para uma ampla participação da população na gestão do ambiente urbano, o que se coaduna com o espírito de democracia participativa do Estatuto da Cidade.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI cita algumas hipóteses concernentes à matéria: seria o caso, por exemplo, do art. 33, III, que dispõe sobre o *programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação* no âmbito do plano de operação urbana consorciada; ou ainda os *programas de regularização fundiária e de urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social* do art. 35, III, etc.⁶⁵ Veja-se, nos casos citados, que os referidos planos e programas são de grande importância para os administrados afetados, com implicações que serão por eles diretamente vivenciadas, daí fazer todo sentido que eles possam sugerir um plano alternativo ao plano governamental, ou mesmo sugerir algo que sequer havia sido planejado no âmbito de um projeto específico capitaneado pela Administração, como na hipótese dos programas e projetos habitacionais e de interesse social do art. 48 do Estatuto.

⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari, **Gestão democrática...**, p. 350.

⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 350.

Conforme apontado em momento anterior deste trabalho, o ambiente urbano é capaz de sintetizar uma plêiade enorme de interesses, sendo que, nesse cenário, a possibilidade de os interessados apresentarem alternativas para planos, programas e projetos é fundamental e, sem dúvida alguma, colabora no para a eficácia e adequada implementação dos mesmos.

Entendemos, outrossim, que a iniciativa popular neste ponto deve ser a mais ampla possível, de modo que deve ser conferida margem de liberdade e autonomia para que os interessados formulem efetivamente alternativas para planos e projetos governamentais de cunho urbanístico ou, ainda, que formulem algo inovador, que sequer esteja na pauta do Poder Público. Essa orientação, a nosso ver, se coaduna com o espírito de democratização do acesso às cidades, conferindo o máximo de valor aos *inputs* da sociedade.⁶⁶

Com relação aos referendos populares e plebiscitos não visualizamos nenhuma especificidade no que tange à sua aplicação ao ambiente urbano. Em síntese, trata-se de instrumentos inseridos no âmbito da democracia participativa e com previsão constitucional, por meio dos quais são formuladas consultas ao povo “*para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa*” (art. 2º Lei nº. 9.709, de 1998). Embora haja certa confusão entre os dois institutos, eles não se confundem, uma vez que o plebiscito é convocado com anterioridade ao ato administrativo ou legislativo, cabendo ao povo aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido (art. 2º, §1º). De outro lado, o referendo, como o próprio nome sugere, é utilizado *após* a edição do ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo ratificá-lo ou rejeitá-lo (art. 2º, §2º).⁶⁷

⁶⁶ As experiências de alguns Municípios brasileiros parecem levar adiante o propósito da gestão democrática das cidades quanto a esse ponto. Veja-se, nesse sentido, os exemplos do Rio de Janeiro e Porto Alegre, trazidos por GUILHERME FREDHERICO DIAS REISDORFER:

“A Lei Complementar 11/2011, do Município do Rio de Janeiro, disciplina a figura da ‘urbanização consorciada’, que, nos termos do art. 93, § único, ‘poderá ocorrer por iniciativa do Poder Público ou através de propostas de interessados, avaliado o interesse público pelo órgão responsável pelo planejamento urbano do Município e ouvido o Conselho Municipal de Política Urbana – COMPUR’.

De forma similar, a Lei Complementar 434/2009, de Porto Alegre, prevê o instituto da ‘operação concertada’, definido na Lei como ‘processo pelo qual se estabelecem as condições e compromissos necessários, firmados em Termo de Ajustamento’, que poderá ocorrer tendo por objeto tanto a ‘implementação de características especiais’, quanto ‘o desenvolvimento de áreas da cidade que necessitem acordos programáticos’ (art. 55, § 2º). A operação concertada pode resultar de ‘projeto especial de realização voluntária’ originado de iniciativa externa ao âmbito estatal, à qual o Poder Público Municipal poderá associar-se”. Cf. **Atuação privada na...**, p. 80-81.

⁶⁷ “Como se vê, o plebiscito é forma de consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre projetos de lei ou de emendas constitucionais já aprovados.” SILVA, José Afonso da, **Comentário contextual...**, p. 223.

JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta caráter restritivo do art. 3º da Lei nº 9.709, de 1998 que, ao subordinar a convocação de plebiscito e referendo nas questões de relevância nacional à edição de decreto legislativo proposto, por no mínimo, um terço dos membros de qualquer das casas do Congresso, tornou a “legitimidade convocatória” mais específica – eliminando a possibilidade de convocação por iniciativa popular ou mesmo do Presidente da República -, além de criar uma condição de caráter subjetivo, consistente no preenchimento do critério de *relevância nacional*.⁶⁸

Como apontamos, não vislumbramos peculiaridades na aplicação deste instrumento ao ambiente urbano. Apenas uma ressalva se faz necessária: como a maioria das leis urbanísticas são editadas pelo Município, na maior parte das vezes, estes instrumentos serão utilizados com relação a leis municipais. Daí que, como é óbvio, o *interesse nacional* deverá ser substituído pelo *interesse municipal*.⁶⁹

II.1.5 Gestão Orçamentária Participativa

À semelhança do plebiscito e do referendo popular acima analisados, a gestão orçamentária participativa não vem listada expressamente dentre os instrumentos de gestão democrática do art. 43. Contudo, a pertinência da análise do instituto é inegável. A uma porque, como visto, o rol do art. 43 é meramente exemplificativo, sendo admissíveis enquanto instrumentos de gestão urbana democrática quaisquer outros instrumentos que a isso se prestem, desde que em harmonia com os demais preceitos do Estatuto da Cidade. A duas porque a gestão orçamentária participativa tem previsão expressa em outro dispositivo do Estatuto, qual seja, o art. 4º, III, “f”. E por fim, ainda que não indicado expressamente como instrumento de gestão democrática no âmbito do art. 43, o instituto é tratado pelo capítulo da gestão democrática, uma vez que o art. 44 assim dispõe:

“Art. 44 – No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de

Confirmando esse entendimento, aliás, veja-se o art. 11 da Lei nº. 9.709, de 1998, que dispõe:

“Art. 11. O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias a contar da promulgação da lei ou adoção da medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.”

⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 223.

⁶⁹ No âmbito da Lei Orgânica do Município de São Paulo, o art. 45 dispõe:

“Art. 45 – As questões relevantes aos destinos do Município poderão ser submetidas a plebiscito ou referendo por proposta do Executivo, por 1/3 (um terço) dos vereadores ou por pelo menos 2% (dois por cento) do eleitorado, decidido pelo Plenário da Câmara Municipal”.

diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.”

Talvez, para o legislador, a gestão orçamentária participativa se configure processo mais amplo que, ao oportunizar o debate no âmbito das leis orçamentárias se vale, aí sim, dos instrumentos do art. 43, como os debates, audiências e consultas públicas. De todo modo, dada a relevância do instituto, bem como de casos de sucesso na sua implementação, sua análise enquanto *locus* de debate e de oportunização da gestão democrática das cidades é imperiosa.

Importante frisar, conforme se depreende do art. 44 acima, que a gestão orçamentária participativa se impõe em todos os documentos de cunho orçamentário, quais sejam: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual. Contudo, será no âmbito da elaboração do orçamento anual que ela surtirá melhores efeitos, sobretudo em razão da maior concreção que este documento encerra. Não se deve olvidar, de toda forma, o caráter impositivo do art. 44, que frisa a obrigatoriedade, no âmbito municipal, da realização de debates, audiências e consultas públicas no âmbito do processo legislativo de aprovação de todos os documentos orçamentários acima indicados.

Da experiência de diversos Municípios, algumas diretrizes para implementação da gestão orçamentária participativa podem ser extraídas, a saber: (i) descentralização das discussões, através da divisão do Município em regiões – podendo, a nosso ver, ser aproveitada a divisão já existente em subprefeituras, caso compatível; (ii) elaboração dos critérios de atendimento das demandas regionais; (iii) elaboração dos critérios de participação da população; e (iv) definição das instâncias de participação e suas competências específicas (reuniões, plenárias, conselhos, etc.).⁷⁰

A experiência pioneira de Porto Alegre, mundialmente reconhecida, teve início em 1994. Naquele ano, a cidade foi subdividida em 16 regiões, de acordo com critérios geográficos, sociais e de organização comunitária, sendo que em cada uma delas houve a realização de uma plenária. Nelas procedeu-se à prestação de contas do ano anterior, apresentação do plano para o ano então corrente, assim como à apresentação dos critérios para a elaboração do programa de investimento do ano seguinte. Na sequência, cada região se reuniu para apontar setores prioritários (saneamento, educação, etc.), hierarquizando,

⁷⁰ Cf. ALMEIDA, Marco Antônio de. **Orçamento participativo**, In: *Governo e Sociedade* n° 92, Pólis, 1997 p. 1, disponível em www.polis.org.br/uploads/443/443.pdf (consultado em 01.11.2013).

ainda, as obras prioritárias em casa setor. Foram realizadas, ainda, plenárias setoriais (saúde, educação, etc.) com a presença de movimentos sindicais e entidades representativas da sociedade local.⁷¹

A segunda rodada das plenárias, por sua vez, teve como objetivo o recebimento das propostas e prioridades pela Prefeitura assim como a eleição dos delegados e conselheiros do orçamento participativo.⁷² Foi por meio do Conselho, que reúne representantes eleitos pelas regiões e setores, que a proposta foi discutida conjuntamente com a Prefeitura antes que o Projeto fosse enviado à Câmara Municipal.

Note-se que nesta última fase antes do envio do projeto ao Legislativo, deve haver um intenso debate entre conselheiros e os órgãos da Prefeitura, uma vez que se deve compatibilizar – tarefa um tanto árdua -, as prioridades debatidas no âmbito das Plenárias com as prioridades elencadas pelas Secretarias e demais órgãos municipais. A isso tudo se agrega o fato de que, usualmente, as Prefeituras dispõem de poucos recursos para investimentos, uma vez que a maior parte da folha se destina ao custeio da máquina administrativa.⁷³

A experiência de Porto Alegre (note-se: ainda em curso) alastrou-se pelo País, havendo uma infinidade de Municípios que já implementaram modelos de orçamento participativo.⁷⁴

Contudo, é preciso notar que a existência do orçamento participativo não é garantia, por si só, de uma gestão democrática. Como aponta estudo que levou em conta depoimentos de diversos membros da sociedade civil que participaram de plenárias e reuniões de orçamento participativo na cidade de São Paulo durante a gestão Marta

⁷¹ *Idem, Ibidem*, p. 2.

⁷² “Os delegados são o elo de ligação entre os conselheiros e a população, atuando dentro da própria região no acompanhamento e fiscalização dos investimentos ali propostos”.

⁷³ Essa, aliás, é uma queixa frequente dos cidadãos. É o que se percebe da seguinte declaração feita no âmbito de um estudo sobre o orçamento participativo da gestão Marta Suplicy:

“Eu não creio no Orçamento Participativo (....) por questões políticas porque eu tenho divergências com o método, como ele é encaminhado. Eu creio que aqui nós não temos Orçamento Participativo, em nenhum lugar (....) O orçamento já vem assim: tanto para saúde, tanto para educação, tanto para dívida externa, tanto para pagar dívida interna. Aí o restico que sobra, 6,7%, se põe na mesa para que os movimentos briguem, se coloca para que a sociedade dispute. Então, isso não é Orçamento Participativo, é orçamento da miséria” Traduzimos. p. 52

⁷⁴ Nesta senda, veja-se que na gestão municipal de 2001-2004, foram implementadas 40 experiências de orçamento participativo apenas no Estado de São Paulo. Cf. BALCÃO, Nilde; MARANHÃO, Tatiana de Amorim, **Balanço político e desafios de continuidade do orçamento participativo**, disponível em <http://www.polis.org.br/uploads/727/727.pdf> (consultado em 14.11.2013).

Suplicy, há uma frustração generalizada a partir da percepção de que as obras e projetos ali discutidos e aprovados não são, ao final, implementados⁷⁵. Ou seja, há que se perceber que existe um grande fosso entre teoria e prática.

Por outro lado, outros riscos e dificuldades são apontados por estudiosos do tema: (i) conversão do orçamento participativo em instância legitimadora das ações do Poder Público, com a mera descrição dos gastos, investimentos, i.e., com a transmutação do instrumento em instância de prestação de contas, apenas; (ii) como consequência do primeiro, uma paralisia e conformismo da sociedade civil, com a desmobilização de movimentos; (iii) risco de que a comunidade continue a pensar apenas e tão somente em seu bairro, sua rua, seu asfalto, etc., o que corrobora para a manutenção das relações clientelistas tão comuns em nosso País;⁷⁶ (iv) falta de conhecimentos técnicos sobre o orçamento por parte dos conselheiros e delegados, o que os coloca em posição de inferioridade em relação aos funcionários da Prefeitura⁷⁷; (v) a já citada escassez de recursos, do que resulta que parcela extremamente diminuta do orçamento é objeto de debate, etc.

Ou seja, há uma série de desafios a serem vencidos, o que, aliás, é observável em relação a maior parte dos instrumentos participativos. Entendemos que, a despeito dos desafios e dificuldades, o orçamento participativo é instrumento oportuno no âmbito do desenvolvimento de pautas e prioridades de cunho urbanístico, em grande medida em razão da já aludida *proximidade* da temática urbana ao cotidiano dos cidadãos. São os moradores de um dado bairro, de uma rua específica, de uma determinada favela ou os usuários de um tal ou qual equipamento, as pessoas mais aptas a apontarem os reais problemas urbanísticos da localidade. Daí a importância de trazer essas pessoas para o debate das leis orçamentárias, instrumentos essenciais na viabilização de políticas públicas.

⁷⁵ Cf. TEIXEIRA, Ana Cláudia ; TATAGIBA, Luciana. **Movimientos Sociales y Sistema Político: los desafíos de la participación**, in TEIXEIRA, Ana Cláudia (org.). **Desafíos de la construcción democrática em Brasil: participación**, São Paulo: Instituto Pólis, 2008, p. 45 e ss.

⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Cláudia ; TATAGIBA, Luciana. **Movimientos Sociales**, p. 57.

⁷⁷ Nesse sentido, cf. ALMEIDA, Marco Antônio, **Orçamento Participativo**, p 2.

Para tentativa de equacionamento do problema, sugere o autor:

“Uma maneira de se resolver o problema é proporcionar-lhes um curso de capacitação, de preferência não ministrado pelos técnicos da própria prefeitura, mas por ONGs com capacitação para a tarefa, investindo na formação dos representantes populares, em áreas como: aspectos conceituais e legais do orçamento; processo de formulação do orçamento; responsabilidades da Prefeitura, características das políticas setoriais. (...)

Outra forma é a própria prefeitura tomar a iniciativa de simplificar a apresentação do orçamento, tornando-o mais transparente. Uma dezena de receitas e cerca de quinze despesas correspondem, normalmente, a 95% dos valores orçamentários. Para facilitar a compreensão, deve-se apresentar estes itens em destaque, agrupando as demais na rubrica ‘outros’.” Ibidem, p. 2.

Isso, obviamente, sem desconsiderar outros aspectos de suma importância ligados ao tema do orçamento participativo, como o controle e a transparência.

CAPÍTULO III

CONCERTAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NA CONSTRUÇÃO DO URBANISMO

JACQUES CAILLOSSE, discorrendo sobre as vicissitudes do sistema francês, aponta que o Direito Público, em seu país, ofereceu à Administração métodos para que esta se concebesse como um “mundo à parte”. Assim, explica ele:

“Não há dúvidas de que nosso Direito Administrativo, na sua acepção dominante de um direito exorbitante do direito comum, participa de um universo mental onde os modelos da empresa privada e do mercado servem para colocar em destaque a obra administrativa”. (tradução nossa)

Ao final, conclui que: *“ao fazer ver na sua retórica a impotência de uma sociedade civil - dilacerada pelos interesses privados - em se autorregular, o direito se refere à ação pública em termos de necessidade”*.¹

As palavras do autor francês poderiam, tranquilamente, ser transpostas para o nosso sistema, que importou da França o modelo de Administração Pública imperativa, *“com raízes no vetusto conceito de jus imperii”*², e, conseqüentemente, assimétrica e portadora de prerrogativas face ao particular.

O tema do contrato administrativo - ao qual iremos emprestar uma conceituação mais ampla e consentânea com este trabalho, no sentido de uma “Administração contratual”³, como adiante se verá – está intrinsecamente ligado à ideia de Administração como “mundo à parte”. Ou melhor, *o modo como a teoria do contrato administrativo foi elaborado* é que se vincula a essa concepção. Conforme discorre FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, a formulação inicial da teoria do contrato administrativo na França não importava uma ideia imediata de prerrogativas, assimetrias etc., eis que *“o regime especial de Direito público que a ele se associa diz com a natureza do ‘objeto’ contratual;*

¹ **Le Droit Administratif contre la performance publique?**, In: *L’Actualité Juridique Droit Administratif* (“AJDA”), n.º. 3, 1999, Paris: Dalloz, 1999, p. 197. (tradução nossa)

² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo Marques (coord.). **Direito Administrativo...**, p. 572.

³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo Marques. **Do contrato administrativo à Administração contratual**, In: *Revista do Advogado: contratos com o Poder Público*, n.º. 107, ano XXIX, dez. de 2009, São Paulo AASP, 2009, p. 74-82.

e não com o ‘contrato’ em si”⁴. Contudo, conforme continua o autor, a teoria sofreu uma redução simplificadora, no sentido de haver um regime especial aplicável aos contratos administrativos, incluindo as possibilidades de alteração unilateral, rescisão unilateral etc.⁵ A contrapartida oferecida à parte privada consistiria numa garantia de equilíbrio econômico financeiro da avença.⁶

No Brasil, a questão se agravou, pois a importação da teoria, nesses moldes, se agregou à ausência de mecanismos jurisprudenciais de criação do Direito Administrativo e de legislação a respeito do tema, o que colaborou para a consolidação de um dogma doutrinário.⁷

Nos moldes em que importada pela doutrina brasileira, a teoria do contrato administrativo acabou por “*esvaziar o contrato como fonte de obrigação para a Administração*”, de acordo com palavras de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO⁸. A transposição do conceito, como efetuada, acabou, assim, sendo tão prejudicial quanto a negativa de a Administração poder pactuar com privados⁹. Isso porque, na prática, passou-se a conceber o contrato administrativo como um engajamento provisório, do qual a Administração poderia se livrar se isso conviesse ao interesse público. Ou seja, o instrumento contratual, em última análise, gerava obrigações apenas para os privados.¹⁰

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA inventaria as principais críticas que a doutrina contemporânea faz à formulação da teoria do contrato administrativo para, ao final, trazer algumas constatações que decorrem de praticamente todas elas: (i) “*a de que*

⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, **Contrato Administrativo**, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2012, p. 350.

⁵ GASPAR ARIÑO ORTIZ em trabalho comparativo do instituto do contrato administrativo em diversos sistemas, demonstra que nem todos os Países europeus conferiram mesmo tratamento ao instituto, conforme se vê do trecho adiante: “*Pelo contrário, aqueles que na França e na Espanha se qualificam como contratos administrativos, na Alemanha consistem em ‘atos dependentes de aceitação’ (isto é, do consentimento do particular) como condição prévia de validade e/ou eficácia, ou contratos civis próprios do Fisco, da Administração Fiscal (‘Fiskalische Verwaltung’) e não da Administração como Poder. Assim, são qualificados, entre outros, os contratos de fornecimento de energia elétrica em um Município, de transporte público, contrato de obras, contratos de fornecimentos, contratos de aluguel e/ou compra de imóveis. A Jurisprudência afirmou reiteradamente que todos eles, inclusive quando dão lugar a uma situação de monopólio ou impliquem uma ocupação do domínio público (caso do fornecimento de eletricidade ou do transporte urbano), seguem sendo relações de direito privado, se submetem, em princípio, a normas de direito civil ou comercial e são de competência dos Tribunais ordinários.*” **Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)**, p. 482.

⁶ *Idem, Ibidem*, p. 350-351.

⁷ *Idem, Ibidem*, p. 351.

⁸ **Do contrato administrativo...**, p. 76.

⁹ De acordo com o autor, inicialmente parcela da doutrina negava a possibilidade de a Administração Pública travar relações obrigacionais com privados. *Ibidem*, p. 74

¹⁰ **Do contrato administrativo...**, p.77.

um regime jurídico geral, previsto na lei, baseado na versão consolidada da teoria do contrato administrativo, não é mais apto a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração, havendo que se garantir maior flexibilidade ao administrador, ao moldar concretamente cada contratação...”; (ii) “a percepção de que as prerrogativas tradicionais da Administração no contrato administrativo não são sequer aptas a assegurar a consecução da função administrativa”.¹¹

A primeira constatação liga-se ao que FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO denominou “maldição do regime único”.¹² A ideia, conforme bem descrita acima por FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, é a de um regime jurídico geral e monobloco, aplicável a todo e qualquer contrato de que a Administração Pública participe, ignorando as peculiaridades existentes em cada relação específica e impedindo modulações de regime. Desse modo, a ideia é de um nivelamento, tratando-se de igual forma situações as mais diversas, como compras de material de escritório, encomenda de projeto de arquitetura, contratação de uma construção complexa, e assim por diante.¹³

Essa homogenização do fenômeno contratual relativo à Administração Pública desperdiça o que de mais útil se poderia extrair da figura do contrato, que é justamente sua flexibilidade e adaptabilidade a diversas situações¹⁴. E mais, a aplicação indiscriminada das chamadas cláusulas exorbitantes, conforme nos informa FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, pode gerar inconvenientes, como: (i) maior onerosidade para a Administração, já que os privados que pretendam firmar contratos com ela naturalmente embutirão nos seus valores, custos relativos a uma possível rescisão antecipada, alteração contratual etc. (o chamado “custo Administração); (ii) a ineficiência da Administração, eis que os agentes públicos, acostumados ao manejo das cláusulas exorbitantes, comumente estimam de forma equivocada as necessidades de uma dada compra, por exemplo, contando sempre com a possibilidade de alteração unilateral da avença; (iii) facilitação de desvios de

¹¹ **Contrato...**p. 328

¹² **Do contrato administrativo...**, p. 77-79.

¹³ “Embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada para obras de engenharia, molde das disposições da Lei nº. 8.666/93.” *Idem, Ibidem*, p. 78.

¹⁴ “Veja-se, por exemplo, o tema da alocação de riscos. Em cada empreendimento alvitado pelo poder público, a distribuição dos riscos entre as partes seguirá uma matriz diversa. É impossível à Lei capturar todas as variáveis, normatizar de forma abstrata e, ao mesmo tempo, adequada o regime de alocação de riscos para todas as situações possíveis. No regime único, porém, recorre-se a certo padrão de distribuição de riscos, que, em diversas oportunidades, não corresponderá ao padrão mais vantajoso para a Administração.” *Idem, Ibidem*, p. 78.

conduta, pois o administrador pode obter benefícios do privado em troca da não utilização de suas prerrogativas, ou ao revés, o privado pode cooptar o agente público em troca de uma modificação indevida no ajuste contratual; (iv) por fim, o estímulo a práticas autoritárias da Administração Pública.¹⁵

O cerne da questão parece ser muito bem percebido por JACQUES CAILLOSSE ao tratar do tema da eficiência. Conforme afirma o autor:

*“a eficiência não tem nada de categoria jurídica. O direito público pode, até mesmo, para desqualificar o discurso da eficiência - uma vez que o modelo francês de função pública prevê uma concepção rigorosa de igualdade – desencorajar, quando não tornar ilícita, a valorização das diferenças”.*¹⁶ (tradução nossa)

O regime monobloco de contratação pública é exatamente reconduzível a essa constatação do autor francês. Isto é, a uniformização do regime contratual administrativo é vista como uma garantia de isonomia dos administrados. Permitir que a Administração adote formas contratuais arrojadas, através, por exemplo, de contratos inominados, é admitir diferenciações, o que pode acarretar a responsabilização do agente público. O irônico é que, para não sair da zona de conforto estabelecida em lei, o agente público acaba por agir contrariamente aos interesses públicos.

