

FERNANDO COUTO GARCIA

Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Carlos Bastide Horbach

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

FERNANDO COUTO GARCIA

Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Bastide Horbach.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Garcia, Fernando Couto

Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle / Fernando Couto Garcia ; orientador Carlos Bastide Horbach -- São Paulo, 2017.

172

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Urbanístico – Brasil. 2. Estatuto da Cidade – Brasil. 3. Solo urbano (planejamento) – Brasil. 4. Mercado imobiliário (regulação). 5. Operações urbanas – Brasil.
I. Horbach, Carlos Bastide, orient. II. Título.

À Cidade de Minas, que muito além do Belo Horizonte, é lavra de tesouros do coração.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Carlos Bastide Horbach, orientador deste trabalho, pela paciência, confiança e longas conversas que deixaram marcas indeléveis não só no texto, mas na minha forma de pensar sobre o Direito, bem como pelo generoso acolhimento, não apenas em São Paulo, mas também em Brasília.

Ao Fundo da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte e seu programa de qualificação dos quadros da instituição, que custeou as viagens de Belo Horizonte a São Paulo e a hospedagem na capital paulista, durante o período das aulas no curso de Mestrado.

Aos professores que, durante minha graduação na Universidade Federal de Minas Gerais, além de influenciarem minha formação, jamais deixaram de me incentivar a seguir em estudos de pós-graduação e quem sabe até se frustraram com os sucessivos adiamentos desse projeto: Juliana Neuenschwander Magalhães, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Florivaldo Dutra de Araújo.

Aos professores do curso de Mestrado na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco que, por vezes sem saber, debateram comigo, durante e após as aulas, temas fundamentais ao desenvolvimento deste trabalho: Fernando Dias Menezes de Almeida, Marcos Augusto Perez, Rodrigo Pagani de Souza e Victor Rhein Schirato.

À banca do exame de qualificação, formada por meu orientador, pela Professora Titular Odete Medauar e pelo Professor Doutor Marcos Augusto Perez, pela leitura minuciosa e observações valiosas que permitiram correção tempestiva dos rumos da pesquisa e consciência das limitações indispensáveis para que a dissertação chegasse a bom termo.

Aos colegas e amigos da Procuradoria-Geral do Município e da Secretaria Municipal Adjunta de Planejamento Urbano de Belo Horizonte que me ofereceram oportunidade de trabalhar com o tema da dissertação muito antes de meu ingresso no curso de Mestrado e debateram comigo aspectos práticos que influenciaram a formação dos meus conceitos sobre o assunto: Camila Maia Pyramo Costa, Leonardo Amaral Castro, Lívia de Oliveira Monteiro, Francisco Freitas de Melo Franco Ferreira e Rúsvel Beltrame Rocha.

Aos colegas e amigos da antiga Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos do Ministério das Cidades, que me apresentaram novas perspectivas sobre a cidade e discutiram aspectos para mim até então inexplorados das operações urbanas consorciadas: Ana Paula Bruno, Carolina Baima Cavalcanti e Luis Oliveira Ramos.

Aos meus superiores hierárquicos na Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania, Clarice Gomes de Oliveira e Marcelo Dias Varella, pela flexibilidade que permitiu a acomodação do esforço final de redação e sistematização da dissertação com as urgências políticas do momento.

Aos funcionários da Biblioteca do Ministério da Justiça e Cidadania, em especial Adriana, André, Kátia e Valter, pelo esforço desmedido em encontrar textos e livros e obter empréstimo de exemplares em bibliotecas conveniadas.

Aos amigos Marco Paulo Denucci Di Spirito e Mônica Silveira Vieira, pelos esclarecimentos acerca do Direito Civil e Comercial e indicação de obras úteis para compreensão de institutos conexos à operação urbana consorciada.

Ao amigo Thiago Quintão Riccio, cujo interesse em Direito Urbanístico nos tempos do estágio acadêmico durante o qual tive a sorte de conhecê-lo, evoluíram para profícuas reflexão acadêmica e atuação profissional na área, com foco nos mesmos temas que capturam meu interesse. Nossos almoços em Belo Horizonte me propiciaram diversas ideias que se espalham por este trabalho, além da oportunidade de conhecer em primeira mão sua meritória dissertação sobre o tema, defendida na Universidade Federal de Minas Gerais sob a orientação do Professor Florivaldo Dutra de Araújo.

Ao Victor Carvalho Pinto, cuja obra, então em sua primeira edição, foi forte impulso para que eu me dedicasse ao Direito Urbanístico e pudesse apreendê-lo a partir de uma perspectiva crítica quando da criação da Gerência de Atividades Contenciosas Urbanísticas, Ambientais e de Posturas Municipais da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, que integrei desde seu início. Nossas conversas durante intervalos de seminários e eventos pelo Brasil, nas salas de embarque de aeroportos e no Congresso Nacional são fonte inesgotável de novas ideias e descobertas.

Aos amigos que fiz em São Paulo durante as aulas do Mestrado, com os quais espero manter contato por muito tempo: Bruno Jorge Fagali, Diego Barbosa Campos, Eduardo Fortunato Bim, Giuliano Savioli Deliberador, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler, Maria Isabela Haro Meloncini, Murillo Giordan, Rodrigo Oliveira Salgado e Tiaia Mendes Tavares. Entre eles, menciono em separado, para agradecimento especial: Marcela de Oliveira Santos, por lido o esboço do trabalho e apresentado considerações que foram devidamente incorporadas; José Antonio Aparecido Junior, pelas informações sobre as operações, novas e antigas, do Município de São Paulo; e Roberto Ricomini Piccelli, pela ajuda com impressão e logística para depósito da dissertação.

À acadêmica Marina Faloni Machado Rodrigues Borges, pelo auxílio na atualização das citações à publicação de novas edições das obras citadas.

Por fim, à minha esposa Paula, pelo apoio e por ter compreendido a necessidade de isolamento em certos períodos de dedicação ao trabalho, em que assumiu quase sozinha a tarefa de cuidar do nosso filho Francisco, que veio alegrar nossas vidas durante o curso.