Parece mais do que evidente que a evolução do Direito Administrativo de uma vertente autoritária no sentido de uma Administração mais paritária e, por consequência, mais permeável a instrumentos de participação e de consensualidade, impõe uma revisão da teoria do contrato administrativo. É preciso, ainda, ir além, para perceber que *“o contrato passa a ser não apenas meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação do interesse pela via consensual”*¹⁷. O contrato administrativo, dessa forma, se alarga para abarcar uma série de fenômenos distintos.

Como muito bem aponta uma vez mais FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, a carga de interesse público realizável por meio dos módulos contratuais é variável. Assim, de acordo com a classificação proposta pelo administrativista em *modelos convencionais*

¹⁵ Cf. **Contrato...**, p. 329-332.

¹⁶ Cf. **Le Droit Administratif...**, p. 195.

¹⁷ Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. **A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos**, In: *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 12, nº. 138, jun./2013, Belo Horizonte: Ed. Fórum: 2013, p. 51.

*de concessão (i), de cooperação (ii), instrumentais (iii) e substitutivos de decisão unilateral (iv)*¹⁸, é possível afirmar, exemplificativamente, que os modelos convencionais instrumentais são mais ligados a uma dimensão patrimonial, “*podendo sua execução operar muito proximamente de uma lógica privada*”. Parece muito evidente, ao contrário, que no caso dos módulos de concessão, há uma carga maior de interesses públicos envolvidos, o que justificaria, a depender do caso, uma maior incidência de alterabilidade para satisfação de tais interesses.

Veja-se, ainda, que, como muito bem coloca o administrativista, no caso dos módulos consensuais substitutivos de decisão unilateral, a Administração já possuía, previamente, um poder de decisão unilateral, e, uma vez se decidindo pelo módulo convencional, não faz o menor sentido que queira manejar poderes extroversos dos quais pretendeu, em momento anterior, “se livrar” em favor de uma decisão concertada. Em tais casos, haverá uma carga menor ainda de prerrogativas estatais, portanto.¹⁹

A classificação acima dá conta da insuficiência da teoria do contrato administrativo, nos moldes em que formulada, para explicar esses novos modelos negociais de que participa a Administração. Conforme sintetiza ODETE MEDAUAR:

*“No quadro de atenuação do caráter unilateral e impositivo do agir administrativo, na esteira da busca do diálogo, do consenso, da negociação, do acordo, emergiram ‘técnicas contratuais’, também denominadas ‘consensuais’ ou ‘convencionais’ ou ‘cooperativas’ ou ‘colaborativas’, cujas características fogem dos elementos dos contratos administrativos clássicos”.*²⁰

¹⁸ Cf. **Contrato**, p. 348 e ss.

VITOR RHEIN SCHIRATO classifica os contratos administrativos em: (i) aquisições de bens e serviços; (ii) parcerias; (iii) associações; e (iv) formas consensuais de exercício de funções públicas tradicionalmente autoritárias. Numa comparação com a classificação de FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, é possível dizer que o módulo operacional coincidiria com os contratos de aquisição de bens e serviços; os contratos de parcerias abarcariam os módulos de concessão e, em parte, os de cooperação; e as formas consensuais de exercício de funções públicas equivaleriam aos módulos substitutivos de decisão unilateral. **A interação entre...**, p. 56 e ss.

¹⁹ Sobre o tema, confira-se o trabalho de JULIANA BONACORSI DE PALMA: **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, *mimeo*.

²⁰ **Os contratos públicos de colaboração entre o setor público e privado**, In: **Aportes para um Estado eficiente: V Congresso Nacional de Derecho Administrativo**, Lima: Palestra Editores, 2012, p. 514.

VERA MONTEIRO, discorrendo sobre a implementação de uma Administração consensual especificamente em matéria de contratos, aponta uma série de mecanismos tendentes a realizar citada tarefa. Vejamos:

“Vários mecanismos podem ser pensados para atingir tais desideratos. Alguns ligados à fase pré-contratual (como a audiência e consulta públicas e a promoção de manifestação de interesse); outros para serem aplicados no processo licitatório em si (e assumindo que a competição não é um mecanismo vantajoso em todos os casos); e outros, ainda, para serem inseridos no instrumento contratual (como a arbitragem, a mediação, a revisão periódica das condições contratualizadas, a repartição de riscos, o compartilhamento de ganhos econômicos, a maior participação dos financiadores na execução do contrato e a remuneração variável”.²¹

Ainda de acordo com a administrativista, duas constatações auxiliam na compreensão dessa vertente consensual em matéria de contratos: (i) a primeira ligada à substituição do particular de “mero executor” para “colaborador”, tornando, assim, o contrato mais eficiente; (ii) e a segunda relacionada à responsabilidade da Administração na matéria, sendo certo que o ente público deve, tanto quanto possível, minimizar riscos de inadimplemento por meio da antecipação de soluções justas etc.²²

No campo do Direito Urbanístico, essa insuficiência da teoria do contrato administrativo é percebida na prática, conforme se sucedem diversos arranjos, cada vez mais cooperativos e colaborativos, na consecução das políticas públicas de cunho urbanístico. O contrato administrativo clássico – dotado de carga imperativa, com cláusulas exorbitantes automaticamente aplicáveis – não deve reinar num ambiente onde a apartação público-privada é cotidianamente posta em xeque.²³

²¹ Cf. **Concessão**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 59.

²² *Idem*, *Ibidem*, p. 59.

²³ JEAN-BERNARD AUBY tratando da insuficiência dos instrumentos legais em captar a dinâmica da cidade, dispõe que “*Há muito tempo – desde os anos 1970 –, se observa que muitas operações, especialmente sobre tecidos urbanos existentes, se realizam sem recurso aos procedimentos formais previstos em leis: revela-se suficiente para alguns trabalhos de infraestrutura, um enquadramento em algum mecanismo informal... Como consequência, como já sublinhamos, a política das cidades se proviu de seus próprios mecanismos - ‘grandes projetos urbanos’, ‘grandes projetos de cidade’ –, que em nada perdem em relação aos procedimentos particulares de urbanismo operacional e que se apoiam, sobretudo, sobre arranjos financeiros, fiscais, institucionais...*”. **Droit de la ville...**, p. 157. (tradução nossa)

FRANÇOIS PRIET resume: “a hora é, então, de um Urbanismo por contrato”!²⁴ Levadas em consideração as advertências feitas pelo próprio autor de que essa nova maneira de implementar as políticas públicas urbanísticas não implica a superação do modelo do Urbanismo regulamentar, mas antes convive com ele, é possível dizer que essa é uma tendência também verificável no Direito Urbanístico brasileiro. Adiante, serão analisados os principais modelos de pactuação entre agentes públicos e privados no ambiente urbano.

III.1. CONCESSÃO URBANÍSTICA

Em obra dedicada ao instituto da concessão, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO afirma ser a concessão urbanística possivelmente a modalidade concessória mais controversa, o que inclusive se confirmaria com o fato de sua constitucionalidade ter sido questionada no Supremo Tribunal Federal (“STF”).²⁵ De acordo com o administrativista, a controvérsia poderia se justificar por alguma das seguintes razões: (i) pela amplitude de seus objetivos; (ii) por seu objeto não ser reconduzível às classes de delegação de serviço, obra ou uso de bem; ou (iii) pelo déficit normativo, i.e., pela ausência de uma lei geral nacional regulando a matéria.²⁶

Com efeito, todas as questões apontadas pelo administrativista se assemelham com “problemas” com os quais diversos juristas se depararam, cada qual externando sua opinião a respeito. A questão da natureza jurídica da concessão urbanística, por exemplo, reflete bem a polêmica. Alguns autores, como PAULO VILLELA LOMAR, entendem ser o instituto reconduzível à figura de uma *concessão de obra pública especial*, ao passo que outros entendem haver aí um objeto complexo, não enquadrável nas categorias clássicas acima discriminadas.²⁷

²⁴ **L’urbanisme est-il soluble dans le contrat**, In: *L’Actualité Juridique Droit Administratif* (“AJDA”), n°. 40/2011, Paris: Dalloz, 2011, p. 2257.

²⁵ Estamos nos referindo à ADI n°. 4.651 que questionava a constitucionalidade da lei municipal paulistana n°. 14.917, de 2009, mas que, por uma questão de incompetência do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei municipal, acabou não sendo conhecida.

²⁶ Cf. **A concessão...**, *mimeo*, p. 468.

²⁷ Cf. **A Concessão Urbanística**, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001, São Paulo, *mimeo*, p. 97. No segundo sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões urbanísticas e outorgas onerosas**, In: WAGNER JUNIOR, Luis Guilherme da Costa (coord.), **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Dallari**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 525 e ss; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A concessão...**, p. 471-472; e NOVIS, Mariana. **O regime jurídico da concessão urbanística**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 102 e ss.

Concordamos com o segundo entendimento, que reputamos mais consentâneo com o propósito da figura da concessão urbanística. Basta uma breve leitura do art. 1º da Lei nº. 14.917, de 2009, do Município de São Paulo para se perceber o alargado escopo do instituto. Conforme se lê de referido dispositivo, “*a concessão urbanística constitui instrumento de intervenção urbana estrutural destinado à realização de urbanização ou de reurbanização de parte do território municipal a ser objeto de requalificação da infraestrutura urbana e de reordenamento do espaço urbano com base em projeto urbanístico específico em área de operação urbana ou área de intervenção urbana, para atendimento de objetivos, diretrizes e prioridades estabelecidas na lei ou no plano diretor estratégico*”.

Ou seja, a concessão urbanística, em síntese, tem por objetivo atribuir a pessoa jurídica privada ou conjunto delas (no caso de consórcio), por meio de contrato de concessão, a tarefa de realizar intervenção urbana estrutural fundada em plano de urbanização ou reurbanização elaborado previa e especificamente, podendo abarcar atividades tão distintas e amplas como: obras de modificação do sistema viário, da estrutura fundiária, de instalações e equipamentos urbanos, incluindo sistema de transporte público, e da localização de logradouros públicos, a demolição, reforma ampliação ou construção de edificações, conforme estabelecido no projeto urbanístico (cf. art. 3º). Para realizar intervenção tão alargada, a concessionária frequentemente terá de lotear, relotear, demolir, reconstruir e/ou incorporar edifícios, sendo fundamental que a mesma tenha acesso a instrumentos como a desapropriação e /ou preempção, como será discutido adiante.

Assim, como se revela evidente, a concessão urbanística comporta a delegação a particular de um objeto complexo, que não pode ser reconduzível apenas às figuras puras da obra pública ou dos serviços públicos. Quanto à figura da concessão de obra pública, é possível perceber que a concessão urbanística dificilmente comportará uma única obra pública, senão um conjunto delas, as mais diversas possíveis, que se inserem no contexto maior de um plano urbanístico reconfigurador de uma dada área.²⁸ Por outro lado, não necessariamente serão requisitadas obras públicas, ou ainda que sejam, provavelmente em menor medida do que obras de cunho privado, já que a concessão urbanística não pode ser dissociada da ideia de aproveitamento da mais-valia imobiliária gerada pelo próprio

²⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal, **Concessões Urbanísticas e**, p.526

processo de reurbanização ou urbanização.²⁹ Aliás, como bem pontua FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

*“a concessão urbanística permite, a um só tempo, atrair investimentos do concessionário na efetivação das intervenções previstas no plano, ensejando que este se financie mediante o aproveitamento da valorização imobiliária gerada pela própria intervenção (...)”.*³⁰

É dizer, um dos propósitos do instituto é justamente permitir essa captação da mais-valia imobiliária pelo parceiro privado a fim de viabilizar o plano urbanístico. Daí, portanto, ser ínsita à ideia de concessão urbanística a realização de obras privadas, o que afasta o instituto da concessão pura de obras pública. De resto, como vimos defendendo ao longo deste trabalho, a imbricação entre público e privado no ambiente urbano é de tal modo reforçada que dificilmente se pode falar em projeto de reurbanização se forem previstas tão somente intervenções em áreas públicas. É fundamental que todo o perímetro da operação seja reurbanizado, com melhorias em equipamentos públicos e privados. Daí fazer todo sentido que a ação do concessionário também recaia sobre propriedades privadas, e, ainda, que o mesmo logre ter o retorno do capital investido através da “exploração” dessas propriedades, sob pena de se perder a eficiência ótima que só a simbiose público-privada consegue gerar. A questão, conforme se abordará adiante, é que o instituto da concessão urbanística não deve ser utilizado apenas com o propósito de remunerar regamente o concessionário, devendo-se prestar primordialmente a atender o plano urbanístico específico, que seja elaborado em conformidade com o plano diretor e, portanto, atenda às finalidades consignadas no documento básico de ordenação do território municipal.

Por outro lado, considerando-se a complexidade de que se reveste o instituto, há, sim, em alguns pontos aproximações com a figura das obras públicas. É de se notar, por exemplo, que se pode admitir que o concessionário explore direta ou indiretamente as áreas públicas reurbanizadas, admitindo-se, ainda, receitas alternativas, complementares ou acessórias.³¹ Daí fazer absoluto sentido a advertência de MARÇAL JUSTEN FILHO no sentido

²⁹ “Na concessão urbanística, a depender do plano de requalificação urbana que o embase, o particular tem delegada a implantação de um amplo rol de atividades, que podem ou não implicar a execução de obras e, quando implicam, muitas dessas obras são de natureza privada.” Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como...**, p. 471-472.

³⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 472-473.

³¹ É nesse sentido o parágrafo único do art. 1º da Lei Paulista, *in verbis*:

de que, embora sob certos aspectos a concessão urbanística possa se equiparar à concessão de obra pública, sua finalidade é “*a modificação do cenário urbano, abrangendo todas as providências concretas necessárias a tanto*”³², o que, em última análise, corresponde a dizer que o objeto da concessão urbanística é muito mais alargado em comparação ao de uma concessão pura de obra pública.

A outra questão que faz da concessão urbanística um tema tormentoso, conforme apontado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, é a ausência de um marco normativo geral nacional. Diferentemente de outros instrumentos urbanísticos, a concessão urbanística não encontra previsão no Estatuto da Cidade e tampouco em norma de abrangência nacional. Em realidade, a primeira previsão do instituto veio no bojo do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Lei Municipal nº. 13.430, de 2002), em seu art. 239³³, o que despertou controvérsias. Passou-se a questionar, por exemplo, se

Parágrafo único. “*A empresa concessionária obterá sua remuneração, por sua conta e risco, nos termos estabelecidos no edital de licitação e no contrato, dentre outras fontes, por meio da alienação ou locação de imóveis, inclusive dos imóveis desapropriados e das unidades imobiliárias a serem construídas, da exploração direta ou indireta de áreas públicas na área abrangida pela intervenção urbana ou qualquer outra forma de receita alternativa, complementar ou acessória, bem com pela receita de projetos associados.*”

³² Cf. “Concessões urbanísticas...”, p. 527.

Veja-se, ainda, que a discussão sobre ser o concessionário remunerado mediante tarifa, taxa ou preço privado decorre das questões precedentes. Em realidade, conforme aponta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, a principal fonte de remuneração do concessionário advém de preços privados obtidos por meio das operações de compra e venda de imóveis, locação, etc. Contudo, se o concessionário explorar infraestruturas públicas, conforme apontado acima, é possível também que preços públicos componham sua remuneração. Cf. **A concessão...**, p. 475.

³³ “Art. 239. O Poder Executivo fica autorizado a delegar, mediante licitação, à empresa, isoladamente, ou a conjunto de empresas, em consórcio, a realização de obras de urbanização ou de reurbanização de região da Cidade, inclusive loteamento, reloteamento, demolição, reconstrução e incorporação de conjuntos de edificações para implementação de diretrizes do Plano Diretor Estratégico.

§ 1º - A empresa concessionária obterá sua remuneração mediante exploração, por sua conta e risco, dos terrenos e edificações destinados a usos privados que resultarem da obra realizada, da renda derivada da exploração de espaços públicos, nos termos que forem fixados no respectivo edital de licitação e contrato de concessão urbanística.

§ 2º - A empresa concessionária ficará responsável pelo pagamento, por sua conta e risco, das indenizações devidas em decorrência das desapropriações e pela aquisição dos imóveis que forem necessários à realização das obras concedidas, inclusive o pagamento do preço de imóvel no exercício do direito de preempção pela Prefeitura ou o recebimento de imóveis que forem doados por seus proprietários para viabilização financeira do seu aproveitamento, nos termos do artigo 46 da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, cabendo-lhe também a elaboração dos respectivos projetos básico e executivo, o gerenciamento e a execução das obras objeto da concessão urbanística.

§ 3º - A concessão urbanística a que se refere este artigo reger-se-á pelas disposições da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com as modificações que lhe foram introduzidas posteriormente, e, no que couber, pelo disposto no artigo 32 da Lei Estadual nº 7.835, de 08 de maio de 1992.”

caberia ao Município criar nova modalidade concessória, já que a matéria de contratos é de competência da União no que se refere às normas gerais (art. 22, XXVII, CF); ou ainda, se em matéria urbanística o Município poderia legislar sobre determinado tema sem os balizamentos de norma geral da União, já que a competência para legislar sobre Direito Urbanístico é concorrente (art.24, I, CF), obedecendo às regras do §§ 1º a 3º daquele artigo, no sentido de que à União competiria editar norma geral e ao Estados normas suplementares. Agregue-se, ainda, o alerta feito por MARÇAL JUSTEN FILHO no sentido de que, no Brasil, *“as contratações administrativas inominadas e atípicas sempre despertam controvérsias quanto a validade jurídica”*.³⁴

Entendemos, contudo, que os argumentos acima colacionados estão muito mais ligados à linha “ideológica” apontada pelo professor paranaense de desconfiança imediata, ainda que infundada, em relação a esses ajustes inominados de que tome parte a Administração, do que a uma efetiva proibição baseada na repartição constitucional de competências. Em primeiro lugar, porque a atribuição de competência para a União editar normas gerais não pode nem avançar sobre competências próprias dos Estados e Municípios e tampouco impedir que tais entes editem suas normas em razão da inércia da União em editar a norma geral. Assim, entendemos falacioso o argumento de que na falta de norma geral sobre o instituto da concessão urbanística, os Municípios estariam impedidos de criar a figura contratual.³⁵

De outro turno, tampouco nos parece convincente o argumento de que a concessão urbanística, por pertencer à figura genérica das concessões, que encontra previsão em norma geral editada pela União, configuraria instituto implicitamente vedado por não haver menção a ela na referida lei.³⁶ Para combater tal argumento basta, conforme indicam MARÇAL JUSTEN FILHO e FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, pensar que a ausência de normas gerais sobre concessões de serviços públicos, até a edição da Lei nº. 8.987, de 1995, não impediu que os entes federativos se valessem do instituto. É possível citar ainda

Em 2009, contudo, sobreveio a lei Municipal nº. 14.917, que regulou de forma mais minuciosa o tema, dispondo sobre diretrizes, obrigações do Poder Concedente e do concessionário, procedimento licitatório, contrato etc.

³⁴ **Concessões urbanísticas...**, p. 530.

³⁵ Nesse mesmo sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões urbanísticas...**, p. 530.

a concessão de bens públicos, que ainda que careça de norma geral sobre o tema, não deixa de ser amplamente utilizada pelos entes públicos.³⁷

Portanto, entendemos por clara a constitucionalidade da lei municipal paulistana³⁸. É preciso consignar, contudo, que ADILSON ABREU DALLARI entende que o instituto da concessão urbanística já era admitido antes mesmo da previsão no Plano Diretor Estratégico Paulistano, em 2002. Para o publicista, a possibilidade de desapropriação por utilidade pública por terceiros, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº. 3.365, de 1941³⁹ conferia margem para que a desapropriação, nestes moldes, fosse realizada com o propósito de conferir a uma determinada área a utilização julgada conveniente pela Administração Pública competente⁴⁰. Aliás, veja-se, nesse sentido, que em diversos incisos de seu art. 5º, o Decreto-lei comporta o que a doutrina chama de *desapropriação urbanística*⁴¹.

Interessante notar que no Brasil, a despeito da inexistência de uma lei específica sobre o tema das desapropriações urbanísticas⁴², o instituto existe e é, inclusive, apontado pelo Estatuto da Cidade como instrumento de política urbana (art. 4º, V, “a”). Curioso, aliás, que o Estatuto não tenha disciplinado o tema, já que a inexistência no ordenamento brasileiro de uma lei específica – além do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941 – é sentida pelos estudiosos do tema.⁴³ De todo modo, é imperiosa a observação, feita por ODETE MEDAUAR em 1986, de que “*a desapropriação configura, assim, no momento atual, instrumento de*

³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 531; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão...**, p. 469-470.

³⁸ Note-se que outros Municípios, como Rio de Janeiro (Lei Complementar nº. 111, de 2011) e Belo Horizonte (Lei nº. 9.959, de 2010), também possuem leis municipais disciplinadoras do instituto. *Idem, Ibidem*, p. 470.

³⁹ “Art. 3º- Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

⁴⁰ Cf. **A concessão urbanística no município de São Paulo**, In: “Revista do Advogado: contratos com o Poder Público”, nº. 107, Ano XXIX, dez./2009, São Paulo: AASP, 2009, p. 8-9.

⁴¹ É o caso das aléas (d), *salubridade pública*; (e) *criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência*; (i) *abertura, conservação e melhoramento de vias e logradouros*; (i) *execução de planos de urbanização*; (i) *o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica e estética*; *a construção ou ampliação de distritos industriais*, dentre outras.

⁴² PINHEIRO, Renata Peixoto. **Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 79.

⁴³ Em 1986, já consignava ODETE MEDAUAR que “*inexiste, até o presente, no direito brasileiro, lei urbanística geral ou lei geral de desenvolvimento urbano que indique, de modo específico, os casos de desapropriação urbanística ou lhe confira procedimento diferenciado*”. **Destinação dos bens expropriados**, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 108.

*ação na gestão urbanística, sendo considerada mesmo a fórmula mais operativa e eficaz de que dispõe o poder público no exercício dessa atividade”.*⁴⁴

A desapropriação urbanística continua, nos dias de hoje, sendo importante instrumento de implementação de políticas de ordenação do território. Tanto é assim que a concessão urbanística dificilmente poderia ser concebida sem recurso a ela. Daí porque as leis municipais que disciplinam o tema invariavelmente permitem que o concessionário adquira terrenos através do direito de preempção ou da desapropriação⁴⁵ – ressaltando-se que, no ordenamento brasileiro, o decreto expropriatório é sempre editado pelo ente público. E aqui adentramos mais uma das polêmicas ligadas ao instituto. Isso porque a desapropriação levada a cabo pela concessionária redundará na atribuição do bem expropriado a ela mesma, que o “beneficiará” para depois alugá-lo, vendê-lo etc. Esse, aliás, é o mecanismo que permite a operacionalização do plano urbanístico editado no bojo da concessão. Como sustenta ODETE MEDAUAR *“parece peculiar à desapropriação urbanística a possibilidade de posterior venda ou locação a particulares, embora muitos dos bens passem a integrar o domínio público (ruas, praças, prédios de repartições etc)”*.⁴⁶

Se desde 1986, ODETE MEDAUAR já admitia a destinação do bem expropriado ao privado nas hipóteses de desapropriação urbanística, seria de se supor que a temática não tivesse mais relevância nos dias de hoje. Contudo, conforme se extrai dos recentes textos sobre o tema, ainda subsiste alguma controvérsia - embora cada vez mais diminuta -, seja com relação à possibilidade de desapropriação pelo Estado seguida da destinação do bem expropriado a particulares (como ocorre na hipótese de desapropriação urbanística), seja com respeito à possibilidade de os particulares eles mesmos expropriarem, mantendo o bem em seu domínio ou o repassando a outro particular (no caso específico da concessão

⁴⁴ *Idem, Ibidem*, p. 102. Sobre o tema, cf. ainda DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁴⁵ Esse é teor do art. 11 e § 1º da Lei paulistana, *in verbis*:

“Art. 11. A Prefeitura Municipal efetuará a declaração de utilidade pública e de interesse social dos imóveis a serem objeto de desapropriação urbanística para a execução do projeto urbanístico específico mediante concessão urbanística nos termos autorizados na alínea”i” do art. 5º do Decreto-lei nº. 3.365, de 21 de junho de 1941, e no art. 44 da Lei Federal nº. 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

§ 1º. O concessionário, com fundamento no art. 3º do Decreto-lei nº. 3.365, de 21 de junho de 1941, e na declaração a que se refere este artigo, promoverá a desapropriação judicial ou amigável nos imóveis a serem desapropriados, pagando e negociando integralmente a respectiva indenização, bem como assumindo a condição de proprietária dos respectivos imóveis, com poderes para promover as alterações registrarias necessárias para a realização de incorporações imobiliárias e a implementação do projeto urbanístico específico, nos termos do contrato de concessão urbanística”.

⁴⁶ Cf. **Destinação...**, p. 111.

urbanística)⁴⁷. A questão, a nosso ver, é reconduzível à velha desconfiança que se deposita nos privados e, ao revés, à concepção “imaculada” do Estado. Ou seja, pensa-se usualmente que o Estado é capaz de dar a correta destinação ao bem expropriado, ao passo que o particular seria incapaz de fazê-lo, ainda que em cumprimento de diretivas consignadas em plano de autoria do próprio Estado, como é o caso da concessão urbanística.

A polêmica, aliás, não apenas recai sobre a destinação dos bens expropriados, senão também sobre a possibilidade de particulares efetuarem os atos materiais de desapropriação. A discussão, contudo, não resiste a uma análise breve do vetusto Decreto-Lei nº. 3.365, de 1941, que em seu art. 3º dispõe que “*os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público, ou que exerçam funções delegadas do Poder Público poderão promover desapropriações, mediante autorização expressa constante de lei ou contrato*” (destacamos). Ora, parece evidente que, se por um lado o concessionário no âmbito de uma concessão urbanística não se consubstancia propriamente como um concessionário de serviços públicos, ele está, por outro lado, evidentemente exercendo função delegada, já que, como estatui com percuciência MARÇAL JUSTEN FILHO “*na concessão urbanística e em outras hipóteses similares, o núcleo fundamental da questão reside na execução de obras e atividades de natureza privada mas `vinculadas` a uma atividade de interesse público*”⁴⁸. O Urbanismo, com as ressalvas já apontadas nesse trabalho, é função estatal de extrema relevância, sendo absolutamente imperioso que os particulares que atuem nesse campo sejam dotados de instrumentos que otimizem e viabilizem sua intervenção, tudo a depender, é claro, do grau de vinculação que estabelecem com o Estado, das leis que regem a matéria, etc.

Importa ainda consignar que, nos termos do que estatui a Lei municipal paulistana, e como não poderia deixar de ser, a concessão urbanística deve ser precedida de licitação,

⁴⁷ Nesse sentido, Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão...**, p. 473-474; PINHEIRO, Renata Peixoto, **Desapropriação...**, p. 102 e ss;

Veja-se, ademais, que não apenas a destinação direta dos bens expropriados ao particular - como ocorre no caso da concessão urbanística -, ainda é alvo de discussões, senão também a venda de tais bens pelo Poder Público a particulares, em momento subsequente da expropriação, tema que já era abordado por Odete Medauar, como visto. É o que acontece, por exemplo, no caso da desapropriação por zona, em que o Poder Público capta a mais-valia do entorno de uma dada obra pública, por exemplo. A polêmica, contudo, não tem fundamento, eis que o próprio Estatuto da Cidade admite em seu art. 2º, XI, que o Poder Público recupere os investimentos públicos de que tenha resultado a valorização dos imóveis urbanos. Adicionalmente, o inciso IX do mesmo artigo privilegia a “*justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização*”. Sobre o tema, sugere-se a leitura de PINHEIRO, Renata Peixoto, **Desapropriação**, p. 94 e ss.

⁴⁸ **Concessões urbanísticas...**, p. 529.

na modalidade concorrência (art. 2º). Antes da publicação do edital, contudo, é imperativo que haja lei municipal específica, delimitando o perímetro ao qual a concessão se aplicará, informando os parâmetros urbanísticos cabíveis e as diretrizes específicas para aquele projeto, considerando-se as suas características e peculiaridades (art 5º e § 1º). Ou seja, a existência de lei municipal genérica não é suficiente para que se proceda à licitação de uma dada concessão urbanística⁴⁹. Veja-se, exemplificativamente, que o chamado “Projeto Nova Luz”, na região central de São Paulo conhecida como “Cracolândia”, foi objeto de diploma legislativo específico, notadamente a Lei Municipal nº. 14.018, de 2009. O art. 2º do diploma arrola os objetivos *específicos* daquela intervenção, que se ligavam, por exemplo, à preservação e recuperação do patrimônio histórico, cultural e artístico existente (a região é importante em termos de equipamentos culturais e edifícios históricos, como a Sala São Paulo ou a Estação Júlio Prestes); à implantação de unidades habitacionais destinadas à população de baixa renda, considerando-se que na região encontra-se o que se denomina de Zona Especial de Interesse Social (“ZEIS”) etc. É evidente que os objetivos acima não são universais, sendo antes específicos para aquele projeto, considerando-se sua localidade, os usos já estabelecidos, seus habitantes etc.⁵⁰ Daí a importância de lei específica.

Ainda em momento anterior à abertura do procedimento licitatório, é fundamental que a Administração realize os estudos e providências prévios com o intuito de definir “*objetivos, diretrizes e parâmetros de interesse público específico para a elaboração do projeto urbanístico específico da intervenção a ser realizada por meio da concessão*”, compreendendo, nos termos da lei paulistana, elementos mínimos como: estudos de viabilidade econômica, mercadológicos e fundiários; estudos de impacto ambiental ou de vizinhança; relatório circunstanciado dos principais conteúdos dos estudos efetuados e das providências a serem executadas com o demonstrativo quantitativo e qualitativo dos custos e benefícios sociais, urbanísticos e ambientais da intervenção urbana a ser realizada, etc.⁵¹ É importante notar que a lei paulistana estabelece mecanismos de participação nessa fase prévia, como a realização de audiências públicas nas Subprefeituras abarcadas pelo perímetro da operação, bem como na região central, com o propósito de possibilitar “a

⁴⁹ Nesse sentido cf. NOVIS, Mariana, **O regime jurídico...**, p. 115.

⁵⁰ Relewa advertir que o projeto de lei de Novo Plano Diretor Estratégico (“PDE”) do Município de São Paulo não faz menção ao Projeto Nova Luz, que muito provavelmente não subsistirá nos moldes em que planejado.

⁵¹ Cf. art. 7º, Lei nº. 14.917, de 2009.

interação com proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados eventualmente interessados” (art. 7º, IV).

Ainda no tocante a mecanismos participativos, impõe ressaltar que a lei paulistana obriga a que o projeto de concessão urbanística seja disponibilizado para consulta pública com antecedência mínima de 30 dias da publicação do edital de licitação. Ao término do prazo da consulta, exige-se, ainda, a realização de audiência pública (art. 9º). Portanto, conforme já ressaltado anteriormente, o concessionário não é detentor de ampla liberdade, mas está coitado por diversos documentos de cunho urbanístico, como o plano diretor, a lei municipal que prevê o instituto da concessão urbanística, a lei municipal específica autorizadora da operação, e, mais concretamente, pelo plano urbanístico específico, que definirá, conforme o caso, as modificações necessárias do sistema viário, os equipamentos públicos e infraestruturas a serem fornecidos no âmbito da reurbanização bem como sua localização específica, etc. O plano específico, aliás, é fundamental para coordenar os diversos interesses que gravitam em torno de uma operação específica, equilibrando interesses de moradores, investidores, associações, usuários etc.

Ainda no âmbito das peculiaridades dessa modalidade concessória, é interessante notar que não se pode falar, *a priori*, em prazo máximo ou mínimo de duração do contrato, como na hipótese de concessão de serviço público, por exemplo. O prazo deve vir definido na lei municipal (leia-se: na lei municipal geral ou específica) ou, na sua ausência, no edital e contrato. Conforme aponta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, na concessão urbanística nem sempre a exploração da utilidade concedida é impactada pelo tempo, como acontece em outras modalidades. Isso, sobretudo, porque o principal atrativo da concessão vincula-se à exploração imobiliária, que não necessariamente atrela-se a uma vertente temporal. Em outros termos, o empreendedor obtém o retorno do seu investimento pela incorporação do bem ao seu patrimônio ou pela sua venda, não havendo que se falar em *fluxo contínuo de recebíveis*, por exemplo. Daí distinguir o administrativista dois vetores que podem se manifestar no quesito temporalidade da concessão urbanística: (i) o *vetor eficiência*, que se relaciona ao período que o concessionário necessita para implantar o plano urbanístico, efetuando as operações necessárias (desapropriações, desmembramentos, remembramentos, incorporações, construção de equipamentos públicos etc) e que, portanto, depende substancialmente de sua celeridade e eficiência; (ii) o *vetor remuneração complementar*, que se aplica apenas aos casos em que o concessionário

explore infraestrutura pública, sendo que, em tal hipótese, o vetor tempo mostra-se importante para eventual recuperação de investimento e amortização do bem.⁵²

É interessante notar, ainda, que a lei paulistana admite, no procedimento licitatório, uma etapa prévia de qualificação das propostas técnicas, por meio da qual é possível desqualificar os licitantes que não alcancem uma pontuação mínima (art. 16). Já no tocante aos critérios de julgamento (art. 17), a lei admite 6 possibilidades, valendo-se de mecanismos previstos nos arts. 15 da Lei nº. 8.987, de 1995, e 12 da Lei nº. 11.079, de 2004, a saber:

“I - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

II - a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

III - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;

IV - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;

V - menor valor da contrapartida a ser paga pela Administração Pública, no caso de concessão patrocinada;

VI - melhor proposta em razão da combinação do critério do inciso V com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital, no caso de concessão patrocinada”.

Entendemos, contudo, na linha do que sustentam FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e MARÇAL JUSTEN FILHO, que o critério de maior valor pela outorga não se revela adequado para esse modelo concessório.⁵³ Por outro lado, é interessante notar que o critério técnico é limitado, eis que, como já analisado, o projeto urbanístico deve anteceder a licitação. Nesse sentido, interessante os componentes sugeridos por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO para integrar o critério, tais como: (i) menor impacto da proposta em desapropriações; (ii) maior oferta de habitações de interesse social ou popular;

⁵² Cf. **A concessão...**, p. 477.

⁵³ Cf. **A concessão como...**, p. 478 e **Concessões urbanísticas...**, p. 535-536. MARÇAL JUSTEN FILHO é enfático sobre a inadequação do critério de maior valor pela outorga, conforme se constata do seguinte trecho: “*Ou seja, a concessão urbanística é um instrumento regulatório da vida urbana e não um meio de captar recursos. Logo, a licitação deve ser julgada segundo critérios relacionados com o melhor projeto e com o menor custo para a sociedade como um todo, e não para que o Município arrecade dinheiro para cumprir os seus déficits. A partir desse pressuposto, pode-se tentar definir os critérios de julgamento adequados à outorga de uma concessão urbanística. Ibidem*, p. 536.

(iii) maior oferta do transporte público; (iv) menor impacto ambiental; (v) menor prazo de implantação.⁵⁴

Ainda importa notar que a lei paulistana, à semelhança da Lei nº. 11.709, de 2004, dispõe ser obrigatória a constituição de sociedade de propósito específico com o objetivo único e exclusivo de realização da intervenção urbana em questão (art. 15, XI). Interessante, ainda, se afigura a regra constante do art. 12, § 3º, que prevê a possibilidade de o edital de licitação exigir que o Município *“receba 1 (uma) ação da empresa de propósito específico, com o poder de participação nas decisões da empresa com a finalidade de controle do cumprimento do objeto da concessão urbanística, nos termos do edital.”*

A regra transcrita, a nosso ver, revela muito sobre o caráter da concessão urbanística. Embora por meio dela, como visto, sejam realizadas atividades sobretudo privadas (relativas à incorporação imobiliária), há evidentes interesses públicos circundantes. Seja pelo fato de que a requalificação de um dado ambiente comporta, em si, melhorias que suplantam as individualmente aferíveis, seja ainda porque instrumentos e infraestruturas públicas são usualmente envolvidos na reestruturação, o que importa dizer que há interesses coletivos e difusos envolvidos. Daí fazer absoluto sentido que o Município queira fiscalizar os rumos dessa intervenção, não deixando que a mesma corra ao sabor do concessionário, simplesmente. Sobretudo porque, em projetos de tal monta, a adequada articulação entre os diversos agentes envolvidos é fundamental para o sucesso da operação.⁵⁵

Dessa forma, assemelha-nos evidente que o instituto da concessão urbanística é instrumento de política urbana – muito embora não conste do rol da art. 4º do Estatuto da Cidade – e, sobretudo, instrumento que se coaduna exemplarmente à diretriz de cooperação entre entes públicos, agentes privados e demais setores da sociedade civil. Trata-se de

⁵⁴ *Idem, Idem*, p. 478.

⁵⁵ Neste ponto, é importante mencionar a existência, no Projeto de Lei de Revisão do Plano Diretor Estratégico de São Paulo (PL nº. 688, de 2013), de regra tal qual a constante do art. 124, § 2º, que admite, se possível, que os próprios proprietários realizem as intervenções nos seus imóveis. A ideia é evitar os constrangimentos causados por uma desapropriação, privilegiando, tanto quanto possível, uma ação concertada:

“Art. 124. (...)

§2º A intervenção nos imóveis particulares para a implantação do projeto urbanístico elaborado pela Prefeitura dependerá de prévia negociação com os proprietários diretamente atingidos, que, desde que compatível com a intervenção planejada, poderão ser convidados a realizar por conta própria, nos termos e condições determinadas pela delegação realizada pelo Poder Público ou do competente edital de licitação, a intervenção proposta no projeto urbanístico”.

extrair da racionalidade privada – que consegue, de forma mais eficiente que o Poder Público, captar a mais-valia de incorporações imobiliárias – os recursos necessários para uma intervenção urbanística específica tida como necessária, pelo ente público, num dado perímetro. Estabelece-se, assim, uma parceria entre esses agentes, com o fito de promover ganhos urbanísticos através da extração das melhores potencialidades de agentes públicos e privados.

O modelo jurídico da concessão urbanística parece ter sido inspirado no modelo francês da *concession d'aménagement*⁵⁶, com previsão nos artigos L.300-4 e seguintes do Código de Urbanismo francês. Conforme dispõe referido dispositivo, “*o Estado e demais entidades públicas, assim como seus entes da Administração indireta podem conceder a realização de operações urbanísticas previstas pelo presente Código a todas as pessoas aptas para tanto*”. O ordenamento francês, assim, admite que as ditas operações urbanísticas, previstas no art. L.300-1⁵⁷ do mesmo Código de Urbanismo possam ser levadas a cabo por pessoas públicas ou privadas, através de um contrato de concessão.

Ainda conforme se depreende do mesmo artigo, a outorga de tais concessões depende de um procedimento prévio em que se garanta ampla publicidade e no qual se possibilite a apresentação de diversas ofertas, conforme *décret en Conseil d'État*.⁵⁸ Em síntese, o ordenamento francês obriga a que tais concessões sejam antecedidas de um procedimento licitatório, o que é enfatizado por juristas como JEAN-BERNARD AUBY, que vê na obrigatoriedade uma garantia de alargamento do campo de atores das operações

⁵⁶ Nesse sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões urbanísticas...**, p. 528.

⁵⁷ O conceito de operações e ações urbanísticas (*opérations et actions d'aménagement*) é deveras amplo, conforme consta daquele dispositivo legal, englobando “projetos urbanos”; políticas locais de habitação; manutenção, extensão ou acolhimento de atividades econômicas; desenvolvimento de lazer e turismo; realização de equipamentos coletivos ou de locais de pesquisa ou de ensino superior; luta contra a insalubridade; projetos de renovação urbanística; e proteção ou valorização do patrimônio construído e natural.

A inserção do termo “projetos urbanos” veio com a chamada “Lei da Solidariedade e Renovação Urbanas” de 2005 (*Loi de Solidarité et Renouvellement urbains*), e pretendeu trazer um conceito-chave antes de enumerar os diversos objetos possíveis. Cf. CRISTINI, René *et al.* (org.). **Code de l'Urbanisme commenté**, 22ª edição, Paris: Dalloz, 2013, p. 675.

⁵⁸ De acordo com JACQUELINE MORAND-DEVILLER, estes *decrets* apresentam diversas particularidades, daí porque não traduzimos o termo para *decreto*, já que não há correspondente em nosso ordenamento. Em breves pinceladas, tal instrumento é elaborado em conjunto pelo Conselho de Estado e pelo Governo, sendo que se o Conselho de Estado não intervier na sua elaboração, haverá um vício de competência. Para informações mais detalhadas sobre o instituto, cf. **Droit Administratif**, p. 31.

urbanísticas, coibindo práticas perniciosas, e até então comuns, de atribuição de tais contratos a empresas detentoras de relações “familiares” com o ente concedente.⁵⁹

Contudo, é preciso ressaltar que o procedimento licitatório é complexo, tanto do ponto de vista interno quanto do ponto de vista do direito comunitário. Em síntese, e para não nos alongarmos no tema, é possível dizer que há procedimentos mais complexos ou mais simples, a depender se o “*o montante total dos produtos da operação urbanística*” ultrapasse ou não um piso de 5 milhões de euros (cf. arts. R.300-4, R.300-11-1 e R.300-11-7)⁶⁰. Além dessa distinção, outra se impõe, tornando a matéria ainda mais complexa: caso o valor da operação ultrapasse ou equipare o piso acima indicado, o procedimento pode ainda ser submetido à legislação comunitária relativa às concessões ou aos “marches”, implicando, em cada caso, procedimentos distintos.⁶¹

Em síntese, por meio das *concessions d'aménagement*, o concessionário assume o controle da operação (*maîtrise d'ouvrage*), englobando as obras e equipamentos necessários, bem como a realização dos estudos e tarefas necessários. A operação é realizada à conta e risco do concessionário. Para tanto, conforme advertem PATRICIA BONAMY e ANNE PELCRAN, não existe operação urbanística sem o domínio fundiário, o que implica que o concessionário “*deverá saber adquirir os terrenos, cuidá-los, geri-los, mantê-los, e valorizá-los.*”. Para tanto, o ordenamento francês prevê a transferência de prerrogativas estatais, como a preempção e desapropriação.⁶² Contudo, conforme advertem juristas franceses, a transferências desses “poderes” não é automática, devendo antes constar do contrato de concessão.⁶³

Parece interessante notar, ainda, que, em razão da dimensão que as operações de cunho urbanístico podem tomar, é possível que os entes públicos - sejam eles o concedente

⁵⁹ **Le Droit de la...**, p. 158.

⁶⁰ “Para a determinação desse limite, convém levar em conta não apenas as receitas que o empreendedor prevê receber de terceiros quando da comercialização da operação, mas igualmente os aportes financeiros ou em espécie provenientes do concedente, assim como as subvenções porventura obtidas de outras pessoas públicas. Com efeito, para a Corte, o valor econômico do conjunto do contrato é o único elemento que permite apreciar se o mesmo é capaz de interessar os operadores dos outros Estados-membros a ponto de se impor a aplicação da Diretiva n.º. 2004/18.” SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. **Droit...**, p. 637-638.

⁶¹ Para uma análise mais detida do tema, cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. **Droit...**, p. 636 e ss.

⁶² Cf. Art. L.300-4, parte final.

⁶³ Cf. JACQUOT, Henry; PRIET, François. **Droit...**, p. 463; BONAMY, Patricia; PELCRAN, Anne. **Les concessions d'aménagement em pratique**, 2ª edição, Paris: LexisNexis, 2010, p. 59.

o não – participem do custo da operação, através de aportes financeiros ou em terrenos⁶⁴. No caso de que outras entidades públicas versem valores na operação, prevê-se um controle mais rígido sobre o concessionário, através de cláusulas que deverão necessariamente ser inseridas no contrato de concessão. O aporte deve, ainda, ser aprovado por órgãos competente do Poder Concedente.

Por fim, é interessante notar que, mesmo que a entidade pública aporte recursos à operação urbana, esta necessariamente possui uma dimensão imobiliária, conforme ressaltam HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET. Assim, continuam os autores: “*em outros termos, uma operação urbana deve ao menos em parte ser financiada pelo produto das cessões ou concessões de imóveis*”.⁶⁵ Esse é também o sentido do art. L. 300-4 que, na sua parte final, após estatuir que o concessionário pode se valer dos instrumentos da desapropriação e da preempção, indica que o mesmo deverá se incumbir “*da venda, locação, ou concessão dos bens imobiliários situados no interior do perímetro da operação.*”

Há, portanto, uma clara identificação do instituto brasileiro com o instituto francês. À parte algumas diferenças relativas, em alguns casos, ao influxo de diretivas comunitárias (no caso francês) e/ou a peculiaridades de um e outro sistema, o regramento geral é bastante semelhante. Sobretudo, o propósito do instituto se revela o mesmo em ambos os ordenamentos, qual seja, permitir modificações estruturais no ambiente urbano através de uma soma de esforços entre entidades públicas e privadas, com destaque para os mecanismos típicos do mercado imobiliário. Trata-se, assim, nas duas hipóteses analisadas, de aliar lógica e eficiência privadas com uma competência estatal de ordenar adequadamente o território e, mais especificamente, promover requalificações estruturadas em determinado local que demande uma intervenção específica.

III.2. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

Por meio da concessão de uso de bem público (ou *concessão administrativa de uso*, como preferem alguns) atribui-se a alguém o uso *privativo* de bem público, para que o utilize de acordo com os termos estabelecidos em contrato.

⁶⁵ **Droit de...**, p. 453.

Importante notar que o uso *privativo*, conforme ensinamentos da doutrina, não se confunde com o uso *exclusivo*, pois não importa exclusão absoluta de outros tipos de usos que com ele sejam compatíveis. Em síntese, conforme palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o detentor de título de uso privativo pode “*extrair do bem público algumas utilidades não conferidas, em caráter genérico, aos demais usuários, cabendo-lhe o direito de privar outras pessoas do direito de exercer igual utilização sobre a mesma parcela do domínio.*”⁶⁶ Contrariamente, o uso dito *comum* é marcado pelo traço da generalidade, ou seja, é exercitável de igual maneira por todos, independente de título habilitante específico. Ou seja, através do uso privativo confere-se ao particular, por meio de título habilitante, o direito de fruir de maneira desigual de um determinado bem. Contudo, note-se: não são excluídos outros usos permitidos, de acordo com a afetação do bem, o que demonstra que *privatividade e exclusividade* não se confundem^{67 68}.

Como regra, portanto, a concessão de uso de bem público confere direito de usar determinado bem de maneira privativa, porém não exclusiva. Há, contudo, exceções, como na hipótese da concessão especial de uso de bem público para fins de moradia, disciplinada no art. 22-A da Lei nº. 9.636, de 1998⁶⁹. Em tal caso, pressupõe-se um uso exclusivo, eis que ínsito à ideia de direito à moradia.

⁶⁶ **Uso privativo de bem público por particular**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2011, p. 30.

⁶⁷ Conforme assevera FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “*o uso exclusivo é aquele conferido a um administrado com absoluta interdição a que qualquer outro faça uso do bem, seja na mesma condição que o titular do direito de uso, seja em condição secundária ou na fruição de uma utilidade distinta associada do bem.*” **Bens públicos...**, p. 327.