“[...] un contratto stretto dall’amministrazione con un privato, un trattato internazionale, una concessione e così via, rimarranno contratto, trattato, concessione, nonostante che il Parlamento li abbia approvati.” (ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 49)

RESUMO

GARCIA, Fernando Couto. *Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle*. 2017. 177 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A operação urbana consorciada, que tem por objetivo propiciar a renovação de área já urbanizada por meio da captação antecipada das mais-valias urbanísticas antes de sua própria ocorrência, tem como cerne contrato de alienação do bem público que é o solo criado, com afetação do conjunto de contraprestações recebidas no bojo da operação a intervenções previstas no próprio plano urbanístico da operação. A flexibilização de índices urbanísticos decorrente de operações urbanas consorciadas é compatível com o art. 182 da Constituição, desde que sua instituição seja “baseada no plano diretor”, ou seja, que este contenha a definição de quais são as áreas da cidade que podem ser objeto da aplicação deste instrumento, ainda que o perímetro seja fixado de modo mais preciso apenas no ato de instituição da operação. Apesar do que dispõe o Estatuto da Cidade, a aprovação parlamentar do plano de operação urbana consorciada só pode ser exigida pela Lei Orgânica Municipal, por meio de decreto legislativo ou resolução parlamentar; a iniciativa do procedimento é do Prefeito, que deve enviar à Câmara Municipal mensagem com o plano de operação urbana consorciada para que esta o ratifique ou veto integralmente, sendo-lhe vedado apresentar qualquer emenda ou aprová-lo apenas em parte. Seja aprovado por resolução, decreto legislativo ou por lei, o plano de operação urbana consorciada deve ser conforme às normas gerais e abstratas veiculadas em leis em sentido material, as quais sua ratificação parlamentar não pode derogar. A operação urbana consorciada está sujeita ao controle por diversos órgãos, como o Poder Judiciário, tribunais de contas e sistemas de controle interno da Administração Pública e a Comissão de Valores Mobiliários.

Palavras-chave: Direito Urbanístico – Brasil; Estatuto da Cidade – Brasil; Solo urbano (planejamento) – Brasil; Mercado imobiliário (regulação); Operações urbanas – Brasil

ABSTRACT

GARCIA, Fernando Couto. *Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle*. 2017. 177 p. Paper (Master in Law) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The *operação urbana consorciada* (urban associative operation), whose goal is to promote the renewal of an urbanized area by capturing of the capital gains before its own occurrence, is grounded in the sale of rights to build beyond ordinary levels combined with the burden of spending the amount received in that sale on interventions provided in the operation plan. The change of urban rates resulting from urban associative operation suits the article 182 of the Brazilian Constitution, if it is “based on the master plan”, which contains the definition of areas of the city subject to the application of this instrument, even though the perimeter is fixed more precisely only when the operation is set up. Despite the provisions of the *Estatuto da Cidade* (City Statute), the parliamentary approval of the operation plan can only be required by the local constitution, by means of parliamentary decree, and it is incumbent upon the Mayor to send to the local parliament a message with the operation plan for it to ratify it or to repeal entirely. The local parliament cannot amend the plan or approve it only in part. Even if approved by parliamentary decree or by statute, the plan must comply with the general and abstract rules defined in statutes in the material sense, from which the parliamentary ratification cannot deviate. The urban associative operation is accountable to scrutiny by various bodies, such as the Judiciary, extramural or in-house audit offices and the Securities Commission.

Keywords: Urban Planning Law – Brazil; City Statute – Brazil; Land use planning – Brazil; Real estate market (regulation); Urban operations – Brazil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 1.....	25
REGIME JURÍDICO DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA	25
1.1 – A finalidade da operação urbana consorciada: renovação urbana	25
1.1.1 – <i>Objetivo geral de renovação urbana e motivação prognóstica.....</i>	<i>25</i>
1.1.2 – <i>Transformações urbanísticas estruturais e a impossibilidade de utilização da operação urbana consorciada para urbanização.....</i>	<i>28</i>
1.1.3 – <i>Melhorias sociais e a impossibilidade de promoção intencional de segregação urbana.....</i>	<i>31</i>
1.1.4 – <i>Valorização ambiental e a necessidade de equilíbrio na renovação urbana .</i>	<i>34</i>
1.1.5 – <i>Captação de mais-valias urbanísticas</i>	<i>36</i>
1.2 - Constitucionalidade da operação urbana consorciada à luz da reserva de plano diretor (art. 182 da Constituição)	37
1.2.1 – <i>Plano diretor como instrumento básico, mas não único, da política urbana prevista na Constituição</i>	<i>37</i>
1.2.2 – <i>Imposição constitucional da compatibilidade entre operação urbana consorciada e plano diretor.....</i>	<i>43</i>
1.2.3 – <i>Rejeição da concepção da operação urbana consorciada como curinga da política urbana.....</i>	<i>49</i>
1.3 - A natureza jurídica da operação urbana consorciada.....	50
1.3.1 – <i>Necessidade de destrinchar os atos envolvidos nas operações urbanas consorciadas antes de definir sua natureza jurídica</i>	<i>50</i>
1.3.2 – <i>Caráter sinalagmático da majoração do coeficiente de aproveitamento e de outras alterações nas possibilidades de aproveitamento do solo urbano em relação à contraprestação do beneficiário</i>	<i>58</i>
1.3.3 – <i>Natureza jurídica de contrato de alienação de bem público com afetação das contraprestações</i>	<i>62</i>
1.3.3.1 – <i>Solo criado como bem público</i>	<i>64</i>
1.3.3.2 – <i>Caráter comutativo da alienação – Possibilidade de elementos aleatórios na afetação das contraprestações</i>	<i>67</i>
1.3.3.3 – <i>Aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 e do Código Civil.....</i>	<i>70</i>
1.3.3.4 – <i>Irrelevância da formalização de instrumento ou termo contratual</i>	<i>72</i>
1.3.3.5 – <i>Impossibilidade de imposição de adesão à operação e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.....</i>	<i>73</i>

CAPÍTULO 2.....	75
------------------------	-----------

FUNÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL NA INSTITUIÇÃO DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA	75
---	-----------

2.1 – A distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material.....	76
2.2 – Estado de Direito, separação de poderes e legalidade material	82
2.3 – A lei instituidora da operação urbana consorciada é lei apenas em sentido formal.....	102
2.3.1 – <i>Primeiro possível fundamento constitucional da reserva de lei para instituição da operação urbana consorciada: criação de obrigações e conformação da propriedade</i>	<i>106</i>
2.3.2 – <i>Segundo possível fundamento constitucional da reserva de lei para instituição da operação urbana consorciada: alienação de bem público como ato de gestão extraordinária</i>	<i>111</i>
2.3.3 – <i>Terceiro possível fundamento constitucional da reserva de lei para instituição da operação urbana consorciada: aprovação de plano de ordenação do território</i>	<i>114</i>
2.4 – Análise da constitucionalidade da imposição por lei federal da reserva de parlamento para instituição de operação urbana consorciada	117
2.5 – Inadequação do processo legislativo ordinário para apreciação do projeto de instituição de operação urbana consorciada – Ratificação ou veto parlamentar insuperável que corresponde a resolução ou decreto legislativo	120
2.6 – Alteração do plano de operação urbana consorciada	124

CAPÍTULO 3.....	129
------------------------	------------

CONTROLE DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA.....	129
---	------------

3.1 – Parâmetros de controle: controle jurídico, e não técnico	130
3.2 – Controle administrativo e parlamentar.....	134
3.2.1 – <i>Tribunais de contas e sistemas de controle interno</i>	<i>134</i>
3.2.2 – <i>Comissão de Valores Mobiliários.....</i>	<i>135</i>
3.2.3 – <i>Consulta e audiência pública.....</i>	<i>140</i>
3.2.4 – <i>Órgão especial de controle interno com representação da sociedade civil .</i>	<i>145</i>
3.3 – Controle judicial	147
3.3.1 – <i>Ação direta de inconstitucionalidade no tribunal local contra a ratificação parlamentar.....</i>	<i>148</i>
3.3.2 – <i>Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....</i>	<i>152</i>
3.3.3 – <i>Ação popular.....</i>	<i>155</i>
3.3.4 – <i>Ação civil pública.....</i>	<i>156</i>

CONCLUSÃO	159
------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165
--	------------

INTRODUÇÃO

O art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade define operação urbana consorciada como “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 valorização ambiental.”¹

Ao contrário do que ocorre com outros instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, como a preempção (arts. 25 a 27) e o aproveitamento compulsório de terrenos urbanos (arts. 5º e 6º), e mesmo outros mais antigos como a contribuição de melhoria, a operação urbana consorciada não desperta crítica por falta de empenho dos municípios na sua efetivação.

Em verdade, seu caminho foi inverso. Ele não foi concebido pela sabedoria do legislador nacional ou pela capacidade racionalizadora da tecnocracia federal. O instituto já existia e era aplicado no Município de São Paulo², mas sua previsão na legislação federal foi relevante para propiciar a segurança jurídica necessária à sua completa implementação, à luz dos obstáculos já vivenciados no âmbito local. As transformações em larga escala que logrou proporcionar em algumas regiões levam a um novo tipo de crítica, referente não mais à omissão dos poderes locais, mas sim à sua atuação com base em projetos equivocados ou desprovidos de visão adequada do território³. Em outros casos, a crítica, formulada à luz de um marco teórico marxista, vê no instrumento uma manifestação da captura do Estado pelo poder do capital imobiliário⁴.

¹ A definição é criticada pela doutrina, como se vê em OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59-60.

² Sobre a história da formação do instrumento, cf. MALERONKA, Camila. *Projeto e gestão na metrópole contemporânea*: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana. 2010. 212. f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 70-105. COTA, Daniela Abritta. *A parceria público-privada na política urbana brasileira recente*: reflexões a partir da análise das operações urbanas em Belo Horizonte. 2010. 430 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Departamento de Geografia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. p. 234-295.

³ Para uma síntese destas críticas, cf. MONTEIRO, Livia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades*: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço. 2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 118-131.

⁴ Neste sentido, notabilizou-se o trabalho de Mariana Fix, que constitui bem redigida reportagem sobre desapossamentos de moradores de determinadas áreas alcançadas pela renovação gerada por duas operações urbanas consorciadas no Município de São Paulo (*Parceiros da exclusão*: duas histórias da construção de uma “nova cidade” em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada. São Paulo: Boitempo, 2001). A compreensão da natureza da obra – como dito, uma reportagem, ainda que não renuncie à crítica – evita que se exija dela o que

No aspecto financeiro, a operação urbana consorciada tem propiciado a arrecadação de recursos expressivos.

A Operação Urbana Faria Lima, conhecida em São Paulo por seu pioneirismo, propiciou a arrecadação de R\$ 1.188.880.074,00 (um bilhão cento e oitenta e oito milhões oitocentos e oitenta mil e setenta e quatro reais) em um total de sete leilões⁵.

A Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro, por meio de leilão realizado em junho de 2011, alienou em lote único certificados de potencial adicional de construção (CEPAC) que foram adquiridos pelo Fundo de Investimento Imobiliário Porto Maravilha por valor de R\$ 3.508.013.490,00 (três bilhões quinhentos e oito milhões treze mil e quarenta e nove reais)⁶.

Para que se possa dimensionar a relevância da arrecadação, convém mencionar que no exercício de 2011 a arrecadação dos tributos de competência do Município do Rio de Janeiro alcançou o montante de R\$ 6.631.068.293,84 (seis bilhões seiscentos e trinta e um milhões sessenta e oito mil duzentos e noventa e três reais e oitenta e quatro centavos)⁷. Em outras palavras, na Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro, a alienação de CEPAC proporcionou uma receita equivalente a mais da metade das receitas tributárias arrecadadas pelo Município no exercício em que ocorreu.

Números como estes, ainda que possam se mostrar enganosos e resultantes de contextos muito próprios de cada operação, despertam forte interesse de gestores locais no instrumento da operação urbana consorciada.

Ainda que o objetivo desta dissertação não seja avaliar a procedência das críticas acima mencionadas nem a relevância da arrecadação de recursos financeiros em contexto de crise fiscal, ou mesmo firmar posição contrária ou favorável à operação urbana consorciada, a referência a este debate demonstra o interesse pelo tema existente entre os profissionais do urbanismo e os gestores públicos, que acaba por redundar no surgimento de dúvidas sobre a

extrapola seu escopo: a apresentação de alternativas de uma política de renovação urbana que impeça a repetição de acontecimentos como os relatados em tom de denúncia.

⁵ Para este e outros detalhes sobre esta operação urbana consorciada, cf. SANTOS, Marcela de Oliveira. Operação urbana consorciada Faria Lima: um balanço após 20 anos. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 363-379, mar. 2014.