⁶⁸ Conforme anota THIAGO MARRARA, existe uma concorrência pelo uso dos bens do domínio urbano, que, assim como os demais bens públicos, devem se prestar ao maior número de usos possíveis, desde que haja compatibilidade. De acordo com o autor “*Como cada coisa ‘deve prestar a sua utilidade pública mediante o maior número possível de formas de uso de que for suscetível’, o direito administrativo, na seara da teoria do uso dos bens públicos, não poderia prescindir de normas que disciplinassem os problemas gerados pelo uso múltiplo. Normas essas que se aplicam perfeitamente ao exame do domínio urbano e ao potencial de conflitos espaciais que lhe é inerente.*” **Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 216.

⁶⁹ “*Tal modalidade se presta a permitir a outorga de uso àqueles possuidores ou ocupantes de imóveis da União (inclusive áreas de marinha e acrescidos), que preencham os requisitos contidos na Medida Provisória nº. 2.220/2001. Nos termos da MP, o bem público objeto da concessão especial para fins de moradia deve ser um imóvel urbano (que não um imóvel funcional – art. 22, § 1º) de área igual ou inferior a 250 metros quadrados, ocupado há mais de 5 anos, sendo que, se esse bem se enquadrar em alguma das hipóteses do artigo 5º da MP, o poder público outorga concessão de uso de outro bem público equivalente. Essa modalidade de concessão foi introduzida para permitir a regularização de ocupações de áreas urbanas, contornando a vedação constitucional de usucapião sobre bens públicos.*” Azevedo Marques Neto, Floriano, **A concessão...**, pp. 397-398. Sobre o tema cf., ainda MUKAI, Sylvio Toshio. **A constitucionalidade da concessão especial para fins de moradia** In: MUKAI, Toshio. **Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 56-87; NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia, **Regularização...**, p. 77-81.

O instituto da concessão de uso de bem público não encontra disciplina legislativa única, uma vez que o tema se reconduz ao tratamento que cada ente federativo deve conferir aos seus respectivos bens. Essa ideia, contudo, não exclui a aplicação da Lei nº 8.987, de 1995, de forma subsidiária e desde que haja compatibilidade.⁷⁰ No âmbito federal, deve-se fazer menção à Lei nº. 9.636, de 1998, que trata do regime dos bens da União. Referido diploma legislativo admite a concessão de uso de bem público⁷¹ “a pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse social” (art. 18, II).

Contudo, como assinalado, cada ente federativo pode editar sua própria lei para tratar do tema. Neste trabalho, todavia, a maioria das referências serão feitas à lei federal.

Insta advertir que existem outros tipos concessórios que englobam, também, a concessão de uso de um bem do Estado. Tal pode se dar, por exemplo, na hipótese de concessão de serviços públicos – no caso de a prestação do serviço demandar a utilização privativa do bem pelo concessionário -, ou ainda, na concessão de obra pública⁷². De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, contudo, a concessão de uso de bem público não se confunde seja com a concessão de serviço seja com a concessão de obra. As duas últimas teriam um caráter *traslativo*, uma vez que “o poder concedente delega ao concessionário poderes e deveres da mesma natureza daqueles que lhe cabe exercer”; ao passo que a primeira teria um caráter *constitutivo*, já que “o concedente outorga ao concessionário poderes e deveres de natureza diversa daqueles que lhe incumbe exercer”.⁷³

⁷⁰ *Idem, Ibidem*, p. 392.

⁷¹ A lei utiliza indistintamente *cessão de uso* tanto na hipótese de o bem ser cedido a outro ente federativo (I) quanto na hipótese de atribuição do bem a particulares (II). Neste segundo caso, contudo, trata-se de concessão, conforme adverte FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO. *Idem, Ibidem*, p. 393.

“Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser **cedidos**, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-lei nº. 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I – Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde;

II- pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.” (destacamos)

⁷² “Igualmente, a concessão de obras pública não deixa de ser também uma concessão de uso de um bem público, apenas marcada pelo fato de que esse bem é produzido ou requalificado pelo próprio concessionário no cumprimento de suas obrigações contratuais.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques, **A concessão...**, p. 391.

⁷³ **Uso privativo...**, p.109.

Para uma revisão desse entendimento, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como...**, p. 171 e ss.

O instituto guarda ainda muitas semelhanças com a concessão de direito real de uso, que será analisada na sequência. Importante ressaltar, contudo, que os dois tipos não se confundem.

A concessão de uso possui um caráter contratual, e embora o tema tenha dado ensejo a divergências doutrinárias no passado, atualmente poucos discordam desse aspecto.⁷⁴ Trata-se, assim, de vínculo contratual e sinalagmático que confere certo grau de estabilidade – diferentemente de outros títulos habitantes, como a permissão, por exemplo.

Os propósitos de utilização do instituto da concessão de uso podem ser sistematizados em duas principais vertentes, conforme noticia FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: (i) para o cumprimento de uma finalidade que seja diretamente coincidente com um interesse geral (ex.: atendimento de uma política pública, fomento de uma atividade econômica, oferta de comodidade aos cidadãos, etc.); (ii) para atendimento de um interesse fiscal do Estado (i.e., geração de receitas ou ainda pelo emprego do bem em alguma finalidade privada que seja compatível com a função social do bem).

Note-se que na primeira hipótese, não se está a falar de prestação de um serviço público, eis que não há a disponibilização de uma comodidade individualmente fruível. O que pode haver, nesse caso, é uma compatibilização de interesses, i.e., por meio do atingimento do interesse individual do concessionário (obtenção de receitas pela exploração do bem concedido) obtém-se um ganho coletivo, seja pela oferta de uma comodidade ao público em geral (como no exemplo referido por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO de concessões de uso em balneários para implantação de restaurantes e quiosques para uso de banhistas; ou na instalação de ciclovias, com direito de o concessionário auferir ganhos em termos de publicidade; ou ainda na hipótese de exploração comercial de áreas situadas em aeroportos para oferecimento de lanchonetes e restaurantes ao público usuário do aeródromo, por exemplo ⁷⁵). A concessão pode também ser utilizada, ainda no âmbito dessa primeira vertente, com o intuito de fomento de uma dada atividade econômica. Assim, o Estado concede um determinado terreno para que uma empresa instale um parque industrial e o explore. Em tais casos, inclusive, é absolutamente

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques, **Bens Públicos...**, p. 349; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Uso privativo...**, p. 111.

⁷⁵ Sobre o tema, cf. ANTONIALLI, Dannys Marcelo. **Uso privativo de áreas destinadas à exploração comercial em aeroportos: questões controvertidas nos processos de privatização**, *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**, São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 180-194.

plausível que não haja ônus de outorga, uma vez que o Poder Público “ganhará” com o aporte de investimentos na região, geração de empregos, etc.

A segunda vertente de aplicação, como assinalado, diz com interesses fiscais do ente público. Desse modo, é plausível que o Estado conceda uma área para que um particular desenvolva nela alguma atividade comercial, pagando-lhe uma contrapartida. É o que ocorre, por exemplo, quando o Estado concede área para construção de *shopping center*, com a condição de obter porcentagem da renda auferida. Nestes casos, a lei federal exige que haja pagamento de outorga, o que parece plausível tendo em vista o caráter meramente econômico da avença.⁷⁶

Interessante é notar que, mesmo nos casos em que a atribuição do bem ao particular ocorra para que o mesmo o explore de forma restritiva (i.e. sem ofertar qualquer utilidade ao público) e puramente econômica, deve subsistir algum interesse geral para que isso se dê dessa forma. Esse interesse pode ser tanto aquele puramente fiscal do Estado (i.e., gerar rendas para o Erário) quanto o de dar alguma utilidade para um bem dominical ocioso. Ou seja: *“o uso privativo outorgado na concessão administrativa de uso não demanda que haja uma finalidade pública direta naquela concessão, admitindo-se que tal finalidade seja indireta, inclusive com o objetivo de amealhar rendas para o poder público.”*⁷⁷

Via de regra, entende-se que a concessão deve ser precedida de licitação, sobretudo quando ela seja utilizada com propósitos econômicos⁷⁸. Existem casos em que é forçoso admitir a inviabilidade de procedimento licitatório, como na hipótese de concessão especial

⁷⁶ A lei federal dispõe, em seu art. 18, §5º que *“a cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa, e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei”*.

⁷⁷ Marques Neto, Floriano de Azevedo. **A concessão...**, p. 398-399.

De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, os bens de uso comum não admitem uso privativo para finalidades estritamente privadas. De acordo com a administrativista *“Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isso porque, em decorrência da concessão, a parcela do bem público concedida fica com sua destinação desviada para finalidade diversa: o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, apenas naquela pequena parcela, pelo uso a ser exercido pelo concessionário. Além disso, como a concessão é outorgada sob forma contratual e, em geral, por prazos mais prolongados, dela decorre estabilidade para o concessionário, uma vez que não pode ser despojado de seu direito de utilização privativa antes do termo estabelecido, a não ser por motivo de interesse público relevante e mediante justa indenização. Tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem. A utilização que ele exercerá terá que ser compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo.”* **Uso privativo...**, p. 113.

⁷⁸ É nesse sentido, por exemplo, o teor do art. 18, § 5º da Lei Federal. Nesse sentido, ainda, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como...**, p. 405.

para fins de moradia e em outras em que se verifique o caráter pessoal na outorga da concessão.

Nos casos em que a concessão é utilizada para atendimento direto de uma finalidade de caráter público, o contrato deve ser mais minucioso na descrição das obrigações do concessionário, sobretudo quanto ao atendimento dessa finalidade. Caso o concessionário se desvie dela, a concessão poderá ser extinta.⁷⁹

Embora não se possa indicar, de maneira peremptória, um prazo máximo ou mínimo de vigência desse modelo concessório, é imperativo que ele não seja indefinido. Esse, aliás, a nosso ver, é o teor do art. 18, §2º, da lei federal ao se referir ao “*prazo para seu cumprimento*”.⁸⁰ Os administrativistas em geral concordam quanto à necessidade de fixação de prazo, havendo alguns, como MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que entendem que, excepcionalmente, podem-se conceber concessões de uso de bem público perpétuas, como no caso das concessões de sepulturas em cemitérios.⁸¹

A fixação de um prazo mínimo razoável se liga, a nossa ver, com a recuperação dos investimentos eventualmente realizados pelo concessionário sobre o bem concedido. Aliás, é da natureza do título concessório um certo grau de estabilidade, que deverá ser dimensionado a depender da atividade que se irá se empreender.⁸²

Embora a concessão de uso de bem público não esteja listada entre os instrumentos urbanísticos do art. 4º do Estatuto da Cidade, é importante perceber que ela pode ser utilizada a fim de implementar políticas de cunho urbano. Até mesmo porque, como já mencionado, o rol do art. 4º não é exaustivo, admitindo-se outros instrumentos além dos expressamente ali referidos.

⁷⁹ É nesse sentido o teor do art. 18, § 3º da Lei nº. 9.636, de 1998: “§3º. A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e consequente termo e contrato.”

⁸⁰ Cf. Nota supra.

⁸¹ Cf. **Uso privativo...**, p. 114. No mesmo sentido: GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 727, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO sustenta que no caso de ausência de fixação de prazo no contrato ou lei aplicável, deve-se considerar o prazo mínimo de 5 anos da legislação geral dos contratos administrativos. Cf. **A concessão como...**, p. 405.

⁸² Interessante perceber que, em geral, a remuneração do concessionário se dá através da percepção de preços privados. Assim, a atividade se desenvolve por conta e risco do concessionário, não havendo que se falar propriamente em reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Contudo, é de se notar que o Poder Público não pode interferir negativamente sobre a exploração do bem, através, por exemplo, de ação ou omissão que obste a sua exploração plena, nos termos do contrato. Para maiores reflexões sobre a questão, indicamos a leitura de Marques Neto, Floriano de Azevedo Marques, **A concessão...**, p. 403.

Podem ser visualizadas, a nosso ver, duas principais hipóteses de utilização do instituto para esse propósito: (i) fornecimento de algum tipo de “utilidade urbanística” direta aos habitantes de uma dada cidade; (ii) melhoria do entorno e/ou requalificação de uma dada área por meio da concessão de uso de bem público para fins de instalação de centro comercial, centro de convenções etc. No primeiro caso, a melhoria urbanística é diretamente ligada ao instrumento concessório, ao passo que no segundo há uma melhoria urbanística indireta.

Para visualização da primeira hipótese aventada, é possível pensar nas concessões de uso para instalação de mobiliário urbano.⁸³ Em tais casos, geralmente se concedem áreas dispersas ao longo da cidade para concepção, disponibilização e manutenção de algum tipo de mobiliário urbano (ex.: relógios digitais, abrigos de ônibus, etc.). Em contrapartida, ao concessionário é facultada a exploração de espaços publicitários. Exemplo típico e recente dessa hipótese é a Lei do Município de São Paulo de nº. 15.465, de 2011, regulamentada pelo Decreto nº. 52.933, de 2012, que “*dispõe sobre a outorga e a gestão de concessão, visando a criação, confecção, instalação e manutenção de relógios eletrônicos digitais de tempo, temperatura, qualidade do ar e outras informações institucionais, bem como de abrigos de parada de transporte público de passageiros e de totens indicativos de parada de ônibus, com exploração publicitária.*” Perceba-se que a exploração publicitária nos locais especificados constitui única hipótese em que é permitida a veiculação de anúncios publicitários em equipamentos urbanos, conforme consta da Lei municipal 14.223, de 2006.

Consoante se extrai da lei municipal, o objetivo é ceder áreas públicas, de forma onerosa e mediante procedimento licitatório, para instalação dos equipamentos ali indicados por um período de 30 anos. Ao final da concessão, os bens serão revertidos ao patrimônio público, sem qualquer indenização aos concessionários (art. 14). Veja-se que, embora o art. 15, § 1º, da Lei se refira a *serviços públicos*, trata-se claramente de concessão de uso de bem público, não havendo prestação de serviços públicos na acepção exata do

⁸³ De acordo com THIAGO MARRARA, o mobiliário urbano é um tipo de bem integrante do domínio público urbano. Conforme palavras do autor: “*o domínio público urbano é composto pelos logradouros públicos e, ainda, pelo mobiliário urbano, conceito este que compreende os bens de uso especial e bens particulares empregados na prestação de serviços públicos essenciais ao funcionamento adequado do sistema urbano, uma vez que respondem pela oferta de condições mínimas de sobrevivência da população local.*” **Bens Públicos...**, p. 169-170.

Em síntese, o mobiliário urbano corresponde ao conjunto de elementos instalados em espaços e logradouros públicos e que se relacionam com funções urbanísticas tais como: circulação e transportes, ornamentação da paisagem e ambiente urbanos, lazer, comunicação e publicidade etc.

termo. Tanto assim que o Contrato de Concessão nº. 0151291600, firmado em 06 de novembro de 2012 e relativo à concessão dos relógios digitais, define em sua cláusula primeira a concessão como sendo “*a delegação da prestação dos serviços de utilidade pública, com uso de bens públicos, feita pelo Poder Concedente, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstra capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.*” (destacou-se) Trata-se, rigorosamente, da aceção de concessão de uso de bem público, conforme apontamos em momento anterior.

O viés urbanístico é mais do que evidente, uma vez que o mobiliário urbano é item essencial da paisagem de uma cidade. Assim, através do instrumento da concessão de uso de bem público pode-se interferir não apenas na paisagem urbana, mas também em funções urbanísticas ligadas ao lazer, à mobilidade etc. Pode-se pensar, por exemplo, na disponibilização de mobiliário urbano para locação de bicicletas com exploração de publicidade nos pontos de retirada e entrega das mesmas. O instrumento da concessão de uso seria perfeitamente cabível à hipótese.

Na hipótese paulistana dos abrigos de ônibus, totens e relógios digitais, há uma evidente interferência na paisagem da cidade e conforto dos seus habitantes. Tanto é assim que se percebe nos seus instrumentos legislativos, bem como nos contratos de concessão correspondentes, uma evidente preocupação de compatibilização do mobiliário com o entorno, de modo a que o mesmo ocupe o mínimo possível de espaço⁸⁴ – o que também se coaduna com a ideia, antes referida, de compatibilização de usos, notadamente em se tratando de um bem de uso comum do povo.

A outra vertente urbanística por nós apontada diz respeito à ideia de melhorias no entorno de um bem dado em concessão. Assim, neste caso, as melhorias urbanísticas decorreriam indiretamente da concessão de uso de um bem público. Pense-se, exemplificativamente, em uma área que seja concedida para implantação de um *shopping center*, ou de um centro de convenções. A concessão pode assim, a um só tempo, gerar

⁸⁴ Cf., nesse sentido, o art. 3º do Decreto nº. 52.933, de 2011:

“Art. 3º. A instalação de todos os elementos de mobiliário urbano objeto da concessão autorizada pela Lei nº. 15.465, de 2011, deve considerar a compatibilidade com o entorno urbano, bem como a funcionalidade, segurança, proteção, conforto, ergonomia, usabilidade, acessibilidade, visualização, interação com o usuário, limpeza e facilidade de manutenção respeitando as normas técnicas pertinentes, inclusive aquelas disciplinadas neste decreto.”

E também o art.7º da Lei, *in verbis*:

“Art. 7º. Os abrigos a serem instalados deverão ser compostos por estrutura e painéis publicitários, ocupando, no solo, o menor espaço possível”.

receitas para o ente público, como também se inserir num projeto de reurbanização e/ou requalificação do entorno. O empreendimento serviria, dessa forma, como mecanismo indutor de urbanização.

III.3. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO (“CDRU”)

A concessão de direito real de uso (“CDRU”) constitui mecanismo contratual através do qual se possibilita a transferência de direito real resolúvel sobre terreno, público ou privado, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

O instrumento encontra previsão no art. 4º, V, “g” do Estatuto da Cidade. Diferentemente de outros instrumentos previstos no mesmo artigo, a CDRU não foi disciplinada pelo Estatuto. Há apenas duas referências a ela neste diploma legislativo: no § 2º do art. 4 e no art. 48. No caso do art. 4º, § 2º, prevê-se a possibilidade de contratação coletiva da CDRU para as hipóteses de programas e projetos habitacionais desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração com atuação específica nessa área. Já o art. 48, a seu turno, trata do caráter de escritura pública das CDRUs firmadas no âmbito de programas e projetos habitacionais de interesse social. O dispositivo aduz, ainda, serem títulos de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamento internacional.

A previsão legislativa das CDRUs é, em realidade, anterior ao Estatuto da Cidade. O instituto encontra previsão no Decreto-lei nº. 271, de 1967, que o disciplina em seu art. 7º. Veja-se, ainda, que a Lei nº. 11.481, de 2007, com absoluta correção, incluiu a CDRU no rol dos direitos reais do art. 1.225 do Código Civil.

Conforme se depreende do art. 7º do Decreto-lei nº. 271, de 1967, a CDRU pode ser concedida a título gratuito ou oneroso, por tempo certo ou indeterminado. De acordo com entendimento consignado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, a referência a prazo indeterminado deve se aplicar apenas aos terrenos privados, uma vez que admitir-se a sua aplicabilidade aos terrenos públicos equivaleria a uma alienação por vias

transversas.⁸⁵ Perfilamos do mesmo entendimento, sobretudo em razão do teor do art. 57, § 3º, da Lei nº. 8.666, de 1993, que veda a realização de contratos por prazo indeterminado.

A gratuidade ou onerosidade, a nosso ver, deve ser analisada de forma casuística. Pode haver hipóteses em que se revele conveniente a destinação de um terreno público ocioso para um das finalidades previstas no *caput* do art. 7º, sendo que o pagamento de outorga não é relevante para a Administração. Por outro lado, na hipótese de destinação de terreno para projetos habitacionais de interesse social, em que usualmente se aconselha a gratuidade da outorga, pode ser conveniente à Administração cobrar algum valor, ainda que módico. É o que sustenta MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO:

*“Isso ocorre por duas razões centrais. A primeira relaciona-se à diversidade de ocupações irregulares nas cidades que culmina em diferentes capacidades econômicas, sendo possível encontrar comunidades que tenham condições de arcar com encargos, ainda que pequenos. A segunda envolve, conforme já mencionado, a necessidade de realização de intervenções urbanísticas no sentido de garantir melhorias nas condições de habitabilidade. Tais intervenções têm custo e a onerosidade da CDRU poderia contribuir para esse custeio. É evidente que a definição de valores não pode desvirtuar a finalidade do instituto e, no âmbito de projetos de regularização fundiária urbana de interesse social, deve sempre estar voltada para a permanência da população de baixa renda no local”.*⁸⁶

Releva notar que, diferentemente da concessão de uso, no caso da CDRU fala-se em concessão de *terrenos*, o que leva parte da doutrina a sustentar que, neste caso, a concessão recai apenas sobre *bens imóveis não edificadas*.⁸⁷ Ainda é de se notar, no que toca às principais diferenças com o instituto anterior, que no caso da CDRU há uma transferência de direito real, o que importa maiores poderes ao concessionário. Tanto é assim que o art. 7º, § 4º, do Decreto-lei nº. 271, de 1964, admite sua transferência por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária. Ou seja, o concessionário pode transacionar seu direito real sobre imóvel público, o que demonstra a amplitude dos direitos que lhe são atribuídos.

⁸⁵ **A concessão...**, p. 412.

⁸⁶ **Regularização...**, p.75.

⁸⁷ Nesse sentido, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão...**, p. 409; **Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos**, elaborado pela Câmara dos Deputados, Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior, Secretaria Especial do Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, Caixa Econômica Federal e Instituto Pólis, 2ª edição, Brasília: 2002, p. 187.

Por fim, e este nos parece um ponto fundamental, deve-se repisar o caráter de resolubilidade do contrato, que fica na dependência do emprego do bem para uma das finalidades descritas no Decreto-lei federal, i.e., regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. Caso não seja dada ao imóvel alguma das finalidades arroladas, ou ainda caso seja descumprida cláusula resolutória do ajuste, resolve-se a concessão, perdendo o concessionário o direito a indenização por benfeitorias de qualquer natureza (art. 7º, §3º Decreto-lei federal).

Há, portanto, no instituto da CDRU uma vinculação peremptória a objetivos e interesses anteriormente agasalhados pelo legislador. Desse modo, o emprego do bem imóvel, por meio deste instrumento, em qualquer das finalidades acima indicadas cumpre uma função social e, logo, qualquer desvio que importe o emprego em outra finalidade retira a legitimidade do instituto, importando sua resolução. Veja-se, ainda, que entre as finalidades compreendidas há algumas de caráter econômico (ex.: industrialização, cultivo da terra, eventualmente a urbanização etc.) e outras de cunho social e ambiental (ex.: regularização fundiária de interesse social, aproveitamento sustentável das várzeas etc.). A onerosidade do instituto, a nosso ver, deve também levar em conta o aproveitamento econômico ou não do bem.

Veja-se, ainda, que a urbanização ressaí como um dos empregos possíveis do bem através do instrumento da CDRU. Vemos, nessa hipótese, uma aplicação semelhante à do instituto da concessão de uso de bem público, com a ressalva de que a CDRU é instituto que confere mais densidade ao direito do concessionário, justamente por configurar direito real. Assim, através da CDRU pode ser contratada com um particular a transformação de algum terreno público, já urbanizado ou não. As diretrizes da urbanização e/ou reurbanização que o Poder Público pretende implementar devem vir traçadas no edital e demais documentos pertinentes ao projeto, de modo a que se o particular delas se desviar, correrá o risco de ter o contrato rescindido.

Entendemos, ainda, na mesma linha do que expõe FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, que a abertura conferida pelo termo *outras modalidades de interesse*

social em áreas urbanas impõe uma interpretação em sintonia com o Estatuto da Cidade.⁸⁸ Ou seja, a destinação do terreno público, nesta hipótese, deverá cumprir alguma finalidade objetivada por referida lei urbanística. A uma porque o instrumento encontra previsão no Estatuto da Cidade, configurando-se instrumento da política urbana. A duas porque o Decreto Federal abre um flanco ao dispor de forma genérica, porém dá uma diretriz ao se referir a *áreas urbanas*. Ou seja, se há uma hipótese de aplicabilidade em aberto para *áreas urbanas*, somente por meio do Estatuto da Cidade, que é a norma geral de Direito Urbanístico, é que se pode encontrar as aplicações concretas.