⁶ CZIMMERMANN, Fernanda Riviera. O Projeto Porto Maravilha e a Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 132, 2014. Sobre esta operação, cf. ainda CAMPOS, Ana Luiza Garcia. Operação Urbana Consorciada Porto Maravilha e Estatuto da Cidade: análise de aspectos controversos do Estudo de Impacto de Vizinhança e da participação da população. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 351-362, mar. 2014.

⁷ PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. Controladoria-Geral do Município. Portal Rio Transparente. Dados disponíveis em:

<<http://riotransparente.rio.rj.gov.br/dados.asp?EXERCICIO=2011&tipoOrgao=Todos&periodo=Anual&cmd=ReceitasFonteResposta&visao=receitas#Resp1>>. Acesso em: 7 de janeiro de 2017. O montante não abrange participação em tributos federais e estaduais.

legislação que o rege e provocar a intervenção dos órgãos de controle da Administração Pública, em que tem continuidade o embate de posições, agora com novos parâmetros. É sobre estes parâmetros – quais são, como são manejados e por quem – que se volta a reflexão objeto desta dissertação.

A proposta é desenvolver esta tarefa transitando entre três diferentes níveis de abstração das normas jurídicas envolvidas; partindo do mais abstrato para o mais concreto, são eles: o nível constitucional – em que se incluem as leis orgânicas municipais –, o nível legal nacional – à luz sobretudo do Estatuto da Cidade – e o nível legal local – em que serão tomadas como referência os três municípios mais populosos da Região Sudeste do Brasil: São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. A escolha destes três municípios se justifica também pelo fato de São Paulo e Rio de Janeiro já contarem com operações urbanas consorciadas implementadas ou em desenvolvimento e pelo fato de Belo Horizonte ter iniciado os procedimentos para instituição de sua primeira⁸. Apesar disso, serão feitas referências pontuais à legislação do Distrito Federal e de outros municípios.

Além dos três diferentes níveis de abstração que se articulam durante todo o texto, a obra será desenvolvida em três eixos distintos e complementares, cada um deles com uma conexão mais próxima a um dos três poderes estatais expressamente mencionados no art. 2º da Constituição: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Cada um destes eixos é desenvolvido em um capítulo da dissertação.

O primeiro capítulo versa sobre o regime jurídico da operação urbana consorciada, abrangendo sua finalidade, constitucionalidade à luz da reserva de plano diretor e natureza jurídica. Neste capítulo, firma-se posição no sentido de que o cerne do instituto é o contrato de alienação de bem público, atividade de natureza administrativa a ser desenvolvida pelo Poder Executivo. Os mais relevantes desdobramentos desta definição de natureza jurídica são descritos, estudando-se o regime contratual do instrumento. Portanto, este capítulo guarda conexão mais direta com a atividade do Poder Executivo na concepção, planejamento e execução da operação urbana consorciada.

No segundo capítulo, o objetivo é destrinchar o papel do parlamento local⁹, a Câmara Municipal, na operação urbana consorciada, que por força do Estatuto da Cidade é

⁸ Curitiba e São Bernardo do Campo também já contam com operações urbanas consorciadas. Contudo, o corte geográfico impede a consideração de Curitiba e o corte populacional a de São Bernardo.

⁹ Segundo Luiz Henrique Antunes Alochio, “[a]lguns dos graves problemas relativos à questão jurídico-urbanística no Brasil têm decorrido de uma gritante precariedade no trato com o processo legislativo” (*Plano diretor urbano e estatuto da cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211).

instituída por lei municipal específica. Discute-se a importante distinção entre lei em sentido formal e em sentido material, concluindo-se que a lei instituidora da operação urbana consorciada é lei exclusivamente formal, o que tem relevantes consequências na definição dos parâmetros para seu controle. Este capítulo tem forte relação com a atuação do Poder Legislativo.

Por fim, definida a natureza jurídica da operação urbana consorciada e os parâmetros para seu controle, torna-se possível definir os mecanismos pelos quais este controle pode ser realizado. Esta tarefa é levada a cabo no capítulo 3, que destaca o controle judicial, razão pela qual se relaciona mais intensamente ao Poder Judiciário e a instituições que se estruturam em busca de garantias de imparcialidade típicas dos juízes, como os tribunais de contas e as autoridades administrativas independentes.

A ligação entre os três eixos, desenvolvidos em três capítulos, é de fácil percepção. Uma vez definido que o cerne do instituto é um contrato de alienação de bem público, torna-se possível compreender que a atuação do parlamento local não tem natureza materialmente legislativa, o que influencia decisivamente a definição do parâmetro e, portanto, a extensão do controle do instituto.

A atividade desenvolvida por cada um dos três poderes estatais na operação urbana consorciada se integra e se ajusta à realizada pelos outros dois. Em verdade, como salienta Luciano Ferraz,

[...] a atividade de controle é a atividade que finaliza o ciclo da atividade administrativa, iniciando-se pelo planejamento e terminando no controle, uma espécie de busca, de *feedback*, de retorno daquilo que foi planejado, e obviamente, daquilo que foi executado.¹⁰

Antes dar início aos capítulos, é conveniente um esclarecimento metodológico. As citações e referências bibliográficas foram elaboradas em consonância com as diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP¹¹, exceto em relação à citação de textos normativos e de precedentes judiciais e de autoridades administrativas facilmente acessíveis em sítios eletrônicos oficiais na rede mundial de computadores. A consulta a dados como este é tão cotidiana entre estudiosos e profissionais do Direito que a referência à sua data de publicação se tornou irrelevante. Ademais, a menção a tais documentos é tão frequente no texto que a inserção de longas notas iniciadas com o termo “BRASIL” tornaria a leitura por demais enfadonha e dificultaria a consulta às demais notas, de modo absolutamente

¹⁰ FERRAZ, Luciano. Tribunais de contas e o controle dos atos administrativos. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 98, fev. 2006.