III.4. OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

O instrumento da operação urbana consorciada possivelmente é o que, dentre os demais instrumentos jurídicos de política urbana do Estatuto da Cidade, melhor sintetiza - ou ao menos tem a potencialidade de fazê-lo -, as diretrizes daquele diploma legislativo de cooperação com a iniciativa privada (art. 2º, II) e de gestão democrática “*por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.*” (art. 2º, II).

Como constata de forma bastante lúcida ERMÍNIA MARICATO e JOÃO SETTE WHITAKER FERREIRA, o instrumento da operação urbana consorciada “*não tem a propriedade, por si só, de ser nocivo ou benéfico na construção da cidade democrática e incluyente. A questão está na sua formulação e implementação no nível municipal*”.⁸⁹ Ou seja, a potencialidade de o instrumento ser, na prática, efetivamente tudo aquilo que se lê do texto normativo, depende de como ele será implementado na esfera municipal. Daí que desde já é forçoso admitir que experiências prévias negativas não podem servir para constatar, de forma absolutamente peremptória, o insucesso do instituto.⁹⁰

⁸⁸ “A referência a outras modalidades de interesse social deve ser interpretada dentro dos cânones do Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), que delimita os contornos do interesse social afeto à propriedade pública ou privada, urbana.” **A concessão como...**, p. 409-410.

⁸⁹ **Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade?.** In.: OSORIO, Letícia Marques (org.), **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 217.

Bem de se notar, aliás, como relembram os urbanistas, que o instrumento – ou o embrião dele, já que antes do advento do Estatuto da Cidade -, foi adotado por administrações paulistanas as mais diversas ideologicamente (como as de Mario Covas, Luiza Erundina, Paulo Maluf, Celso Pitta, Marta Suplicy), o que demonstra sua maleabilidade no atendimento de diversos interesses verificáveis nas cidades. P. 216.

⁹⁰ A literatura dá conta de diversos insucessos de operações urbanas implementadas antes mesmo do advento do Estatuto da Cidade. As principais críticas dizem respeito ao “sucumbimento” a interesses meramente

Conforme enuncia o art. 32, §1º do Estatuto da Cidade, “*considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental*”.

Percebe-se, assim, como marca do instituto, a ideia de cooperação entre diversos agentes atuantes no tecido urbano com vistas a realizar uma intervenção estrutural em uma área previamente destacada. A marca do instituto em outras palavras, portanto, é a de parceria entre agentes públicos e privados. A nomenclatura dada, inclusive, já denota esse aspecto colaborativo, eis que “*consórcio é figura que reflete exatamente essa ideia de cooperação, auxílio, esforços conjuntos.*”⁹¹

Entendemos, nesse ponto, que o ideal de cooperação deve ser implementado em todas as fases da intervenção, inclusive na fase prévia de definição dos objetivos a serem alcançados, sob pena do insucesso da operação ou ainda da desconsideração dos aspectos urbanísticos estruturais, sociais e ambientais envolvidos, considerados vetores fundamentais, nos termos do art. 32, §1º, do Estatuto da Cidade.⁹² Daí também a importância de que esse caráter cooperativo integre não apenas os agentes imobiliários e investidores, como também os proprietários, moradores e usuários permanentes, conforme decorre do dispositivo mencionado. Agregariamos, ainda, que é necessário envolver os habitantes de toda cidade no debate, sobretudo no momento de delimitação do perímetro da operação urbana. Afinal, a decisão de privilegiar intervenções em ou outro local deve ser

mercadológicos, deixando de lado as dimensões social e ambiental, referidas no Estatuto da Cidade como objetivos das ditas operações (art. 32, caput). Sobre o tema, cf. FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão: duas histórias da construção de uma ‘nova cidade’ em São Paulo: Faria Lima e Água Espreiada**, São Paulo: Boitempo, 2001; e MARICATO, Ermínia e FERREIRA, João Sette Whitaker, **Operação urbana...**, p. 215-247.

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários...**, p. 219.

⁹² “*Em suma, a participação dos diversos segmentos interessados da comunidade é fundamental, não só por exigência legal, mas, principalmente, para tornar sua implantação uma realidade completa. A parceria ou consórcio entre o Poder Público municipal e a sociedade civil em operação urbana ocorre por meio da participação destes diversos segmentos desde a fase inicial, passando por sua formulação, implantação, controle e avaliação dos resultados. As possibilidades de cooperação e articulação entre o Poder Público e os segmentos da sociedade civil diretamente interessada são múltiplas, sendo diversas as combinações possíveis para a execução das diretrizes da lei do plano diretor mediante a operação urbana consorciada.*” LOMAR, Paulo José Villela. **Operação urbana consorciada**, In: MUKAI, Toshio. **Temas atuais de Direito Urbanístico**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p.94.

objeto de amplo debate pela sociedade, sob pena de manutenção do histórico de intervenções estruturais em localidades já dotadas de infraestrutura privilegiada.⁹³

O consenso em torno da ideia da operação urbana consorciada, na visão de ERMÍNIA MARICATO e JOÃO SETTE WHITAKER FERREIRA, decorre fundamentalmente de dois fatores: (i) um primeiro ligado à percepção da crescente necessidade de parcerias entre agentes públicos e privados como meio de superação das deficiências, sobretudo financeiras, dos Estados; (ii) um segundo decorrente da necessidade de flexibilizar a rigidez da legislação modernista/funcional, representada sobretudo pelo instrumento do zoneamento e outros afins.⁹⁴

Com efeito, a operação urbana consorciada segue uma lógica indutiva ou de fomento: através do oferecimento de vantagens consistentes na modificação dos parâmetros urbanísticos vigentes (i.e., de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo bem como alterações edilícias), regularização de situações em desacordo com a legislação (art. 32, § 2º, I II) ou em outro tipo de benefício⁹⁵, induz-se um comportamento desejado dos particulares. Assim, por meio do instituto “*os agentes são incentivados pelo Município a realizarem as intervenções planejadas*”⁹⁶, permanecendo o ente municipal como fomentador e coordenador de tais intervenções. A fruição dessas vantagens, contudo, depende do oferecimento de contrapartidas pelos particulares, daí se

⁹³É o que constata ERMÍNIA MARICATO e JOÃO SETTE WHITAKER FERREIRA: “*Vistas dessa forma, dificilmente se tornarão viáveis operações urbanas em áreas periféricas excluídas do mercado, pois nunca haverá interesse do setor privado em pagar por potencial construtivo adicional. Nesse sentido, operações urbanas como a da Faria Lima acabam por concentrar um alto volume de investimentos, sejam eles públicos ou privados, em áreas já altamente valorizadas e beneficiadas por infra-estrutura abundante, em detrimento de periferias que de fato, deveriam ser prioridade de investimento.*” **Operação urbana...**, p. 235.

⁹⁴**Operação urbana...**, p. 220-221

“*Mas não foi apenas o pensamento neoliberal que determinou o fim do urbanismo modernista/funcionalista. Críticas muito bem fundamentadas apontam os erros de uma tal concepção de controle centralizado e burocrático sobre a cidade, pelo Estado. Uma delas é formulada por Jane Jacobs em seu clássico ‘Morte e vida nas grandes cidades’. A necessidade de tratamento específico a determinadas áreas ou bairros da cidade, a importância do envolvimento da sociedade na manutenção e no controle urbanístico, a flexibilização de regras muito rígidas que desconheciam rotinas diárias, a monotonia e administração impessoal, o esvaziamento e a deterioração de bairros inteiros, foram alguns dos motivos para a demanda por novos instrumentos legais e novos procedimentos na gestão urbana.*” *Ibidem*, p. 222.

⁹⁵Note-se que o Estatuto da Cidade especifica apenas duas vantagens, mas abre margem para que outras sejam previstas em lei municipal, já que o art. 32, § 2º dispõe poderem ser previstas *outras medidas*. Assim, a depender do plano aprovado e da conjuntura específica de uma dada operação, poderão ser ofertados outros tipos de benefícios, sempre com respeito à ideia de que devam ser alcançadas transformações urbanas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental.

⁹⁶SUNDFELD, Carlos Ari, **Operação urbana: direito do particular ao fomento previsto em lei**. In.: **Pareceres**, volume III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 523

falar que nas operações urbanas consorciadas forjam-se relações de *benefícios por contrapartida*.⁹⁷

Sobre as contrapartidas a serem oferecidas pelos particulares, veja-se que o art. 33 do Estatuto da Cidade, que trata do conteúdo mínimo da lei municipal que aprovar operação urbana consorciada, dispõe em seu inciso VI sobre “*contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do §2º do art. 32 desta Lei*”.

A contrapartida a ser aportada pelo particular não necessariamente tem caráter pecuniário, conferindo o Estatuto da Cidade ampla margem para que o Município defina os tipos de contrapartida admitidos numa dada operação.⁹⁸ Podem-se pensar em distintas hipóteses de contrapartidas, como as ligadas à realização de obras públicas pelo particular, a cessão de terrenos, o pagamento de valores, como se dá no caso do solo criado, dentre outras. O consórcio imobiliário, com previsão no art. 46 do Estatuto da Cidade, bem como a concessão urbanística, instrumento acima analisado, podem ser vislumbrados como meios de operacionalização de contrapartidas⁹⁹. O fundamental, contudo, é que as contrapartidas sejam de antemão definidas pelo ente municipal, e o mesmo se diga com relação aos benefícios, pois só assim o mercado imobiliário e demais agentes poderão mensurar seu interesse na operação.

Conforme discorre KARLIN OLBERTZ, existem pelo menos 4 razões econômico-jurídicas para o estabelecimento de contrapartidas face aos benefícios a serem usufruídos: (i) a primeira consiste no próprio financiamento da operação, muito embora, conforme

⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 525.

⁹⁸ Nesse sentido: *Idem, Ibidem*, p. 526; OLBERTZ, Karlin. **Operação...**, p. 95; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários...**, p. 227.

⁹⁹ É o que constata KARLIN OLBERTZ. Cf. **Operação...**, p. 110-112.

O consórcio imobiliário consiste, nos termos do supracitado artigo do Estatuto da Cidade, na possibilidade de o proprietário transferir seu imóvel para o Poder Público, para que este proceda às obras necessárias, recebendo ao final, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas. Consta, aliás, do próprio dispositivo legal a possibilidade de utilização deste instrumento para planos de urbanização ou edificação (art. 46, § 1º). Daí nos afigurar perfeitamente possível a sua aplicação nas operações urbanas consorciadas.

Sobre o tema, cf. ainda CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **O consórcio imobiliário como instrumento de intervenção urbanística**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

Com respeito às já estudadas concessões urbanísticas, aduz KARLIN OLBERTZ: “...o poder público municipal outorgará a um particular, mediante licitação, a concessão de um objeto complexo, constituído por obrigações de urbanificação. As transformações e melhorias urbanísticas produzidas pelo particular traduzirão a contrapartida do poder público (ao lado de eventual valor pela outorga da concessão). O particular obterá a sua remuneração através da exploração dos espaços públicos (a exploração de um terreno como estacionamento, por exemplo) e da utilização ou revenda de imóveis que sofreram desapropriação urbanística”. **Operação...**, p. 112.

adverte a autora, não exista no Estatuto da Cidade regra que imponha que a operação seja autofinanciável; (ii) a segunda relaciona-se à recuperação, pelo Poder Público, da mais-valia decorrente dos investimentos em obras públicas bem como das decisões tomadas em termos de política urbana, o que encontra fundamento no art. 2º, XI do Estatuto¹⁰⁰; (iii) a terceira diz com a necessidade de redistribuição do valor recuperado, por meio da produção de transformações e melhorias em outros espaços da cidade, nos termos de diretriz constante do art. 2º, IX do Estatuto da Cidade¹⁰¹; (iv) a quarta, por fim, relaciona-se com a necessidade de compensação dos impactos, em termos de infraestrutura urbana, gerados pela utilização dos benefícios concedidos.¹⁰²

A venda ou transferência de potencial adicional de construção, o chamado “solo criado”, consiste num meio usual de contrapartida. Por meio de referido instituto, já estudado em momento anterior do trabalho, oferta-se um benefício aos proprietários e investidores, consistente na construção acima do coeficiente de aproveitamento básico admitido numa dada localidade, em troca do pagamento de uma quantia ao Poder Público. Note-se, contudo, que mesmo no âmbito de uma operação urbana, em que usualmente se prevêem exceções às leis urbanísticas de uso e ocupação do solo, devem-se estabelecer parâmetros máximos, i.e., não se pode admitir que os proprietários construam quanto queiram, conquanto paguem por isso. Admitir isso seria solapar o objetivo maior de ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, conforme consta do art. 2º do Estatuto da Cidade. Não se deve olvidar, ainda, que este diploma normativo também impõe que na fixação do coeficiente máximo de aproveitamento seja considerada a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperada (art. 28, § 3º). Ou seja, o proprietário deve pagar pelo adensamento e sobrecarga que gerar sobre a infraestrutura urbana, mas não se deve pensar o instituto do solo criado como meio

¹⁰⁰ “Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”.

¹⁰¹ “Art. 2º (...)

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”

¹⁰² **Operação...**, p. 108-109

“Por último, há a razão de compensação do impacto causado pelos benefícios concedidos na operação em face da infraestrutura urbana. Afinal, a outorga do direito de criar solo, por exemplo, e a consequente verticalização, destempera a proporção entre espaços públicos e privados, representando um acréscimo no número de habitantes e usuários da área e acentuando a demanda por equipamentos públicos.” *Ibidem*, p. 110.

arrecadatório, senão como instrumento de política urbana que deve levar em conta as diretrizes gerais consagradas no art. 2º do Estatuto.

Ainda no tocante ao tema, não é demais lembrar que as contrapartidas e benefícios previstos numa dada operação devem estar inseridos no plano urbanístico específico e, desse modo, respeitar os objetivos urbanísticos ali encartados, tendo-se sempre em vista os objetivos genéricos de alcance de transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental (art. 32).

É possível, ainda, conforme consta do art. 34 do Estatuto da Cidade, que a lei municipal que aprovar a operação urbana consorciada preveja a emissão de certificados de potencial adicional de construção (“CEPACs”), a serem alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à operação. Estes títulos, conforme consta do § 1º do mesmo artigo, são livremente negociáveis, mas conversíveis em direito de construir apenas na área delimitada pela operação. Daí a previsão do § 3º no sentido de que ao apresentar o pedido de licença, o proprietário que deseje construir acima do coeficiente básico de aproveitamento – mas note-se: dentro do limite máximo previsto na lei municipal-, deve utilizar o CEPAC como pagamento deste excedente.

Em outras palavras, os CEPACs:

*“são títulos representativos do direito de realização futura de potencial adicional de construção na área da própria operação urbana consorciada nos termos autorizados pela lei do plano diretor e pela lei municipal específica que a tenha criado. São livremente negociáveis por seus titulares, emitidos e alienáveis pela municipalidade em leilão, podendo também ser utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação urbana”.*¹⁰³

Como consignado acima, a emissão dos CEPACs não é obrigatória, mas constitui mecanismo que, em muitos casos, pode ser capaz de viabilizar a operação. Por meio deles, a Municipalidade pode captar receitas que viabilizam o início das obras, o que coloca a operação em evidência, trazendo mais interessados e assim por diante. Ou seja, antecipa-se a arrecadação independentemente do andamento da operação. Pode-se criar, desse modo, um ciclo virtuoso. Por outro lado, alguns autores contrários à utilização do título advertem que o mecanismo do CEPAC cria uma financeirização indesejada do potencial construtivo,

¹⁰³ LOMAR, Paulo José Villela, **Operação urbana...**, p. 108.

eis que desvincula este da posse do lote. Essa financeirização pode levar a um movimento especulativo, o que, embora possa gerar receitas para a operação, não é desejável sob outros aspectos que devem ser levados em conta no âmbito de uma operação urbana consorciada. Advertem esses autores, ainda, que a utilização dos CEPACs acaba por agravar as desigualdades já existentes entre as diversas áreas das grandes cidades.

Conforme ensinam ERMÍNIA MARICATO e JOÃO SETTE WHITAKER FERREIRA:

*“O CEPAC exacerba essa lógica, pois sendo um título, ele só funciona se for valorizado. Senão, torna-se um ‘mico’. Ou seja, os títulos só podem ser lançados em áreas que interessem ao mercado, ou alguém imagina que a iniciativa privada compraria CEPACs no Jardim Ângela ou em Guaianazes? Além disso, a prefeitura terá que investir pesadamente em obras que potencializem sempre mais a valorização dessas áreas, e portanto dos CEPACs a elas relacionados”.*¹⁰⁴

Em nossa opinião, os CEPACs são instrumentos importantes para a alavancagem de operações urbanas consorciadas, porém devem ser utilizados com comedimento. O propósito da operação não pode ser apenas a obtenção de receitas para o Estado, senão a implantação de melhorias urbanísticas, sociais e ambientais na área delimitada pela operação e isso pode ser, a depender do caso, viabilizado por meio do CEPAC. Isso inclusive ressaí com clareza de outros dispositivos regradores do instituto, como os arts. 32, caput, e 33, II¹⁰⁵. Assim, estes títulos podem ser fundamentais na obtenção de receitas que viabilizem a operação, tal como desenhada no plano urbanístico específico. Em suma, os objetivos fundamentais não podem ser deixados de lado em prol de um intuito meramente fiscal. Contudo, haverá casos em que a emissão de CEPACs pode não se revelar eficiente. Pense-se numa operação urbana numa região de periferia, com menor potencial de atratividade do capital imobiliário. Neste caso, podem ser pensados outros instrumentos que não o CEPAC. Até porque um processo de gentrificação, passível de ocorrer no caso de valorizações imobiliárias repentinas, não parece atender ao comando encartado no art. 33, III do Estatuto da Cidade.¹⁰⁶

¹⁰⁴ **Operação urbana....**, p. 230-231.

¹⁰⁵ “Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:
(...)
III - programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação”.

Por fim, ainda no tocante aos CEPACs, é importante consignar que, como valores mobiliários, eles estão sujeitos à lei nº. 6.385, de 1976, sendo regulamentados e controlados pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”). Há inclusive uma Instrução, a de nº. 401, de 2001, que regulamenta estes títulos. De acordo com o art. 4º de referida Instrução, “*nenhum CEPAC poderá ser ofertado no mercado sem prévio registro na CVM da operação a que estiver vinculado*”. Veja-se ainda que, nos termos da Instrução, há obrigação de os Municípios enviarem trimestralmente informações sobre o andamento da operação e utilização dos CEPACS, além de outras.¹⁰⁷

Ainda sobre os dispositivos do Estatuto da Cidade relativos à operação urbana consorciada, parece relevante apontar que o art. 33, ao determinar a obrigatoriedade de lei municipal que aprove o chamado *plano da operação consorciada*, indica um rol mínimo que dele deve constar, a saber:

- I – definição da área a ser atingida;*
- II – programa básico de ocupação da área;*
- III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;*
- IV – finalidades da operação;*
- V – estudo prévio de impacto de vizinhança;*
- VI - contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I, II e III do § 2º do art. 32 desta Lei;*
- VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.*
- VIII - natureza dos incentivos a serem concedidos aos proprietários, usuários permanentes e investidores privados, uma vez atendido o disposto no inciso III do § 2º do art. 32 desta Lei”.*

¹⁰⁷ CATAPANI, Márcio Ferro. **Títulos públicos: natureza jurídica e mercado**, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.174.

Sobre a caracterização dos CEPACs como valores mobiliários, o autor ressalta que, embora a própria CVM tenha se posicionado neste sentido, algumas ressalvas devem ser feitas:

“Parece-nos que a inclusão dos títulos em questão entre os valores mobiliários é adequada, mas deve ser entendida com algumas ressalvas, em virtude das peculiaridades da espécie. Sob o aspecto legal, não há um óbice à consideração dos CEPACs como valores imobiliários e, principalmente, à sua sujeição ao registro e às normas expedidas pela CVM. (...)

Entretanto, o foco da regulamentação baixada pela CVM deve ser diverso daquele conferido em caso de valores mobiliários emitidos por entidades privadas. O que se há de buscar é a transparência na definição da operação urbana e na negociação dos títulos em questão. Mas a intromissão da autarquia nos negócios municipais deve obedecer a padrões muito mais flexíveis que aqueles aplicáveis à iniciativa privada, em especial porque a Lei nº 10.257/2001 confere aos Municípios o direito de empreenderem operações urbanas consorciadas, como forma de execução de suas políticas públicas. Em outras palavras, nesse caso o emissor persegue o interesse público primário. Assim, se as normas da autoridade reguladora forem sobremaneira rígidas, impedirão aos Municípios que exercitem a autonomia que lhes é constitucionalmente assegurado, podendo ser combatidas em juízo.” p. 174-175.

A lei municipal, assim, ressaí como instrumento importantíssimo, eis que deve, dentre outras coisas, delinear o perímetro da área objeto de intervenção, definir o programa de ocupação daquela área e traçar os objetivos da operação. Referida lei deve ser minuciosa, eis que haverá um sem número de interesses conflitantes no bojo da operação e ela deverá ao menos traçar as balizas que norteiem a resolução de tais conflitos. Não se deve olvidar, ainda, que o art. 32 é claro ao estabelecer que referida lei municipal deverá se basear no plano diretor. Ou seja, é preciso que se entenda que, embora as operações urbanas consorciadas constituam, via de regra, parâmetros urbanísticos diversos e mais flexíveis do que aqueles constantes do plano diretor e demais normas de uso e ocupação do solo, elas devem ser compatíveis com os objetivos gerais e balizamentos do plano diretor, sob pena de se revelarem ilegais¹⁰⁸.

A lei municipal deverá também contemplar programa econômico e social para a população diretamente afetada. Deve-se pensar aqui, tanto na hipótese de desapropriações e, portanto, de pessoas que tenham sua propriedade tomada para viabilização do plano, quanto em hipóteses relacionadas, por exemplo, a mudanças de usos que afetem usos já consolidados na região. O plano específico da operação, portanto, não pode descuidar de atender também os interesses daqueles que sejam afetados negativamente pela operação. Há ainda a questão da população que habita em favelas, por exemplo. Tanto quanto possível, o plano deverá prever uma solução para tais hipóteses. Pode-se pensar, dessa maneira, no oferecimento de unidades habitacionais de interesse social como contrapartida aos benefícios usufruídos nos termos dos incisos do art. 32, § 2º.¹⁰⁹ Além disso, o inciso contempla também os benefícios econômicos (como a expansão de uma área comercial, por exemplo) e sociais (construção de hospitais, escolas, etc.) a serem ofertados para a população da área.¹¹⁰

Mostra-se também obrigatório que a lei municipal contemple estudo prévio de impacto de vizinhança, instrumento que encontra previsão nos artigos 36 a 38 do Estatuto da Cidade. Conforme anota JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, o instrumento fora

¹⁰⁸ Segundo PAULO JOSÉ VILLELA LOMAR “*como a lei municipal específica da operação urbana, deve ser compatível e conforme com as diretrizes fixadas no plano diretor, este deve, ao menos, contemplar os elementos básicos que permitam sua identificação, a especificação das transformações estruturais visadas, as melhorias sociais e ambientais a serem alcançadas, sendo também conveniente, se possível, a enumeração sumária das ações, programas e projetos que constituam a concretização de suas diretrizes e, também, as do Estatuto da Cidade*” **Operação...**, p. 94-95.

¹⁰⁹ OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana...**, p. 90.

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários...**, p. 226

negligenciado durante muito tempo, mas assumiu papel de destaque hodiernamente, sendo fundamental para se mensurar os “efeitos de construções, empreendimentos e outras operações urbanas sobre os proprietários, moradores e usuários permanentes da área”.¹¹¹ Com efeito, é fundamental que um empreendimento do porte da operação urbana consorciada seja avaliado inclusive quanto a suas externalidades, sob pena de “resolver-se um problema criando-se outro”.