¹¹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. *Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP*: parte I (ABNT). 3a ed. São Paulo: SIBiUSP, 2016.

desnecessário, uma vez que o leitor já sabe onde encontrar o documento citado e não utilizará os dados secundários que as normas da ABNT reproduzidas nas diretrizes do sistema de bibliotecas da Universidade de São Paulo recomendam que sejam inseridos na referência. A exceção a esta opção metodológica é a citação de precedentes judiciais antigos que estão disponíveis apenas em publicações especializadas e não podem ser facilmente encontrados nos sítios eletrônicos dos tribunais. Em relação aos precedentes mais recentes, optou-se por mencionar apenas os dados necessários à sua identificação, preferencialmente no corpo do texto, acompanhados do nome do relator e da data do julgamento (e não da publicação), de modo a permitir ao leitor elementos para avaliar criticamente a atualidade e a relevância da decisão.

Por fim, optou-se por evitar o uso de expressões latinas nas citações para permitir identificação imediata da obra citada, sem necessidade de consulta a outra nota de rodapé, e por repetir o nome do autor na nota, ainda que ele seja mencionado no corpo do texto, exceto se a menção tiver sido feita em texto explicativo da própria nota de rodapé, hipótese em que a referência se faz com a supressão deste nome para evitar duplicidade que poderia confundir, antes de esclarecer.

Capítulo 1

REGIME JURÍDICO DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

1.1 – A finalidade da operação urbana consorciada: renovação urbana

1.1.1 – Objetivo geral de renovação urbana e motivação prognóstica

O art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) define o objetivo da operação urbana consorciada: “alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

Ao estabelecer um *objetivo* geral descrito como único, valendo-se da flexão singular, ao invés de listar vários possíveis dentre os quais o formulador da política urbana poderia optar, o legislador definiu que toda e qualquer operação urbana consorciada deve buscar propiciar à cidade três avanços: transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, que podem ser considerados objetivos específicos. Não basta que a operação pretenda atingir um destes objetivos; é necessário que se volte a alcançá-los todos¹².

O objetivo geral, que o legislador pretendeu decompor nestes três objetivos específicos, pode ser sintetizado na expressão “renovação urbana”¹³, entendida como qualquer intervenção urbanística destinada a modificar significativamente áreas já urbanizadas¹⁴. O mesmo conceito foi pressuposto no art. 12, § 4º, do Projeto de Lei nº

¹² No sentido do caráter cumulativo dos objetivos: LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 254. OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 68. LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 182-184. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 175.

¹³ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243. NOVIS, Mariana. *O regime jurídico da concessão urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 129. Nenhum dos dois autores detalha o que entende por renovação urbana e nem explicita se utiliza a expressão no mesmo sentido da doutrina portuguesa citada adiante.

¹⁴ José Afonso da Silva, aparentemente inspirado na legislação francesa, adota conceito mais restrito de renovação urbana, considerando-a uma espécie de área sujeita a urbanificação especial, distinta da operação urbana consorciada (*Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 355-361). Hely Lopes Meirelles, por sua vez, considera a renovação urbana como sinônimo de reurbanização e remembramento (Desapropriação para urbanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 116, p. 7, 1974). Os institutos descritos pelos dois autores brasileiros são melhor classificados como reparcelamento ou loteamento com o objetivo de promover renovação urbana (art. 44 da Lei 6.766/1979), finalidade comum à operação urbana consorciada. Para uma discussão sobre a distinção entre renovação, reabilitação, requalificação, promoção e revitalização urbana, sob o ponto de vista da política urbana europeia e portuguesa, e não do Direito Urbanístico, cf. MOURA, Dulce; GUERRA, Isabel; SEIXAS, João; FREITAS, Maria João.

775/1983¹⁵, que previu áreas de renovação urbana, definindo-as como “as destinadas à melhoria das condições de áreas urbanas deterioradas ou inadequadas às funções previstas em plano de uso de solo”.

As operações urbanas consorciadas podem abranger intervenções tanto nas edificações quanto na infraestrutura urbana¹⁶ e nos espaços livres de uso público, como áreas verdes e praças, envolver demolições e surgimento de novas edificações e obras de infraestrutura, ou apenas reforma, restauração e modernização do que já existe, ou ainda combinações as mais diversas de intensidade, alcance e extensão destas intervenções.

Em outras palavras, as modificações urbanísticas que podem ser buscadas por intermédio de operações urbanas consorciadas são bastante variadas, tendo em vista a amplitude dos objetivos traçados no art. 31, § 1.º, do Estatuto da Cidade.

Ainda assim, os objetivos específicos impõem algumas limitações. Tendo em vista que a lei os definiu, a decisão de promover uma operação urbana consorciada deve incluir em sua motivação a demonstração de que *pretende* atingir os três. Este capítulo da motivação é *prognóstico*; em outras palavras, não há como demonstrar que a operação indiscutivelmente alcançará os objetivos: basta fundamentar como ela se volta a fazê-lo e por que é razoável esperar que logre sucesso neste intento.

A motivação deve constar do plano urbanístico da operação urbana consorciada, que deve integrar a lei específica que a aprova, uma vez que o art. 33, IV, do Estatuto da Cidade exige que o plano contenha as finalidades da operação.

Uma vez identificada esta motivação prognóstica, eventual insucesso na concretização do objetivo geral de renovação urbana ou de qualquer dos objetivos específicos não caracteriza, por si só, infração do agente público que praticou o ato e nem

A revitalização urbana: contributos para a definição de um conceito operativo. *Cidades - Comunidades e Territórios*, Lisboa, n. 12 e 13, p. 15-34, dez. 2006.

¹⁵ Trata-se do Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano, resultado de anteprojeto elaborado no âmbito do antigo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (Resolução CNDU nº 18, de 22 de fevereiro de 1983). Embora não tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional, este projeto serviu de inspiração para o capítulo de política urbana da Constituição de 1988. A respeito de sua tramitação, cf. MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 31-35.

¹⁶ Segundo o art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.766/1979, com redação da Lei nº 11.445/2007, a infraestrutura básica dos loteamentos abrange “equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.” É possível cogitar ainda de infraestrutura complementar, que pode incluir, por exemplo, equipamentos de telecomunicações e fornecimento de gás canalizado (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 6.766/1979, art. 21, § 1º, da Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo do Município de Belo Horizonte, Lei Municipal nº 7.166/1996, e art. 251 da Lei Municipal de São Paulo nº 13.885/2004) e para prática de atividades de lazer.

implica nulidade da operação urbana consorciada¹⁷, que terá produzido efeitos jurídicos válidos no patrimônio de proprietários e investidores e expectativas legítimas em moradores e frequentadores da área da operação, usuários de serviços públicos e outros, que por sua vez terão tomado estes efeitos como premissas para atos jurídicos posteriores¹⁸.

Portanto, o exercício do controle sobre a motivação dos objetivos da operação urbana consorciada não pode desconsiderar seu caráter prognóstico e partir de uma privilegiada visão retrospectiva, que identifica supostas falhas depois da eclosão de suas consequências.

Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da revisão judicial de prognoses legislativas no âmbito do controle de constitucionalidade, relata que a jurisprudência da corte constitucional alemã procura evitar esta análise retrospectiva¹⁹:

No tocante a falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início (“im Ansatz verfehlt”) ou se se cuida de um erro de prognóstico que somente pode ser constatado a posteriori, depois de uma continuada aplicação da lei.

No primeiro caso, o déficit de prognose há de ensejar a nulidade da lei.

Na segunda hipótese, quando se verifica a falha na prognose legislativa após o decurso de certo tempo, o Tribunal considera irrelevante, do prisma constitucional, o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória.

Também não é necessário que o plano urbanístico demonstre que a conquista dos objetivos é inexorável; basta que seja razoável a expectativa de sucesso e que a operação urbana consorciada não busque objetivo ilícito, incompatível com o Estatuto da Cidade e a legislação urbanística ou que só possa ser alcançado por meio de ato que dependa de requisitos diversos.

¹⁷ No mesmo sentido: OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 68. Em sentido aparentemente contrário, ao mencionar resultados contrários aos princípios que regem a função urbanística: LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 163.

¹⁸ A respeito da influência da segurança jurídica na aplicação das normas sobre nulidade dos atos administrativos, cf. HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221-224, 235-239 e 267-277.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e da Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 261. Grifo do autor. Gilmar Mendes explica ainda que a constatação posterior da falha de prognose gera o apelo ao legislador para modificação na lei; nas operações urbanas consorciadas, contudo, a medida provavelmente seria inócua, já que os efeitos se exaurem pela implementação da operação.

1.1.2 – Transformações urbanísticas estruturais e a impossibilidade de utilização da operação urbana consorciada para urbanização

A doutrina diverge sobre a possibilidade de instituição de operação urbana consorciada em área que não tenha sido ocupada e não seja dotada de infraestrutura urbana, isto é, que ainda não tenha sido urbanizada. Marcos Batistela responde negativamente²⁰ e Thiago Riccio responde positivamente²¹.

A resposta negativa é mais consistente com o objetivo de promover “transformações urbanísticas” – o que pressupõe que haja tecido urbano a transformar e não a criar –, ou seja, modificações que incidam sobre áreas já urbanizadas ou ocupadas de forma consolidada²², e com a determinação da participação de moradores e usuários permanentes (art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade), inexistentes em glebas que não foram parceladas, ainda que inseridas no perímetro urbano ou de expansão urbana (isto é, urbanizáveis).

Para que se considere a área urbanizada, não basta que o município tenha aprovado projeto de parcelamento do solo, ou seja, que a urbanização esteja programada ou mesmo em execução conforme o cronograma previsto no art. 12, § 1º, da Lei n.º 6.766/1979. É indispensável que a urbanização esteja completa, vale dizer, que a infraestrutura já tenha sido implantada e que tenha sido expedido o termo de verificação das obras de urbanização previsto no art. 18, V, da Lei n.º 6.766/1979, ou que a área já esteja ocupada de fato de modo consolidado, nos termos do art. 47, II, da Lei n.º 11.977/2009²³, situação que deve ser

²⁰ BATISTELA, Marcos. Operações urbanas consorciadas. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 144-146. No mesmo sentido: PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243.

²¹ RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 175-176. O autor ressalva, contudo, que seu entendimento abrange apenas áreas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização especial, e não áreas rurais, que precisam ser previamente reclassificadas como áreas urbanas para que incida a operação urbana consorciada.

²² Há ocupações irregulares em áreas sem infraestrutura urbana completa. Embora não tenham sido propriamente urbanizadas, não há dúvida de que sobre elas pode incidir operação urbana consorciada, até porque um dos benefícios previstos no Estatuto da Cidade é a regularização de edificações irregulares (art. 32, § 2º, II). Nesta hipótese, há urbanização de fato, ainda que não de direito.

²³ “Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se: (...) II – área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: a) drenagem de águas pluviais urbanas; b) esgotamento sanitário; c) abastecimento de água potável; d) distribuição de energia elétrica; ou e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos”. Este dispositivo foi revogado pela Medida Provisória n.º 759/2016, mas permanece citado no texto em razão da medida provisória ainda não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional. A modificação gera dúvidas, pois o Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012) continua a fazer referência a área urbana consolidada, mesmo nos dispositivos cuja redação foi modificada pela própria Medida Provisória n.º 759/2016 (arts. 64 e 65), mas a definição da expressão é feita por seu art. 3º, XVI, por meio de remissão ao dispositivo agora revogado. É provável que a questão seja solucionada durante a tramitação, no Congresso Nacional, de

equiparada à urbanização.

Nada impede que haja glebas dentro do perímetro da operação urbana consorciada, desde que a maior parte da área já tenha sido urbanizada e que a inserção destas glebas seja instrumental para permitir a conquista dos objetivos da operação. Contudo, instituir uma operação urbana consorciada sobre uma área cuja extensão mais relevante não tenha sido urbanizada implica distorcer os propósitos do instituto e utilizá-lo como substituto para o parcelamento do solo urbano, regulado pela Lei nº 6.766/1979, que oferece mecanismos suficientes para que os municípios ordenem o desenvolvimento da cidade e garantam o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*, da Constituição) em áreas ainda não urbanizadas, como a fixação de diretrizes para o projeto de parcelamento do solo (arts. 6º e 7º da Lei nº 6.766/1979).