Por fim, interessa apontar a necessidade de que a lei municipal contemple mecanismo de controle com obrigatória participação da sociedade civil. A exigência é correta e consentânea com os propósitos da operação urbana consorciada, que demanda a maior articulação possível entre os agentes envolvidos na operação.

Voltamos a ressaltar que o plano de intervenção da operação consorciada deve ser objeto de amplo debate pela sociedade, em consonância com a ideia de gestão democrática das cidades encartada pelo Estatuto da Cidade (art. 2º, II). Assim, antes mesmo da aprovação da lei, devem ser disponibilizados canais de debate, por meio dos quais moradores, usuários permanentes, proprietários e investidores possam se manifestar. Como ressaltamos em momento anterior, entendemos que o debate deve ser ofertado a todos interessados, ainda que não diretamente vinculados à área objeto de intervenção, eis que a decisão de *onde* intervir diz com a definição de políticas públicas, que devem ser objeto de debate, tanto quanto possível. Não se deve desconsiderar, ainda, que as operações podem surtir efeitos em outras regiões da cidade, daí a necessidade de se admitir ao debate moradores e usuários de outras localidades, que não apenas a delimitada pela operação.¹¹²

É interessante notar, ainda, que o sucesso da operação pode depender de uma consulta efetiva da população interessada, de onde inclusive poderão surgir ideias mais adequadas de mecanismos de contrapartida, equipamentos públicos mais adequados para a região, perfil dos imóveis mais compatíveis com a área, soluções para as populações diretamente afetadas etc. Desse modo, mecanismos como a consulta e audiência públicas, por exemplo, deverão ser utilizados.

Não fosse a gestão democrática uma diretriz expressa abraçada pelo Estatuto da Cidade, é próprio de um instrumento como a operação urbana consorciada uma ampla

¹¹¹ Cf. **Comentários ao...**, p. 227.

¹¹² Nesse mesmo sentido, cf. Olbertz, Karlin. **Operação urbana...**, p. 85.

concertação entre os agentes envolvidos. Não faria sentido o manejo de um instituto como este de maneira autoritária: o instrumento restaria esvaziado e ineficaz.¹¹³

Não é demais lembrar que o instituto da operação urbana consorciada, como adverte CARLOS ARI SUNDFELD, está na contramão de um *urbanismo totalitário*, no qual o Poder do Estado seja usado apenas para impor e controlar. Ao contrário, através do instituto, o manejo do poder é direcionado para “*induzir a ação privada à cooperação espontânea com projetos urbanísticos de interesse público*”¹¹⁴. O aspecto fomentador é marcante neste instrumento. Desse modo, o Estado deve agir muito mais como um coordenador e árbitro dos diversos interesses, ressaltando sua faceta indutora e ocultando-se a faceta de poder extroverso e impositivo. Só assim, nos parece, o instituto poder gerar bons frutos.

No direito francês, as chamadas *zones d'aménagement concerté*, ou ZACs, foram criadas em 1967 pela Lei de Orientação Fundiária, como substitutivo das antigas *zones a urbaniser en priorité* (“ZUPs”) e das *zones opérationnelles spécialisés* (estas últimas compreendendo as *zones d'habitation* e as *zones industrielles*). De acordo com HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET, o instrumento se liga à “linhagem” dos procedimentos de intervenção direta dos entes públicos na ordenação territorial, que apareceram na França sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, como já analisado no primeiro capítulo deste trabalho.¹¹⁵

Se de um lado elas possibilitaram desde 1970 uma concertação entre agentes públicos e privados, por outro elas apresentavam problemas, como abusos ligados às derrogações aos planos locais de urbanismo que elas ocasionavam, assim como uma preocupação insuficiente com o meio ambiente.¹¹⁶ Em razão desses e outros problemas, as ZACs foram objeto de modificações por sucessivas leis. A modificação mais substancial desde 1976, conforme apontam os autores, foi a ocasionado pela chamada Lei da

¹¹³ KARLIN OLBERTZ sugere que os mesmos mecanismos participativos obrigatórios na elaboração dos planos diretores e na fiscalização do seu cumprimento sejam aplicáveis à lei municipal definidora da operação urbana consorciada. A ideia defendida pela autora e com a qual concordamos sem reservas, é a de que “*na medida em que a operação urbana consorciada traduz um plano específico para um setor da cidade, plano esse que flexibilizará o regime do plano diretor, dependerá ela dos mesmos requisitos (guardadas as proporções entre plano diretor e plano da operação) e sua instituição deverá assegurar as mesmas garantias.*” **Operação....**, p. 86.

¹¹⁴ **Pareceres...**, p. 527.

¹¹⁵ **Droit...**, 6ª edição, Paris: Dalloz, 2008, p. 631.

¹¹⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 631.

Solidariedade e Renovação Urbanas, de 2000.¹¹⁷ Entre outras modificações, esta lei aboliu o regime derogatório das leis locais urbanísticas que a ZAC ocasionava, através do extinto “plano de ordenação de zonas” (*Plan d’aménagement de zones* ou “PAZ”).¹¹⁸

Conforme deflui do art. L.311-1 do Código de Urbanismo francês, as ZACs consistem em “*zonas no interior das quais um ente público ou uma entidade da Administração indireta com propósitos específicos decide intervir para realizar, ou delegar a realização, da ordenação e provimento de infraestrutura de terrenos, em especial daqueles que referido ente ou entidade da Administração indireta tenham adquirido ou irão adquirir com o propósito de cedê-los ou concedê-los ulteriormente a pessoas públicas ou privadas*”.

A maioria das ZACs, portanto, dependem da aquisição de terrenos pelo ente público, ou pelo concessionário, que poderá fazê-lo por meio de aquisições amigáveis, desapropriação ou preempção. Não necessariamente, contudo, todos os terrenos serão adquiridos, o que é admitido, já que se fala também das ZACs à *maîtrise foncière partielle*, i.e., ZACs em que há apenas a aquisição parcial de terrenos. Essas hipóteses são admitidas, sobretudo, porque a ZAC não apenas é utilizada para projetos de urbanização, mas também para projetos de renovação urbana¹¹⁹. Nos casos em que a totalidade dos terrenos não é adquirida, os franceses apontam a preocupação de os demais construtores arcarem com os custos dos equipamentos públicos a serem construídos.¹²⁰

A competência para instituição das ZACs, conforme se depreende do dispositivo legal, é sempre pública¹²¹. Pode ser tomada, contudo, por diversas entidades públicas, tanto pelos entes da Administração direta, quanto por entidades que sejam vocacionadas para atuar em operações de ordenação do território (é o caso, por exemplo, dos chamados

¹¹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 632.

¹¹⁸ Conforme estatui JEAN-BERNARD AUBY: “Uma das particularidades clássicas das ‘zones d’aménagement concerté’ era, como nós tivemos a oportunidade de assinalar, que em geral elas eram dotadas de um plano de urbanismo próprio, denominado ‘plan d’aménagement de zone’. Essa possibilidade foi suprimida pela Lei de Solidariedade e Renovação Urbanas, de 13 de dezembro de 2000.” **Droit de...**, p.151. (tradução nossa)

¹¹⁹ Com efeito, “o procedimento das ZACs foi concebido principalmente para equipar os terrenos em vista da construção e, assim, para realizar extensões urbanas nas periferias das aglomerações. Mas ele pode ser utilizado também para transformar o tecido urbano já existente. Os tribunais consideraram que a existência de procedimentos especiais de intervenção no centro urbano sobre edificações existentes (restauração imobiliária, supressão do habitat insalubre) não impede de forma alguma a que a Administração realize a ordenação que deseja através da criação de uma zone d’aménagement concerté (...)”. cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit de...**, p. 635.

¹²⁰ Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit de...**, p. 650.

¹²¹ Nesse sentido, cf. AUBY, Jean-Bernard, **Droit de...**, p. 151; e SOLER-COUTEAX, Pierre; CARPENTIER, Elise, **Droit de...**, p. 623.

établissements public d'aménagement). A sua implementação, contudo, pode ser objeto de delegação, como se dá na hipótese das *concessions d'aménagement*, estudadas em tópico anterior.

É fundamental ressaltar o caráter de concertação das ZACs. Essa concertação é, sobretudo, prévia a sua criação, o que, a nosso ver, se revela corretíssimo. Conforme ensinam ELISE CARPENTIER e PIERRE SOLER-COUTEAUX:

*“quando uma entidade pública decide criar uma ZAC, ela deve de um lado, indicar, ao menos em grandes linhas, os objetivos perseguidos pela operação. (...) De outra parte, ela deve fixar as modalidades de uma concertação que permita associar, durante toda a duração da elaboração do projeto, os habitantes, as associações locais e outras pessoas envolvidas. (...) Esses dois elementos constituem uma formalidade essencial, cujo descumprimento torna ilegal a criação da ZAC”.*¹²²

A escolha dos canais de participação fica a cargo do ente responsável, que deverá garantir, contudo, que essa participação se dê durante todo o processo de elaboração do projeto. Ao final, a autoridade competente deverá elaborar um balanço dos processos participativos, sendo também possível que este balanço seja inserido no chamado *dossiê de criação da ZAC* (conforme art. R. 311-2 do Código de Urbanismo). Este ato pode ser objeto de contestação e até mesmo de recurso por excesso de poder.¹²³

Pode-se apontar, em síntese, que a ZAC se desenvolve em duas fases distintas: (i) uma primeira de criação, quando são realizados estudos e procedimentos prévios de concertação; (ii) e uma segunda de implementação efetivamente do projeto.

Na primeira fase, além de uma ampla concertação, deve ser elaborado o chamado *dossiê de criação*, que compreende, dentre outros elementos: um relatório de apresentação, que deve expor o objeto e a justificativa da operação; uma descrição da situação do local e do meio ambiente correspondente; um programa global das construções a serem edificadas; o estudo de impacto, caso seja necessário, etc.¹²⁴ Referido dossiê deve ser criado levando-se em consideração os estudos prévios e os procedimentos de concertação

¹²² **Droit de...**, p. 623.

¹²³ SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise, **Droit...**, p. 960.

¹²⁴ O estudo de impacto era exigido para todo tipo de ZAC. Contudo, com o advento da Lei nº. 2010-788, de 2010 e do Decreto nº. 2011-2019, de 2011, o estudo passou a ser exigível apenas em algumas hipóteses. Em síntese, a obrigatoriedade do estudo depende de uma análise conjunta de limites ligados à superfície construída a ser criada, bem como a extensão da ZAC. Cf. CARPENTIER, Elise; SOLER-COUTEAUX, Pierre, **Droit de...**, p. 623-624.

e, salvo no caso de a iniciativa da ZAC advir do Estado, deverá ser aprovado pelo órgão deliberativo do ente instituidor.¹²⁵

Importante destacar que a decisão de criação da ZAC surte três efeitos imediatos, consistentes basicamente: (i) na possibilidade de a Administração suspender as decisões sobre a concessão de licenças para construir e outras correlatas no perímetro da operação; (ii) na possibilidade de os proprietários atingidos colocarem seus imóveis à disposição da Administração para que ela os adquira (instituto chamado de *délaissement*); (iii) na possibilidade de a Administração firmar uma *concession d'aménagement*.¹²⁶

A segunda fase referida consiste na implementação da ZAC. Nesta fase, a entidade responsável pela criação da ZAC deverá aprovar um *dossiê de realização* e realizar um *estudo de segurança*, se for o caso. O dossiê de implementação, a exemplo do de criação, deverá ser aprovado pelo órgão deliberativo do ente criador, salvo se este for o Estado.

Em síntese, o *dossiê de realização* deverá conter os seguintes elementos: (i) o projeto do programa dos equipamentos públicos; (ii) o projeto do programa global de construções a serem edificadas; (iii) as modalidades previstas de financiamento, escalonadas temporalmente; (iv) e conforme o caso um complemento do estudo de impacto.

Conforme consta do art. R.311-6 do Código de Urbanismo, as ZACs poderão ser conduzidas diretamente pela entidade pública criadora ou ser objeto de uma concessão (*concession d'aménagement*), hipótese em que o concessionário tomará a frente da implementação do projeto. No primeiro caso, a entidade pública conduzirá completamente o processo, realizando as aquisições de terrenos, equipando-os, e vendendo-os. Neste caso, ela assume completamente os riscos financeiros do projeto. Na prática, contudo, conforme informam HENRI JACQUOT e FRANÇOIS PRIET, o projeto acaba com mais frequência sendo implementado por empresas concessionárias.¹²⁷

Por fim, conforme notam os autores franceses, as ZACs podem sofrer modificações ao longo de sua implementação. Caso a modificação atinja o ato de criação, os mesmos requisitos de publicidade e de informação já analisados deverão ser novamente cumpridos.

¹²⁵ JACQUOT, Henri; PRIET, François, **Droit...**, p. 641.

¹²⁶ Cf. CARPENTIER, Elise; SOLER-COUTEAUX, Pierre, **Droit de...**, p. 630.

¹²⁷ **Droit de...**, p. 649.

Outras modificações podem se dar nos casos de adaptação das regras urbanísticas para melhor adequação ao objetivo perseguido.¹²⁸ O término da ZAC, a seu turno, pode ocorrer tanto na hipótese de cumprimento de seus objetivos (*achèvement*), quanto no caso de supressão, hipótese em que a decisão será tomada pela mesma entidade que criou a ZAC, por meio de relatório que indique os motivos da supressão.

Como se vê, há semelhanças que permitem efetivamente traçar paralelos entre o instituto francês e o brasileiro. É possível constatar, todavia, uma descrição mais minuciosa das ZACs e de seu regime no Código de Urbanismo francês em comparação ao regramento trazido pelo Estatuto da Cidade para o instrumento brasileiro. Ademais, nota-se uma grande preocupação, do lado das ZACs, em se garantir uma efetiva participação da população e interessados na definição e ao longo de todo o desenvolvimento do projeto, o que não é tão evidente na legislação brasileira, que apenas aponta para a necessidade de controle *ao longo* da operação.

III.5. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (“PPPs”)

Antes de iniciar o estudo das PPPs, e especialmente de sua aplicação ao ambiente urbano, uma advertência se impõe: as parcerias público-privadas referidas neste tópico são aquelas entendidas em sentido estrito, e portanto, consubstanciadas nas chamadas *concessões patrocinadas e administrativas* da Lei nº. 11.709, de 2004. Entendido o termo na sua acepção ampla, como “*os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes de atividades com algum coeficiente de interesse geral*”¹²⁹, poder-se-iam incluir, inclusive, alguns dos ajustes acima analisados. Não é o que se pretende neste ponto.

Por isso, as parcerias público-privadas a serem analisadas daqui em diante são aquelas em sentido estrito, que foram introduzidas no ordenamento brasileiro apenas através da Lei nº. 11.709, de 2004¹³⁰. São, como visto, as concessões do tipo patrocinada e administrativa, que serão melhor explicadas adiante.

¹²⁸ SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise, **Droit de...**, p. 652.

¹²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

¹³⁰ Advirta-se, contudo, que antes da Lei federal os Estados de Minas Gerais e São Paulo já haviam publicado lei tratando do tema, a saber, as leis nº. 14.868, de 2003 e 11.688, de 2004, respectivamente.

A advertência se impõe, sobretudo, pelo fato de que, no âmbito dos trabalhos acadêmicos de urbanistas, o termo parceria público-privada é usualmente utilizado, porém numa acepção mais ampla, englobando ajustes como as concessões urbanísticas, operações urbanas consorciadas e outros¹³¹. Note-se: não há equívoco em tal uso, já que o termo também comporta uma acepção ampla, como visto. É preciso, de todo modo e para evitar confusões terminológicas, especificar a amplitude que daremos a ele neste ponto.

Feita essa observação, deve-se apontar, contudo, que as parcerias público-privadas se inserem no contexto da Reforma do Estado iniciada nos anos 1990 no Brasil, e, nesse ponto, são reconduzíveis ao panorama mais alargado das parcerias em sentido amplo que o Estado passou a firmar com a iniciativa privada a partir de então. Com efeito, a partir daquela década, iniciam-se as ondas de privatização, flexibilização de monopólios de serviços públicos etc. É nesse contexto que se iniciam os debates sobre, de um lado, a insuficiência do Estado em dar conta de prestar diretamente todos os serviços públicos e outras atividades de interesse geral que lhe são atribuídos por imposição legal e/ou constitucional, e de outro, a necessidade de “convocar” parceiros privados para essa tarefa, transferindo-lhe os riscos, os encargos financeiros, etc.

De acordo com ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, inicialmente o Estado concedeu apenas os chamados serviços públicos econômicos aos privados. Ainda conforme o administrativista, em tais casos havia um potencial enorme de lucratividade, o que justificava não apenas que o Estado não aportasse recursos, como também que, conforme o caso, o particular pagasse pela outorga. A remuneração, nestes casos, se dava integralmente com as tarifas pagas pelos usuários.¹³² Nas décadas de 1980, 1990, esses foram primordialmente os serviços objeto de desestatização (i.e. rodovias, hidrovias, linhas de transmissão de energia, redes de distribuição de água e coleta de esgoto etc.). A partir de então, a expectativa era de que o Estado, com os aportes advindos das privatizações, se recuperasse do declínio econômico – que vinha desde a década de 1980 – e continuasse a garantir, ao menos, a prestação de serviços públicos deficitários bem como de outros

¹³¹ É o que se extrai, por exemplo, do já citado trabalho de DANIELA ABRITTA COTA, denominado *A parceria público-privada na política urbana brasileira recente: reflexões a partir da análise das operações urbanas em Belo Horizonte*, em que a autora se dedica à análise não propriamente das parcerias público-privadas nos termos da Lei nº. 11.079, de 2004, mas sim, de maneira mais ampla, a ajustes entre agentes públicos e privados no ambiente urbano, como as antigas operações interligadas, as operações urbanas etc.

¹³² **As PPPs e as concessões administrativas**, In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.), **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-32.

serviços de interesse da coletividade que não geram tarifas, como ensino básico, construção de presídios, etc. Contudo, continua ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

*“mesmo após as desestatizações da década de noventa, o Estado manteve-se em grave crise fiscal, sujeito a uma grande dívida interna e externa taxada com juros de grande magnitude, com o que, em mais uma frustração da cidadania, nem aqueles serviços públicos essenciais passaram a ter verba para poderem ser prestados como deveriam”.*¹³³

A ideia das parcerias público-privadas surge justamente nesse contexto, i.e., de um Estado endividado, que precisa investir em infraestrutura para gerar crescimento econômico, mas que não possui plena capacidade financeira para tanto. Por meio do instrumento, o Estado *“lança mão de uma forma de financiamento de infraestruturas que não podem ser amortizadas apenas com tarifas”*.¹³⁴

É preciso, contudo, ter em vista a advertência feita por VERA MONTEIRO, no sentido de que a promulgação da Lei das PPPs não estaria ligada apenas e tão somente a aspectos de crise fiscal e de incapacidade de novos investimentos por parte do Estado, como sugeria o discurso político, à época. Assim, continua a autora:

“Noutras palavras, do ponto de vista jurídico, as razões políticas e econômicas que levaram o Governo Federal a editar a Lei 11.079/2004 serviram para concretizar um movimento (jurídico), que já existia, de revisão do modo de relacionamento entre o público e o privado nas relações contratuais.

*Tanto faz sentido essa observação, que os modelos da Lei 11.079/2004 implicam a assunção de obrigação financeira de longo prazo por parte do parceiro público. O discurso da incapacidade de investimento do Estado, de grande apelo político, na verdade, encobriu o ambiente e as transformações jurídicas que conduziram à releitura do instituto da concessão. A Lei 11.079/2004, portanto, é muito mais o resultado das transformações jurídicas em curso (e mapeadas neste trabalho) que propriamente elemento de um programa de crescimento econômico”.*¹³⁵

Com efeito, as parcerias público-privadas constituem tipos especiais de concessão, pois foram concebidas justamente para resolver situações para as quais o modelo tradicional das concessões da Lei nº. 8.987, de 1995 não se amoldava. Era preciso, por

¹³³ *Idem, Ibidem*, p. 32.

¹³⁴ *Idem, Ibidem*, p. 33.

¹³⁵ **Concessão**, p. 138-139.

exemplo, garantir que para construção e operação de certas infraestruturas, o Estado partilhasse o risco com o privado, de modo que a remuneração desse não fosse garantida apenas por meio do modelo tarifário, num sistema de assunção integral do risco pelo particular. Aliás, note-se que a Lei das PPPs tem justamente como uma de suas diretrizes o compartilhamento de riscos¹³⁶.

As concessões patrocinadas¹³⁷, dessa forma, em tudo se assemelham às concessões comuns de serviços públicos: trata-se de modelo concessório utilizado para a delegação de serviços públicos econômicos, em que há pagamento de tarifa. Adicionalmente, contudo, deve necessariamente haver um aporte *pecuniário* do Estado. Desse modo, dos tipos de contraprestação da Administração previstos no art. 6º, a concessão patrocinada admite apenas a ordem bancária (I) e a cessão de créditos não tributários (II)¹³⁸. Sobre ser a concessão patrocinada uma concessão de serviços públicos com algumas peculiaridades, importa sublinhar o art. 3º, § 1º, que indica aplicar-se a elas a lei nº. 8.987, de 1995, integralmente, salvo no que conflitar com a Lei das PPPs.

Em realidade, a possibilidade de contraprestação pecuniária em adição à tarifa cobrada dos usuários não é novidade. A Lei nº. 8.987, de 1995 já admitia essa hipótese em seu art. 11, ao prever as chamadas receitas alternativas, complementares ou acessórias¹³⁹. A diferença, conforme lição de CARLOS ARI SUNDFELD, é que a Lei das PPPs prevê, de maneira inovadora, um sólido sistema de garantias, de modo que em caso de inadimplemento do ente público, o parceiro privado possa acionar as garantias.¹⁴⁰

Muito embora, como se verá, a *concessão administrativa* usualmente se preste melhor à delegação de funções urbanísticas, é perfeitamente possível que as concessões

¹³⁶ Nesse sentido, cf. o art. 4º, VI.

¹³⁷ Dispõe o art. 2º, § 1º da Lei nº. 11.107, de 2005:

“§ 1º - Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obra públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

¹³⁸ “Art. 6º - A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parcerias público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.”

Nesse sentido, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein. **As formas de pagamento da contraprestação pública**, In: _____. **Estudos sobre....**, p. 125.

¹³⁹ Sobre o tema, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessão de serviço público sem ônus para o usuário**. In: Wagner Júnior, Luiz Guilherme (coord.), **Direito Público....**, p. 331-351.

¹⁴⁰ **Guia jurídico....**, p. 23.

patrocinadas sejam utilizadas com propósitos urbanísticos, ainda que com escopo menos amplo. É o que ressaí, exemplificativamente, da concessão patrocinada para implantação, operação e manutenção do VLT (“veículo leve sobre trilhos”) no Eixo Anhanguera, em Goiânia. Muito embora citada PPP tenha um propósito principal voltado à solução de questões de mobilidade urbana, há um caráter urbanístico marcante, o que inclusive se extrai das *consideranda* do contrato que expressamente dispõe sobre a finalidade de “*requalificar urbanisticamente pontos do Eixo Anhanguera*”.¹⁴¹

O propósito urbanístico é verificável, ademais, no Anexo III do Edital de licitação anexo ao Contrato, no qual se prevê uma requalificação de fachada a fachada do Eixo Anhanguera, com intervenções em mobiliário urbano, iluminação pública, calçamento etc. Note-se, ainda, que no âmbito da exploração de projetos associados e outras atividades, há também expressa menção à exploração de atividades imobiliárias nas Estações e Terminais do VLT (“*Receitas Extraordinárias advindas da exploração imobiliária das áreas das Estações e Terminais do Sistema de VLT para fins de construção de empreendimentos imobiliários, bem como da exploração dos espaços de sua infraestrutura móvel e imóvel para fins publicitários, da exploração comercial de postos de combustível, estacionamentos, desenvolvimento imobiliário e incorporação de ativos como shoppings centers, hotéis, salas comerciais e outros, desenvolvimento de comércio e lojas nas Estações e Terminais do VLT, exploração de publicidade como outodoors, painéis eletrônicos, cartazes e envelopamento dos trens, naming rights, aluguel de espaços para eventos em geral, exploração ou aluguel de mobiliário urbano nas Estações e Terminais de Integração do VLT...*”¹⁴²), do que ressaí a umbilicalidade do aspecto urbanístico em projetos como este, sobretudo se manejados por meio do instrumental das parcerias público-privadas.