A lei de parcelamento do solo já é suficiente para propiciar urbanização – e não transformações urbanísticas –, melhorias sociais e valorização ambiental, de modo que por meio de sua aplicação a Administração Pública pode obter, em termos de política de desenvolvimento urbano, resultados equivalentes aos da operação urbana consorciada. É neste momento que a infraestrutura necessária para o local é fixada por ato do Poder Público, constituindo um contrassenso pretender ampliá-la concomitantemente, o que levaria à constatação de violação ao art. 4º, I, da Lei nº 6.766/1979, que exige que as áreas destinadas à infraestrutura e áreas livres de uso público sejam proporcionais à ocupação prevista na legislação urbanística²⁴. Se a infraestrutura prevista no projeto de parcelamento do solo é insuficiente, cabe ao Município exigir, de modo fundamentado e compatível com a legislação, a modificação do projeto de parcelamento do solo, e não aprová-lo e concomitantemente (ou logo depois) instituir uma operação urbana consorciada. Eventual rigor ou permissividade excessivos da legislação municipal sobre parcelamento ou ocupação devem ser corrigidos por meio de sua modificação, e não pelo desvio de finalidade de outros instrumentos urbanísticos.

Assim, a título de exemplo, é ilícita, por violação ao Estatuto da Cidade, a Lei nº 5.254/2012, do Município de Betim, inserido na Região Metropolitana de Belo Horizonte, que instituiu a Operação Urbana Consorciada Córrego Santo Antônio, com o objetivo de

projeto de conversão da medida provisória em lei. De todo modo, o art. 9º, II, da Medida Provisória nº 759/2016 vale-se de um equivalente funcional ao conceito de área urbana consolidada: o conceito de núcleos urbanos informais, assim entendidos “os clandestinos, irregulares ou aqueles nos quais, atendendo à legislação vigente à época da implantação ou regularização, não foi possível realizar a titulação de seus ocupantes, sob a forma de parcelamentos do solo, de conjuntos habitacionais ou condomínios, horizontais, verticais ou mistos”.

²⁴ A este respeito, cf. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 238-241.

promover a urbanização de área destinada à instalação de indústrias em terrenos doados pelo próprio município²⁵.

O objetivo específico de alcançar “transformações urbanísticas estruturais” também suscita outro debate. Thiago Riccio sustenta que o adjetivo “estruturais” indica que a operação urbana consorciada deve promover modificações na infraestrutura básica da área integrante de seu perímetro, alcançando ao menos dois elementos dentre os indicados no já citado art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.766/1979: “escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação”²⁶.

A interpretação restritiva não se sustenta. Quando pretendeu se referir a infraestrutura, o Estatuto da Cidade o fez utilizando exatamente este termo, e não o adjetivo “estruturais”, como se vê nos arts. 2º, I e VI, *c e d*, XVIII; 28, § 3º; 42, I e 42-B, III.

Portanto, a melhor interpretação é a de que a qualificação de “estruturais” dada pela lei às “transformações urbanísticas” se refere à sua importância no contexto urbano da área da operação; em outras palavras, as transformações devem ser relevantes, afetar aspectos primordiais da organização urbanística, que podem se referir à infraestrutura básica como pretende Riccio, mas também à infraestrutura complementar, às áreas livres de uso público e mesmo às edificações.

A modificação do perfil construtivo ou de tipologias edilícias dos edifícios da área de operação, com o aumento significativo do número de unidades habitacionais menores, de modo a abrigar moradores com padrão de renda mais modesto e sem automóveis próprios, por exemplo, pode constituir uma modificação urbanística estrutural tão importante quanto o alargamento de vias, ainda que não incida sobre a infraestrutura. A promoção de modificações no uso de várias edificações, afastando usos incompatíveis que estejam inadequadamente próximos, é outro exemplo de transformação urbanística estrutural que não incide sobre a infraestrutura urbana, mas sobre as edificações, e que se enquadra nos objetivos que o Estatuto da Cidade atribui às operações urbanas consorciadas.

²⁵ Além disso, o plano urbanístico anexo à lei municipal é constituído apenas de um mapa, claramente insuficiente para atender às exigências do art. 33 do Estatuto da Cidade. A incompletude fica evidente no art. 8º do diploma legal, que prevê a apresentação posterior dos projetos da operação.

²⁶ RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 175.

1.1.3 – Melhorias sociais e a impossibilidade de promoção intencional de segregação urbana

Entre os urbanistas, já vem se tornando lugar comum a crítica de que as operações urbanas consorciadas, em especial as instituídas no Município de São Paulo, seriam caracterizadas por serem socialmente excludentes²⁷. Transparece nas reflexões uma frustração com a falta de efeitos redistributivos (de renda) do instrumento.

Cabe aos juristas formular a questão que os urbanistas nem sempre se fazem, por não ser sua formação voltada para este tipo de raciocínio: o objetivo específico de alcançar “melhorias sociais” por meio das operações urbanas consorciadas exigiria que todas elas buscassem a promoção de redistribuição de renda?

A resposta é negativa²⁸. A expressão “melhorias sociais” é bastante ampla e a sociedade não se restringe a grupos economicamente desfavorecidos. O Estatuto da Cidade reconhece esta amplitude do termo ao se referir, no art. 2º, X, aos “diferentes segmentos sociais”, deixando claro que todos eles são destinatários das normas urbanísticas, ainda que sejam admissíveis diferenciações que visem a minimizar desigualdades que sejam consideradas injustas. Quando pretendeu restringir determinadas normas apenas aos menos favorecidos, o Estatuto da Cidade o fez com clareza, como se vê no art. 4º, V, *r*, que trata de “assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos”. Assim, a expressão “melhorias sociais” pode ser tomada como equivalente aos objetivos traçados pela Constituição para a ordem social: “o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

A amplitude da expressão indica que dificilmente uma operação urbana consorciada

²⁷ MONTEIRO, Livia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades*: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço. 2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 8 e 69. FIX, Mariana. *Parceiros da exclusão*: duas histórias da construção de uma “nova cidade” em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 79. MARICATO, Erminia; WITHAKER FERREIRA, João Sette. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade? In: OSORIO, Letícia Marques (Coord.). *Estatuto da Cidade*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 233. Segundo estes últimos autores, o interesse do mercado imobiliário nas operações acaba por gerar a perda do “caráter urbanístico-social do instrumento”.

²⁸ Em sentido contrário: LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 255-256. ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: FERNANDES, Edésio; _____ (Coord.). *Direito Urbanístico*: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 290. Apontando que o instituto, tal como regulado no Estatuto da Cidade, não teria finalidade redistributiva, mas que esta seria imposição da Constituição: MASSONETTO, Luiz Fernando. Operações urbanas consorciadas: a nova regulação urbana em questão. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 101-118, 2003.

deixará de ter objetivos que promovam certo bem-estar social, ainda que não se pretenda redistribuir renda ou beneficiar diretamente os mais pobres. A própria renovação urbana e a conquista de um espaço mais agradável para residir, trabalhar, circular ou recrear acarretam incremento do bem-estar social na área da operação e, portanto, “melhorias sociais”. Deste modo, este objetivo específico, dado seu alto grau de generalidade, acaba por se confundir com o objetivo geral de renovação urbana.