Se as concessões patrocinadas não se revelam propriamente como uma novidade, o mesmo não se pode dizer das chamadas concessões administrativas. Antes do advento da Lei das PPPs não havia nada semelhante, e nem se diga que elas se confundem com as terceirizações, já que pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção das infraestruturas que serão utilizadas nas prestações dos serviços. Lembre-se, ainda, que é

¹⁴¹ Contrato e edital disponíveis em www.metropolitana.go.gov.br/post/ver/139839/campanha-projeto-do-vlt-no-eixo-anhanguera (consultado em 17/10/2013).

¹⁴² Cf. cláusula 23.5

vedada sua utilização exclusivamente como fornecimento de mão de obras, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obras públicas (art. 2º, § 4º III).

As concessões administrativas, desse modo, operaram uma significativa mudança no cenário das concessões, pois de acordo com FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: (i) permitiram a existência de concessões em que a remuneração recai substancialmente sobre o parceiro público; (ii) e, conseqüentemente, alargaram o universo das utilidades que podem ser concedidas, abarcando inclusive os serviços *uti universi*.¹⁴³ As PPPs em matéria urbanística, a nosso ver, são factíveis em razão deste segundo fator.

De acordo com o art. 2º, “*concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*”. Desse modo, é possível divisar no dispositivo duas possibilidades: utilização do instrumento concessório para prestação de atividades diretamente à Administração (ex.: operação de um centro administrativo) ou sua utilização para prestação de serviços diretamente ao administrado e apenas indiretamente à Administração (pense-se, por exemplo, numa PPP para construção de moradias populares ou para construção e operação de um hospital).

As PPPs administrativas, assim, operaram um alargamento dos serviços aos quais o instrumento concessório poderá se prestar. Isso porque, ao desvincular a remuneração do parceiro privado da tarifa, admite-se, por exemplo, que serviços que não sejam *uti singuli*, e portanto fruíveis individualmente, sejam concedidos. Serão passíveis de concessão, assim, serviços de iluminação pública, por exemplo, ou mesmo o serviço de coleta de lixo, cuja aferição individual é passível, porém inviável economicamente. Não se devem olvidar ainda os ditos “serviços sociais”, que devem ser ofertados gratuitamente (como saúde e educação). Note-se, portanto, que a concessão administrativa alargou sobremaneira o campo dos serviços objeto de concessão.¹⁴⁴

De outro lado, as concessões administrativas servem ainda para a prestação de serviços diretamente à Administração e seus servidores – i.e., serviços internos, como a construção de uma creche para funcionários de uma repartição pública, por exemplo- o que antes era apenas possível por meio do contrato de serviços da Lei nº. 8.666, de 1993. Este contrato, todavia, apresenta limitações temporais (nos serviços contínuos o prazo inicial

¹⁴³ **A concessão...**, p. 378.

¹⁴⁴ *Idem, Ibidem*, p. 381. No mesmo sentido, cf. ainda ARAGÃO, Alexandre Santos de, **As PPPs...**, p. 11

máximo de contratação é de 1 ano, prorrogável até o limite de 5, conforme consta do art. 57, *caput* e inciso II) e outras ligadas a seu regime (ex.: a Administração é quem deverá determinar como será a prestação do regime – art. 7º, §2º, I e II -, o pagamento é calculado de acordo com a execução das tarefas, não havendo nenhum critério que leve em consideração o resultado final – art. 7º, § 2º, II etc.).¹⁴⁵

Ou seja, a concessão administrativa é instrumento que se presta a múltiplos usos, devendo-se sempre ter em mente que ela não se subsume a um simples contrato de prestação de serviços. A uma porque ela tem efetivamente este caráter polivalente, podendo ser utilizada para prestação de serviços públicos econômicos, serviços sociais, atividades preparatórias ou de apoio do poder de polícia, atividades internas de apoio da Administração etc. A duas porque além da prestação de qualquer destes diferentes tipos de serviços, não se deve olvidar que a PPP é um instrumento que se presta, em qualquer caso, à construção, ampliação, reforma ou manutenção de infraestrutura. Portanto, as vedações constantes dos incisos do art. 4º, da Lei nº. 11.079, de 2005 se aplicam tanto às concessões patrocinadas quanto administrativas. Ou seja, requer-se em ambos os casos o investimento de no mínimo R\$ 20 milhões, um período mínimo de 5 anos de vigência do contrato (necessários para amortização dos investimentos), e que este não se resuma apenas ao fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obras pública. Em suma: o contrato de PPP é um contrato dotado de certa complexidade.

Justamente em razão dessa complexidade é que, a nosso ver, a concessão administrativa tem sido amplamente utilizada em projetos de urbanização, que envolvem, em geral, desenvolvimento de infraestruturas diversas, prestação de uma série de serviços, sejam eles diretamente fruíveis pela população (*uti singuli* e/ou *uti universum*) ou então prestados diretamente ao ente administrativo etc. O maior destes projetos, atualmente em curso, é o chamado “Porto Maravilha”, consistente numa parceria público-privada na modalidade concessão administrativa para prestação de serviços visando à revitalização, operação e manutenção da região portuária do Rio de Janeiro, com execução de obras.

Em síntese, referido projeto almeja a plena revitalização da degradada zona portuária que, nos termos da Lei Municipal Complementar nº. 101 de 2009, integra a Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio. O objeto da referida PPP, outorgado à Concessionária Porto Novo S/A, é extremamente amplo – compreende a

¹⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari, **Guia Jurídico...**, p. 23.

execução de diversas obras e reestruturações viárias, bem como a prestação de serviços, como a exploração da malha viária; conservação de vias, logradouros, espaços verdes; prestação de serviços de iluminação; gestão de resíduos sólidos etc. – e não se encaixaria em outra rubrica que não a da concessão administrativa.

Diversas novidades trazidas pela Lei das PPPs, e especificamente por esta modalidade concessória, permitem que o arranjo contratual se amolde a contextos tão amplos e *sui generis* quanto o de Porto Maravilha. O sistema de garantias, por exemplo, com previsão no art. 8º, confere segurança para que os parceiros privados realizem investimentos que por vezes alcançam valores estratosféricos, como se verifica na hipótese¹⁴⁶. O sistema de garantias, ainda, é especialmente necessário porque, conforme ressaltou do art. 7º da Lei nº. 11.079, de 2004, “a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.” Ou seja, é mister que, antes do recebimento da contrapartida, o particular haja implementado/melhorado a infraestrutura correspondente, e, desse modo, iniciado a disponibilização dos serviços¹⁴⁷. Ocorre que, se o particular não estiver ancorado num sistema robusto de garantias, que inclusive permitirão o financiamento da operação, dificilmente logrará dar cabo da mesma com êxito.¹⁴⁸

¹⁴⁶ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

Sobre o tema das garantias, cf. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A garantia nas parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

¹⁴⁷ De acordo com RAFAEL WALLBACH SCHWIND, o fato justamente de a disponibilização do serviço ser pressuposto para o início do pagamento, afasta a ideia de que a contraprestação pública configure algum tipo de subvenção. Outros fatores que diferenciam ambas as figuras, ainda de acordo com o autor, seriam: (i) a própria utilização, pela lei, do termo *contraprestação*, que reflete a ideia de pagamento em troca da prestação de alguma atividade; (ii) a possibilidade, contida no art. 6º, parágrafo único, de vinculação do pagamento à performance do parceiro privado, por meio de metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato de PPP. Cf. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 220.

¹⁴⁸ Sobre os riscos usualmente envolvidos em projetos de parcerias público-privadas e sua mitigação por meio do sistema de garantias, discorre VITOR RHEIN SCHIRATO:

“Desta forma, os mecanismos de garantia criados pela Lei nº. 11.079/04 apenas referem-se à necessidade de mitigação do risco de crédito do Poder Público brasileiro, contribuindo para a viabilidade econômica do empreendimento a ser realizado por meio de PPP, na medida em que possibilitam uma redução do valor exigido pelos parceiros privados para a participação em uma PPP. Não se trata mais da visão unilateral e autoritária na qual apenas se assumia a totalidade dos riscos ou os transferia em sua integralidade ao

No caso do Projeto Porto Maravilha, como não poderia deixar de ser, o pagamento das contraprestações é vinculado à disponibilização dos serviços. Há, contudo, um faseamento das etapas, o que, além de se revelar imprescindível em projetos de grande magnitude que comportam divisão em fases, é admitido expressamente pelo art. 7º, § 1º da Lei das PPPs.¹⁴⁹ Na hipótese de que não fossem admitidas liberações parciais de pagamento, dificilmente projetos tão ambiciosos seriam viáveis, na medida em que usualmente demandam um aporte significativo de recursos do parceiro privado, que em algum momento precisa amortizá-los. Caminhou bem a lei neste ponto e, especialmente no que se refere a projetos visando à urbanização e/ou reurbanização, a possibilidade de liberações parciais de pagamento pode efetivamente se revelar crucial.

Com respeito à remuneração do concessionário, contrariamente ao que ocorre na hipótese das concessões patrocinadas, a concessão administrativa admite contraprestações públicas que não apenas de cunho *pecuniário*. Assim, todos os tipos arrolados no art. 6º da Lei das PPPs são admitidos, a saber: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei. Vale ressaltar que, diferentemente do que se passa na hipótese das concessões patrocinadas, não há adicional tarifário. A concessão administrativa, portanto, não depende de pagamento direto feito pelo cidadão. Contudo, como observado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o concessionário pode se remunerar por outras receitas além daquelas constantes do art. 6º ou decorrentes de aportes versados pela Administração. Inclusive, podem ser cobrados valores de usuários de um serviço, que por certo não se configura serviço público, sob pena de tal valor se convolar em tarifa. É o caso, como observa o administrativista, da cobrança de ingressos em estádios de futebol ou ainda do valor pago pelo órgão mutuante em PPP de habitação.¹⁵⁰

Para projetos de cunho urbanístico, parece-nos que alguns tipos remuneratórios podem apresentar especificidades e, por isso, devem ser ressaltados, notadamente a outorga

particular. Trata-se de um sistema de parceria em sua acepção plena, na qual os riscos devem ser compartilhados e mitigados na melhor medida possível, de forma a se obter o melhor negócio possível a todas as partes.” Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas In: Marques Neto, Floriano de Azevedo; Schirato, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre..., p. 147.

¹⁴⁹ Com efeito, estabelece este dispositivo que “é facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada”.

¹⁵⁰ A concessão..., p. 387-388.

de direitos em face da Administração Pública e a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Quanto ao primeiro, trata-se da possibilidade de que a Administração outorgue algum direito revestido de patrimonialidade, i.e., que represente vantagens econômicas ao concessionário. Em termos urbanísticos, o direito de construir acima do coeficiente permitido numa dada área é um exemplo bastante útil de direito a ser conferido para um particular em face da Administração. Como se sabe, o potencial construtivo é um bem que pode ser precificado, daí fazer todo sentido que em PPPs com um viés urbanístico, e não apenas nelas, esse potencial faça parte do modelo remuneratório.¹⁵¹ É possível pensar, ainda, na possibilidade de aceitação de um uso não admitido numa dada área como um direito conferido pela Administração a um particular.¹⁵² O problema neste caso, seria a precificação deste direito, já que na hipótese anterior o preço do potencial adicional de construção é mais facilmente aferível.

Voltando ao projeto de PPP do Porto Maravilha, é possível verificar que o modelo remuneratório abarca a possibilidade de pagamento por meio de CEPACs, conforme se depreende da cláusula 6.2.3 do Contrato de concessão administrativa, *in verbis*:

“6.2.3. O Poder Concedente, sem prejuízo à exigibilidade da Contraprestação Pública nos montantes, prazos e condições estabelecidos no Anexo 10 deste Contrato, mas como alternativa ao seu pagamento em dinheiro, de acordo com sua estratégia de gestão de seu patrimônio, poderá propor o pagamento da Contraprestação Pública mediante a dação em pagamento de bens imóveis ou CEPAC’s constantes do patrimônio do FII.”

Quanto à outorga de direitos sobre bens dominicais, trata-se, a seu turno, de explorar as potencialidades econômicas de um dado bem dominical – ou melhor, conferir essa possibilidade ao concessionário – de modo a reforçar o uso de meios alternativos de pagamento. Desse modo, se há uma potencialidade econômica num bem dominical, sua exploração não apenas é recomendável como servirá para poupar recursos do Erário, em conformidade com a diretriz constante do art. 4º, I da Lei nº. 11.079, de 2004¹⁵³. Em projetos urbanísticos vislumbramos uma aplicação deveras pertinente desta hipótese remuneratória, uma vez que no âmbito de tais projetos costuma ocorrer uma valorização imobiliária de uma dada área, gerando diversas oportunidades de negócios no entorno e na

¹⁵¹ Com a mesma opinião, cf. SCHWIND, Rafael Wallbach, **Remuneração...**, p. 228 e SUNDFELD, Carlos Ari, **Guia jurídico...**, p. 28.

¹⁵² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari, **Guia jurídico...**, p. 28.

¹⁵³ “Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”

própria região. Desse modo, a exploração econômica de bens públicos no perímetro ou arredores da operação é bastante interessante.¹⁵⁴ Note-se, por fim, a possibilidade de recebimento de um bem público dominical como contraprestação, ou de parte remanescente da área onde será instalada a infraestrutura a ser explorada, como usualmente ocorre nas PPPs habitacionais. É o que se deu, conforme narra FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, na PPP do Complexo Habitacional de Mangueiral, no Distrito Federal.¹⁵⁵

Em projetos de cunho urbanístico, dada a amplitude e diversidade dos serviços a serem prestados pela concessionária, assim como das infraestruturas a serem implementadas, parece-nos de especial relevo a disposição do art. 7, §1º, da Lei das PPPs, segundo a qual “*o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculado ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato*”. A vinculação do pagamento ao desempenho nos parece fundamental em projetos em que há um interesse coletivo subjacente, como é o caso dos projetos urbanísticos. Assim, nestas hipóteses, nos parece perfeitamente possível que o Poder Concedente estabeleça critérios objetivos para aferir o desempenho e, em caso de insuficiência na prestação dos serviços ou na disponibilização das infraestruturas, proceda a abates proporcionais.

Outra questão que merece ser debatida no âmbito das PPPs, em geral, e também nas relacionadas a matérias urbanísticas, diz com a transferência de prerrogativas e direitos ao concessionário. Parece claro que em PPPs em que haja a prestação de uma gama variada de serviços, faz-se necessário transferir um mínimo de poderes a fim de que o concessionário possa prestá-las a contento. Assim, o tema é ainda mais desafiador do que na hipótese das delegações de serviços públicos ditos econômicos, dado o alargado escopo abrangido pelas PPPs, como já abordado. Existem, todavia, limites nessa transferência, o que, aliás, é estampado no bojo do art. 4º, III, que veda a delegação de funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades do Estado.

¹⁵⁴ “Um exemplo de outorga de direitos sobre bens públicos dominicais consiste na possibilidade de o parceiro privado explorar economicamente bens adjacentes a uma obra executada no âmbito de uma PPP (por exemplo, construir e operar um terminal de metrô), recebendo como contraprestação a possibilidade de explorar terrenos adjacentes, de propriedade do Estado, com finalidades lucrativas (por exemplo, com a instalação de um shopping center). Nesse caso, o concessionário procurará obter vantagens econômicas em função do aumento do trânsito de pessoas na região do terminal objeto da PPP.” SCHWIND, Rafael Wallbach, **Remuneração do...**, p. 231.

¹⁵⁵ **A concessão...**, p. 387.

Com efeito, existe um núcleo duro das funções estatais que é intransferível. Não se concebe, por exemplo, que a coação estatal seja delegada no âmbito de uma PPP¹⁵⁶. Contudo, algumas atividades acessórias e instrumentais à manifestação dessas competências exclusivamente estatais são admitidas. Nesses casos, a decisão é sempre pública, contudo os atos preparatórios, normalmente de caráter técnico, poderão ser delegados a terceiros, o que não consubstanciará burla à regra de vedação da delegação de função exclusivamente estatal.¹⁵⁷ No âmbito das PPPs, esse tipo de colaboração é perfeitamente cabível.

Ademais, deve-se alertar que o trespasse de algumas prerrogativas é ínsito a PPPs de caráter urbanístico, sob pena de sua inviabilização. É o caso dos poderes expropriatórios, dentro dos limites já analisados e em consonância com a disciplina constante do Decreto-Lei nº. 3.365, de 1941. É difícil conceber a delegação de um projeto amplo de urbanização e/ou reurbanização sem que esse poder seja conferido ao concessionário. Outros direitos/poderes passíveis de transferência no bojo de PPPs, de acordo com FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO são: o poder de regulamentar a fruição do serviço, o direito de conceber e implementar as infraestruturas de suporte à prestação, direitos à incolumidade dos interesses econômicos, direitos de crédito etc.¹⁵⁸

Sem a pretensão de ter analisado à exaustão o tema das parcerias público-privadas, o que não é a intenção deste estudo, pode-se concluir pela perfeita aplicabilidade do instrumento aos projetos de urbanização e/ou reurbanização. Os dois tipos concessórios trazidos pela Lei nº. 11.079 de 2004 se amoldam a projetos urbanísticos, sendo certo, contudo, que a concessão administrativa se encaixa melhor a projetos mais amplos de urbanização, uma vez que nestes não se fala da cobrança de tarifas dos usuários, já que não há propriamente a prestação de serviços públicos. Já na hipótese da concessão patrocinada, pode-se conceber a disponibilização de um serviço público econômico agregado a obrigações de urbanização do entorno.

¹⁵⁶ “A indelegabilidade de certas atividades estatais pressupõe compreender o conteúdo jurídico do princípio da república, que impõe a reserva de poderes instrumentais à satisfação do interesse do povo nas mãos do Estado. A sua partilha não poderá ser admitida ante o risco de frustração de objetivos constitucionais que deverão ser perseguidos pelo Estado. As competências instrumentais a esse fim são inalienáveis e intransferíveis. Essa concepção é admitida em inúmeros ordenamentos.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: parceria público-privada**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 243.

¹⁵⁷ Sobre o tema, cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha, **PPP...**, p. 246 e ss;.

¹⁵⁸ Os direitos de crédito, consoante lição do autor, seriam: (i) o direito ao recebimento da contraprestação (seja ela pecuniária ou não); (ii) possível direito ao recebimento de aportes, conforme o art. 6º, § 2º da Lei das PPPs. A tais direitos relaciona-se, ainda, o direito às garantias a serem oferecidas pela Poder Público. **A concessão...**, p. 383-384.

Por fim, impõe uma advertência suscitada pelas digressões realizadas por FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA com respeito à necessidade de se entender, cada vez mais, que a Administração em matéria de contratos, possa se valer de instrumentos previstos no Direito, ainda que não encontrados numa norma dita de “direito público”¹⁵⁹. Esse raciocínio de uma maior permeabilidade e, conseqüentemente, menor rigidez das categorias jurídicas, coloca em debate a possibilidade de uma aplicação integrada dos institutos da concessão urbanística e da PPP em matéria de urbanismo. A possibilidade, a nosso ver, é arrojada, mas em se tratando de melhor atendimento aos interesses vinculados a um determinado projeto de cunho urbanístico, não deverá ser afastada. Essa permeabilidade, em nosso entender, dependerá de uma análise casuística e não deve ser rechaçada, *a priori*.

¹⁵⁹ Nesse sentido, cf. **Visão crítica sobre a teoria do contrato administrativo, a partir de inovações da Lei nº. 8.987/95 trazidas pela Lei nº. 11.196/05**, *In*: Revista do Direito da Energia, nº. 06, 2007, p. 198-199.

SÍNTESE CONCLUSIVA

No capítulo inaugural deste trabalho, lançamos a premissa a partir da qual pretenderíamos trabalhar, qual seja: a de que, por uma série de fatores, é possível afirmar que se convencionou atribuir à apartação público-privada uma carga muito mais potente do que ela, em verdade, embute.

Algumas razões fundamentais para tanto, seriam: o próprio surgimento e desenvolvimento da ciência do Direito Administrativo, como ocorrido na França, uma vez que a necessidade de configuração do tema como disciplina autônoma impulsionou a ideia de que a Administração faria jus a um tratamento absolutamente distinto daquele conferido aos particulares; o processo de afirmação do Estado Moderno que, para legitimar a centralização do poder decisório por ele operado, fundou-se sobre uma divisão bem demarcada entre público e privado, de modo que, em sintonia com o espírito do liberalismo, os cidadãos soubessem exatamente até onde iria o campo de atuação estatal, a partir do qual os privados estariam livres para empreender suas atividades; dentre outras.

Ainda nesse processo de afirmação do Estado Moderno, é de fundamental relevo destacar a necessidade de criação de conceitos totalizantes e universais, que justamente pelo caráter da generalidade, justificassem a atuação do Estado no campo que lhe fora atribuído. Neste contexto é que se formularam conceitos como o de *interesse público* ou *intérêt général* dos franceses. No Brasil, em específico, o tema, em razão do tratamento doutrinário que lhe fora atribuído, redundou na afirmação de dois supostos princípios, denominados *supremacia e indisponibilidade do interesse público*, respectivamente.

Por meio de referidos “princípios”, consagrou-se a ideia de que o *interesse público* (note-se: *uno*, em razão da necessidade de universalização e galvanização acima exposta), como identificado pela Administração Pública, seria dotado de maior importância do que os demais interesses da sociedade, notadamente aqueles de cunho particularístico. Em razão dessa supremacia, a Administração dele jamais poderia dispor. Daí ideias como, por exemplo, de vedação à arbitragem nos contratos firmados pelo Poder Público; de impossibilidade de transação etc.

A doutrina do interesse público, assim, ao contrapô-lo, conforme aferível pela Administração, aos demais interesses da sociedade, sejam eles coletivos, difusos, ou simplesmente particularísticos, acabou por sedimentar ainda mais as fronteiras entre

público e privado. No primeiro campo, em razão da suposta superioridade dos interesses, justificar-se-ia um regime jurídico extraordinário, dotado de prerrogativas. Daí a ideia de regime jurídico administrativo, i.e., um regime monobloco, sempre – ou quase sempre – aplicável às relações da Administração Pública.

A apartação dos regimes, ainda, é justificada por uma ideia, existente em nosso País, mas também em outros sistemas, de que a esfera pública seria mais virtuosa do que a esfera privada, esta ocupada de interesses menores, como a família ou o dinheiro.

Constatou-se também que a concepção de uma fronteira rígida entre público e privado, nos moldes acima expostos, é cada vez menos capaz de explicar as situações de intercambialidade entre as duas esferas, estas por sua vez, mais e mais frequentes. A negativa em assumir a crescente fluidez dessa linha demarcatória acaba por agravar o que MARIA JOÃO ESTORNINHO alcunhou de *fuga para o direito privado*¹.

O ambiente urbano é profícuo para observação dessas inter-relações entre agentes públicos e privados. Em primeiro lugar em razão de um fator econômico, consistente no fato de que, em geral, os investimentos nas cidades precisam, de um lado, mobilizar capital e expertise privados, mas, de outro, não prescindem de suporte financeiro do ente público.

Há, ainda, um fator que alcunhamos de *proximidade*, revelado pelo fato de que a cidade é facilmente palpável pelos cidadãos, i.e., de que, tanto no plano da representação política quanto nos planos da prestação de serviços e de atividades em geral, os cidadãos se sentem vinculados ao que se passa nas cidades. Essa *proximidade* tende a unir atores públicos e privados, colocando-os em contato através de diversas formas.

Ademais, outro fator consiste no reconhecimento de que, no âmbito da *urbes*, o Estado exerce diversas atividades que se encaixam nas funções de indução e regulação da atividade econômica, as quais importam constante contato entre o ente público e as pessoas e atividades reguladas e/ou fomentadas. Especialmente em relação ao fomento, é preciso entender que seu funcionamento somente se dará a contento se houver uma aderência dos particulares ao conteúdo da norma, o que predica uma permeabilidade do poder público às necessidades dos primeiros.

¹ Cf. A Fuga para o...

Por fim, constatamos que a percepção das cidades como locais naturalmente vocacionados para proporcionar a interação social é fator que naturalmente propicia a inter-relação público-privada.

Na sequência, foi traçado um quadro evolutivo do Urbanismo e do Direito Urbanístico, desde seu surgimento até os dias de hoje. Demonstrou-se que, de início, o Urbanismo era percebido como função pública, apenas. Já o Direito Urbanístico, cujas raízes remontam ao início do século XX, era ligado, sobretudo, à ideia de poder de polícia. Na sequência, caminhou-se no sentido de um Urbanismo dito operacional e prospectivo ou planejador.

Atualmente, impõe constatar a existência de um Urbanismo cada vez mais concertado, dialógico e menos impositivo. O debate de suas questões deve ser aberto, não se limitando à ideia de uma relação bilateral, já que os efeitos de projetos de cunho urbanístico, na maioria das vezes, ultrapassam as pessoas diretamente envolvidas.

Constata-se, contudo, que ainda persiste uma forte associação entre Direito Urbanístico e poder de polícia, o que, em nosso entendimento, colabora para se entender o Urbanismo enquanto função exclusivamente estatal. O Direito Urbanístico, contudo, ultrapassa a noção de poder de polícia para abarcar atividades ligadas às funções de fomento, planejamento e regulação.

Afirma-se, ademais, o entendimento do Urbanismo como função partilhada entre agentes públicos e privados. Não se nega, portanto, o caráter de função pública - o que ressaí, inclusive, de dispositivos legais e constitucionais - mas se agrega a ideia de que a iniciativa privada e os demais setores da sociedade civil são também acolhidos no processo de construção das cidades.

Admitida a ideia acima, analisamos quais os principais agentes envolvidos na transformação do espaço urbano, i.e., os entes públicos - e neste ponto foi feita breve digressão para análise de suas competências -, os cidadãos - proprietários ou não -, e os chamados promotores imobiliários.

Além da identificação dos atores, foram apontados e discutidos os principais interesses verificados nas cidades, quais sejam: (i) os estatais; (ii) os coletivos, momento

em que se traçaram considerações acerca da ideia de direito à cidade; (iii) os titularizados pelos promotores imobiliários; (iv) e os titularizados pelos proprietários.

Por fim, foram tecidas algumas considerações sobre a harmonização destes interesses, afirmando-se o papel atual do Direito Urbanístico como árbitro dos mesmos e a importância do vetor *sustentabilidade* enquanto elemento balizador.

O segundo capítulo dedicou-se ao tema da participação privada na constituição das políticas públicas urbanísticas. Afirmou-se inicialmente que os mecanismos de participação no seio da Administração Pública são uma realidade crescente, inserindo-se num contexto de valorização da democracia direta.

Concluiu-se que o modelo de Administração autoritária, impositiva e unilateral deve, cada vez mais, ceder espaço para a construção de um ambiente dialógico e permeável aos *inputs* da sociedade, o que se revela, ademais, um imperativo para atendimento de diversos anseios, como aqueles ligados à demanda por maiores mecanismos de democracia participativa, dentre outros. Reforçou-se, ainda, a vinculação do tema ao instituto do processo administrativo.

Na sequência, foi analisada a diretriz da gestão democrática da cidade, prevista no art. 2º, II, do Estatuto da Cidade, para se entender que justamente em razão do seu caráter de diretriz, a gestão democrática não deve se “confinar” ao capítulo IV do Estatuto, até mesmo porque há diversas referências, ao longo da Lei, a instrumentos e institutos que se vinculam diretamente à diretriz, ainda que não localizados no citado capítulo IV.

Afirmou-se a necessidade de que o caráter democrático percorra um *iter*, de modo que se inicie na formulação e perpassa pela execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

A partir daí, foram analisados os seguintes instrumentos: (i) órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; (ii) debates, audiências e consultas públicas; (iii) conferências sobre assuntos de interesse urbano nos níveis nacional, estadual e municipal; (iv) iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, plebiscito e referendo popular; e (v) gestão orçamentária participativa.

O último capítulo, a sua vez, tratou do tema da *concertação público-privada na construção do Urbanismo*, i.e., quis-se analisar quais instrumentos contratuais admitem a interação entre agentes públicos e privados na *implementação* das políticas públicas de cunho urbanístico. Havia aqui, um caráter mais pragmático em relação ao capítulo precedente.

Rechaçou-se, de início, a adoção da teoria clássica do contrato administrativo, por se entender que a mesma, ainda que não tivesse, na origem, um caráter simplificador, acabou sendo reduzida a ideias como a possibilidade de alteração unilateral da avença, rescisão unilateral etc. Essa postura acabou importando mais prejuízos do que a própria negativa de que a Administração pudesse pactuar com privados, pois implicou entendimento do contrato como uma avença obrigatória para apenas uma das partes, i.e., os privados.

Verificou-se, ainda, que dentre as diversas mazelas da teoria do contrato administrativo, entendida nos moldes precedentes, uma é particularmente prejudicial, qual seja, a da concepção de um único regime (ideia da “maldição do regime único”) aplicável a quaisquer hipóteses, não importe quão complexo seja o objeto contratado.

Assim, refutando tal teoria, optamos por concordar com as vertentes doutrinárias que optam por classificar a atuação administrativa contratual em diferentes módulos, conforme a carga de incidência de interesses públicos.² Conforme o módulo de que se trate (ex: módulos convencionais de concessão, de cooperação etc), haverá uma incidência maior ou menor de prerrogativas administrativas.

De modo geral, entende-se ter havido uma diminuição do caráter unilateral e impositivo do contrato administrativo, conforme formulado pela doutrina clássica, em favor de uma efetiva busca por um instrumento concertado, permeado pelo diálogo, consenso e abertura da Administração.

O campo do Direito Urbanístico é deveras propício para se observar a insuficiência do contrato administrativo clássico e para, ao revés, perceber o surgimento de arranjos

² Com esse entendimento, cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato...**, p. 348 e ss.

cada vez mais cooperativos e colaborativos. Daí a advertência de que se está na era do *Urbanismo por contrato*.³

Por fim, foram analisados os seguintes instrumentos contratuais, entendidos estes num sentido amplo: (i) a concessão urbanística e seu “equivalente” francês; (ii) a concessão de uso de bem público; (iii) a concessão de direito real de uso; (iv) a operação urbana consorciada e seu “equivalente” francês; e (v) as parcerias público-privadas.

Desse modo, entendemos, de tudo o que foi pesquisado, que o ambiente urbano, pela diversidade e multiplicidade de interesses que abriga, não deve mais ser apreendido por meio de categorias ultrapassadas, ainda que tradicionais no campo do direito público. É mister, ao contrário, superar antigas crenças para se criar e implementar políticas públicas eficientes em termos urbanísticos. Os vetores de transparência, participação, concertação e permeabilidade às soluções privadas devem ser a regra no ambiente urbano.

³ A frase é de FRANÇOIS PRIET. Cf. *L'Urbanisme est-il...*, p. 22257

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2012.

_____. **Dos instrumentos da política urbana**. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.), **Estatuto da Cidade: lei 10.257, de 10.07.2001, comentários**, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Mecanismos de consenso no Direito Administrativo**, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

_____. **Visão crítica sobre a teoria do contrato administrativo, a partir de inovações da Lei nº. 8.987/95 trazidas pela Lei nº. 11.196/05**, In: Revista do Direito da Energia, nº. 06, 2007, p. 189-199.

ALMEIDA, Marco Antônio de. **Orçamento participativo**, In: *Governo e Sociedade* nº 92, Pólis, 1997 p. 1, disponível em www.polis.org.br/uploads/443/443.pdf (consultado em 01.11.2013).

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Da gestão democrática da cidade** In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Estatuto da Cidade: Lei nº. 10.257, de 10.07.2001**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ANTONIALLI, Dannys Marcelo. **Uso privativo de áreas destinadas à exploração comercial em aeroportos: questões controvertidas nos processos de privatização**, In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**, São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As PPPs e as concessões administrativas**, In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Empresa público-privada**, In: *Revista dos Tribunais*, nº 98, dezembro de 2009, São Paulo: Ed. RT, 2009, p.31-68.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 10ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

AUBY, Jean-Bernard. **Droit de la ville: du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville**, Paris: LexisNexis, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

BENEVOLO, Leonardo. **História da Cidade**, 5ª edição, tradução de Silvia Mazza, São Paulo: Perspectiva, 2012.

BICALHO, Marcos Pimentel. **Política de Mobilidade Urbana**, monografia apresentada na disciplina “Políticas urbanas no Brasil e na América Latina” na Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP (FAUUSP) em 2006, *mimeo*.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**, volume I, 13ª edição, Brasília: Editora UnB, 2010.

BONAMY, Patricia; PELCRAN, Anne. **Les concessions d'aménagement en pratique**, 2ª edição, Paris: LexisNexis, 2010.

BONDUKI, Nabil. **Direções**, In: CYMBALISTA, Renato (editor). **Conselhos de habitação e desenvolvimento urbano**, São Paulo: Pólis, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Gestão democrática da cidade**, In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade: Comentário à Lei Federal 10.257/2001**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif: de la révolution au début des années 1970**, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

CAILLOSSE, Jacques. **Le droit de l'administration entre droit public et droit privé**, In: **La constitution imaginaire de l'administration**, Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

_____. **Le Droit Administratif contre la performance publique?**, In: *L'Actualité Juridique Droit Administratif* (“AJDA”), n°. 3, 1999, Paris: Dalloz, 1999.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos**, elaborado pela Câmara dos Deputados, Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior, Secretaria Especial do Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, Caixa Econômica Federal e Instituto Pólis, 2ª edição, Brasília: 2002.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **O consórcio imobiliário como instrumento de intervenção urbanística**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Processo Administrativo Federal**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CATAPANI, Márcio Ferro. **Títulos públicos: natureza jurídica e mercado**, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-Moderno**, tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte : Ed. Fórum, 2009.

CHEVILLEY-HIVER, Carole. **La mixité sociale dans le plans locaux d'urbanisme**, *In: Actualite Juridique Droit Administratif* (“AJDA”), nº 4, fevereiro de 2012, Paris: Dalloz, 2012.

CONTE, Ana Carolina Papacosta. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental: o centro da cidade de São Paulo e sua tutela jurídica**, Dissertação apresentada para obtenção de título de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2002, *mimeo*.

COTA, Daniela Abritta, **A parceria público-privada na política urbana brasileira recente: reflexões a partir da análise das operações urbanas em Belo Horizonte**, Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

CRAVATTS, Richard L., **Gentrification is good for poor and everyone else** *In: American Thinker*, edição de 1º de agosto de 2007, disponível em http://americanthinker.com/2007/08/gentrification_is_good_for_the.html (Consultado em 18.09.2013).

CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CRISTINI, René *et al.* (org.). **Code de l'Urbanisme commenté**, 22ª edição, Paris: Dalloz, 2013.

DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **A concessão urbanística no município de São Paulo**, *In: “Revista do Advogado: contratos com o Poder Público”*, nº. 107, Ano XXIX, dez./2009, São Paulo: AASP, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 9ª edição, São Paulo: ed. Atlas, 2012.

_____. **Introdução: do Direito Privado na Administração Pública**, *in* _____ (org.). **Direito Privado Administrativo**, São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

_____. **O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**, *in* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder (coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

_____. **Uso privativo de bem público por particular**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2011.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Audiência pública na gestão democrática da política urbana**, *In: DALLARI, Adilson Abreu; _____* (coord.). **Direito Urbanístico e Ambiental**, 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

DUANY, Andres ; PLATER-ZYBERK; SPECK, Jeff. **Suburban Nation: the rise of sprawl and the decline of the american dream**, 10ª edição, Nova Iorque: North Point Press, 2010.

DUXBURY, Robert. **Planning Law and Procedure**, 15ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2012.

ELICKSON, Robert, **The irony of inclusionary zoning**, *In* 54, S.Cal.L.Rev 1167, 1981, p. 1169, HeinOnline.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração pública**, Coimbra: Almedina, 2009.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão: duas histórias da construção de uma `nova cidade` em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada**, São Paulo: Boitempo, 2001.

_____. **São Paulo cidade global: fundamentos financeiros de uma miragem**, Boitempo: 2007.

FRANGETTO, Flavia Withkowski. **A instrução processual administrativa adaptada à participação pública (arts. 29-35)**. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº. 9.784/99)**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

FREITAS, José Carlos de. **O Estatuto da Cidade e a improbidade administrativa** *In*: FINK, Daniel Roberto (coord.). **Temas de Direito Urbanístico**, vol. 4, São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”** *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

FREITAS, William de Souza. **A impossibilidade jurídica da instituição do loteamento**, *In*: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.) **Direito urbanístico e ambiental**, 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GEHLS, Jan. **Cities for people**, Washington DC: Island Press, 2009.

GOMES, Orlando ; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**, São Paulo: Saraiva, 1977.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, 7ª edición, Belo Horizonte : Del Rey/ Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros. **Direito Urbano**, São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 1983.

GROSSO, Lydía E. Callegari de. **Urbanizaciones cerradas: *countries*, barrios privados y cerrados, parques industriales, pueblos y ciudades cerradas**, Buenos Aires, 2009.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**, Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2011, *mimeo*.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: parceria público-privada**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

HALL, Peter. **Cities of tomorrow**, 3ª edição, Oxford: Blackwell, 2002.

INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos**, 2ª edição, Brasília: Instituto Pólis, 2002.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Diritto privato dell'amministrazione pubblica**, Turim: G. Giappichelli Editore, 2008.

JACOBS, Jane. **Death and life in great american cities**, 50ª edição, Nova Iorque: Modern Library, 2011.

JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'Urbanisme**, Paris: Dalloz, 6ª edição, 2008.

JEZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, 3ª edição, Tome 2, Paris: Dalloz, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões urbanísticas e outorgas onerosas**, In: WAGNER JUNIOR, Luis Guilherme da Costa (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Dallari**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, trad. João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOLODNEY, Lawrence K. **Eviction free zones: the economics of legal bricolage in the fight against displacement**, In: 18 *Fordham Urban Law Journal*, 1991.

LA SPINA, Antonio ; MAJONE, Giandomenico. **Lo Stato regolatore**, Bolonha: il Mulino, 2000.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 6ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIRA, Ricardo Pererira. **Elementos de Direito Urbanístico**, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LEFEBVRE, Henry. **Le droit à la ville**, Paris: Édition Anthropos, 1968.

LOGAN, John R. ; MOLOTOCH, Harvey L. **Urban Fortunes**, California: University of California Press, 1987.

LOMAR, Paulo José Villela. **Operação urbana consorciada**, In: MUKAI, Toshio. **Temais atuais de Direito Urbanístico**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

_____. **A Concessão Urbanística**, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001, São Paulo, *mimeo*.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito à moradia e o direito à vida na cidade**, In: **Direitos sociais: teoria e prática**, São Paulo: Ed. Método, 2006.

MACHETE, Pedro. Cf. **Estado de direito democrático e Administração paritária**, Coimbra: edições Almedina, 2007.

MANSON, Corinne. **Valorisation économique du domaine public et performance**, In: ALBERT, Nathalie (org.). **Performance et droit administratif**, Paris: LexiNexis, 2010.

_____. **O impasse da política urbana no Brasil**, Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **Reabilitação de centros urbanos e habitação social** In: **Brasil, cidade: alternativas para a crise urbana**, 5ª edição, Petrópolis: Ed. Vozes, 2011.

_____. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 7, nº. 73, agosto de 2013.

_____. ; FERREIRA, João Sette Whitaker. **Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade?**. In: OSORIO, Letícia Marques (org.), **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo Marques. **Do contrato administrativo à Administração contratual**, In: *Revista do Advogado: contratos com o Poder Público*, nº. 107, ano XXIX, dez. de 2009, São Paulo AASP, 2009, p. 74-82.

_____. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Concessão de serviço público sem ônus para o usuário**. In: Wagner Júnior, Luiz Guilherme (coord.), WAGNER JUNIOR, Luis Guilherme da Costa (coord.), **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Dallari**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **A Concessão como instituto do Direito Administrativo**, tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular na faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2013, *mimeo*.

_____. **As transformações na dicotomia público-privado e a importância da regulação**” In: **Regulación Económica de los servicios públicos: dos décadas de regulación de servicios em Iberoamerica**, 1ª edição, Perú: Aras Editoras, 2010.

_____. **O Fim do Ato Administrativo Autista.** In MEDAUAR, Odete ; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Os caminhos do ato administrativo**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Outorga onerosa do direito de construir**, In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/2001**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

_____. ; SCHIRATO, Vitor Rhein. **As formas de pagamento da contraprestação pública**, In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.), **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2002

MARRARA, Thiago. **Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Destinação dos bens expropriados**, São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Os contratos públicos de colaboração entre o setor público e privado**, In: **Aportes para um Estado eficiente: V Congresso Nacional de Derecho Administrativo**, Lima: Palestra Editores, 2012.

_____. **Poder de Polícia**, In: *Revista de Direito Administrativo*, nº. 199, Rio de Janeiro: Renovar, 1995 (jan./mar.), p. 89 e ss.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**, 10ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório di Sarno, Luiz Guilherme Costa Wagner Jr, Mariana Novis, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**, 13ª ed. atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MENEZ, Florence ; GAGNON, Julie. **Redéfinition et redéploiement de l'action publique**, In: ZEPF, Marcus (org.). **Concerter, gouverner et concevoir les espaces publics urbains**, Lyon: Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2004.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A garantia nas parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

MONTANDON, Daniel Todtmann; SOUZA, Felipe Francisco. **Land Readjustement e Operações Urbanas Consorciadas**, São Paulo: Romano Guerra Editora, 2007.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

_____. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios**, In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/2001**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, **Critères, consistance et performance de la dominialité publique**, In.: ALBERT, Nathalie (org.) **Performance et droit administratif**, Paris: LexiNexis, 2010.

_____. **Droit Administratif**, 12ª edição, Paris: 2011.

_____. **Droit de l'urbanisme**, 8ª edição, Paris: Dalloz, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo Marques (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

MOREIRA, Mariana. **A história do Estatuto da Cidade** In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade: Comentário à Lei Federal 10.257/2001**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

MUKAI, Sylvio Toshio. **A constitucionalidade da concessão especial para fins de moradia** In: MUKAI, Toshio. **Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. **UN-Habitat, State of the World's cities 2010/2011: bridging the urban divide**, Londres: Earthscan, 2008, disponível em www.unhabitat.org/pmss/listitemdetails.aspx?publicationID=2917 (consultado em 26.11.2013).

NALINI, José Renato, **Direitos que a cidade esqueceu**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia. **Regularização fundiária urbana de interesse social no direito brasileiro**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2012, *mimeo*.

NOVIS, Mariana. **O regime jurídico da concessão urbanística**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana consorciada**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**, In: *Revista de Direito Administrativo* (RDA), nº, 209, jul./set. 1997, Rio de Janeiro: FGV, 1997.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Empresa pública empresa privada**, Aranzade: Cizur, 2007.

_____. **Lecciones de Administración (y políticas públicas)**, Madrid: Iustel, 2011.

_____. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**, 3ª edição, Granada: Comares Editorial, 2004.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, *mimeo*.

PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

PETRUCCI, Jivago. **Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal**, In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.), **Direito Urbanístico e Ambiental**, 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

PINHEIRO, Renata Peixoto. **Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**, 3ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PRIET, François. **L'urbanisme est-il soluble dans le contrat**, In: *L'Actualité Juridique Droit Administratif* ("AJDA"), n°. 40/2011, Paris: Dalloz, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**, 27ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **Atuação privada na atividade urbanística: planejamento e contratualização**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2013, *mimeo*.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 2011.

ROLNIK, Raquel. **Conselhos de desenvolvimento urbano** In: CYMBALISTA, Renato (editor) **Conselhos de habitação e desenvolvimento urbano**, São Paulo: Pólis, 2000.

_____. **O que é CIDADE**, 4ª edição, São Paulo: Brasiliense, 2012.

_____. ; SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). **Estatuto da cidade: novas perspectivas para a reforma urbana**, São Paulo: Pólis, 2001

SALLUM JR., Brasília. **Comentários a Raízes do Brasil**, In: MOTA, Lourenço Dantas (org.). **Introdução ao Brasil: um banquete nos trópicos**, 4ª edição, São Paulo: Ed. Senac, 2004.

SANTOS, Fábio Gomes dos. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2013, *mimeo*.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**, 5ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. **Novos contornos da licença urbanística**, In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**, no prelo.

_____. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução?, In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de *et al.* (coord.). **Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos**, In: *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 12, nº. 138, jun./2013, Belo Horizonte: Ed. Fórum: 2013.

_____. **A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento**, In: *Interesse Público: Revista bimestral de Direito Público*, Ano 6, nº. 30, março-abril de 2005, Porto Alegre: Notadez, p. 77 e ss.

_____. **Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas** In: Marques Neto, Floriano de Azevedo; Schirato, Vitor Rhein (coord.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

SECCHI, Bernardo. **Primeiras lições de Urbanismo**, São Paulo: Perspectiva: 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 5ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

SLATER, Tom, **Gentrification of the city**, In: BRIDGE, Gary ; WATSON, Sophie (org.). **The New Blackwell companion to the City**, Oxford: Wiley Blackwell, 2013.

SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. **Droit de l'urbanisme**, 5ª edição, Paris: Dalloz, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**, 1ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

_____. **Função social da propriedade**, In FIGUEIREDO, Lúcia Valle; DALLARI, Adilson Abreu (coord.). **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. _____.

_____. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

_____. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais** In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade, comentários à Lei Federal 10.257/2011**, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006.

_____. **Operação urbana: direito do particular ao fomento previsto em lei.** In.: **Pareceres**, volume III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. ; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. **Empresas semiestatais** In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, nº. 36, out./dez. 2011, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**, In: **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**, 3º volume, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, Ana Cláudia ; TATAGIBA, Luciana. **Movimientos Sociales y Sistema Político: los desafíos de la participación**, in TEIXEIRA, Ana Cláudia (org.). **Desafíos de la construcción democrática em Brasil: participación**, São Paulo: Instituto Pólis, 2008.

TOUSSAINT, Jean-Yves; VAREILLES, Sophie; ZIMMERMANN, Monique. **Le projet urbain: espaces publics et pratiques de concertation. L'exemple de Lyon.** In: **Concerter, gouverner et concevoir les espaces publics urbains**, Lyon: Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2004.

URBANI, Paolo; MATEUCCI, Stefano Civitarese. **Diritto Urbanistico, organizzazione e rapporti**, 4ª edição, Turim: G. Giappichelli Editore, 2000.

WALD, Arnoldo. **Direito das obrigações: teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais**, 15ª edição com a colaboração do Prof, Semy Glanz, São Paulo: Malheiros, 2001.

WALINE, Jean. **Droit administratif**, 24ª edição, Paris: Dalloz, 2012.

WERNECK, Augusto. **Função social da cidade, plano diretor e favelas, a regulação setorial nas comunidades populares e a gestão democrática das cidades**, In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano social**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ZUKIN, Sharon. “Harlem between guetto and renaissance”, In: BRIDGE, Gary ; WATSON, Sophie (org.). **The New Blackwell companion to the City**, Oxford: Wiley Blackwell, 2013.