Isto não significa que não possam ser concebidas e implementadas operações urbanas consorciadas com a intenção de alcançar o segundo objetivo traçado pela Constituição para a ordem social: justiça social, inevitavelmente associada à redução das desigualdades sociais (arts. 3º, III, e 170, VII, da Constituição), inclusive as de natureza econômica, habitacional e espacial²⁹. É possível até mesmo que o Município, em sua lei orgânica ou no plano diretor, estabeleça a justiça social como objetivo adicional a ser obrigatoriamente buscado pelas operações urbanas consorciadas instituídas em seu território ou exija a observância de certos parâmetros com este objetivo, como fez o art. 142, § 1º, do Plano Diretor do Município de São Paulo, que dispõe que pelo menos 25% (vinte e cinco) por cento dos recursos arrecadados no âmbito de operação urbana consorciada sejam aplicados em habitação de interesse social no perímetro de abrangência ou no perímetro expandido da operação.

Contudo, nem sempre é simples a utilização da operação urbana consorciada para este objetivo. O Ministério das Cidades buscou este alvo ao editar a Instrução Normativa nº 33, de 17 de dezembro de 2014³⁰, que exigiu, em sua redação original, que os moradores do perímetro da operação a receber investimento de recursos financeiros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS deveriam ter renda *per capita* inferior à do município em que inserido (item 4.2.1). Antes que a instrução fosse aplicada a qualquer operação³¹, a norma mencionada foi revogada pela Instrução Normativa nº 13, de 10 de maio de 2016, que passou

²⁹ Fernanda Paula Oliveira, tratando do ordenamento jurídico português, sustenta: “As opções planificadoras – que se apresentam como resultado desta ponderação – podem (e devem, mesmo), a este propósito, criar soluções de discriminação positiva a favor dos grupos desfavorecidos (em razão dos seus estados econômicos e do nível de qualidade de vida de que desfrutam), apresentando-se, assim, como opções social e ambientalmente justas” (*Novas tendências do urbanismo: de um urbanismo de contenção e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 139-140).

³⁰ A instrução normativa regulamenta a aquisição, pelo agente operador do FGTS, de cotas de fundos de investimento imobiliário (FII) e de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC), de debêntures e de certificados de recebíveis imobiliários (CRI), que possuam lastro em operações urbanas consorciadas.

³¹ A Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro, que contou com recursos do FGTS, recebeu o investimento antes da entrada em vigor da instrução normativa e por isso não precisou atender este parâmetro.

a exigir que pelo menos 20% (vinte por cento) do montante arrecadado com contrapartidas na operação urbana consorciada sejam aplicados em habitação de interesse social, de modo similar ao Plano Diretor do Município de São Paulo (nova redação do item 4.2). A ineficiência do bem intencionado parâmetro revogado foi apontada no processo administrativo que culminou na modificação, demonstrando a dificuldade na busca deste objetivo redistributivo:

Em sua redação atual, a instrução exige que a renda *per capita* média dos moradores dentro do perímetro da operação urbana consorciada, antes de sua implementação, seja menor do que a renda *per capita* média do Município. Em outras palavras, só se admite que o FGTS invista em títulos relacionados a operações urbanas consorciadas cuja área a ser objeto de renovação urbana tenha renda inferior à média do município em que está inserida. No entanto, há um descompasso entre a norma e o objetivo que pretende atingir, pois é perfeitamente possível que uma área seja habitada por pessoas de baixa renda, mas seja de propriedade de pessoas de alta renda, que poderiam beneficiadas pela valorização imobiliária presumivelmente decorrente das intervenções inseridas na operação urbana consorciada. Ademais, há áreas urbanas que são de imensa importância para outros frequentadores que não são moradores – trabalhadores e usuários de serviços públicos, por exemplo –, como aquelas em que há corredores de transporte coletivo ou são facilmente acessíveis para recreação, e que poderiam deixar de contar com o auxílio do FGTS para sua renovação, apenas porque os moradores têm maior poder aquisitivo. Por fim, o atual item 4.2.1 também inviabiliza a participação do FGTS em operação urbana que tenha o objetivo de gerar adensamento e mudança de tipologias em áreas mais nobres, dotando-as de habitação de interesse social, e é inconsistente com a ideia de conter ou eliminar vazios urbanos, presente na própria instrução normativa (item 5.2.1.6, III).³²

O contraste entre as características da operação urbana consorciada e o pretenso objetivo de promover redistribuição de renda é bem explicado por Camila Maleronka:

Antes de “distribuir riqueza”, a ideia da operação urbana é distribuir qualidade, respondendo a problemas urbanos urgentes passíveis de serem solucionados por meio de uma intervenção localizada, com um impacto que extrapola a escala local.

Mesmo porque, a distribuição de riqueza no sentido estrito proposto nasce limitada, limitada pelo próprio perímetro da operação. Se a operação urbana for instituída em uma área valorizada, é possível que se consiga alguma compensação dos mais ricos, porém, muito provavelmente, não em favor dos mais pobres. No contexto das metrópoles brasileiras, marcadas pela segregação socioespacial, usar o critério de proximidade para definir o alvo de qualquer distribuição de renda não deveria ser um argumento defensável.³³

³² BRASIL. Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos do Ministério das Cidades. *Nota Técnica nº 31/2016/SEI/DEAP/SNAPU-MCIDADES*. Disponível no Processo Administrativo nº SEI 80000.020384/2013-49. Brasília: Ministério das Cidades, 2015.

³³ MALERONKA, Camila. *Projeto e gestão na metrópole contemporânea: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana*. 2010. 212. f. Tese (Doutorado

O que se pretende esclarecer neste tópico é que, salvo previsão diversa na legislação local, operações urbanas consorciadas que não tenham este específico objetivo de redistribuição de renda ou de promoção da justiça social não são ilegais e que as críticas a elas dirigidas em relação a este aspecto devem ser debatidas no âmbito político, com argumentos de conveniência sobre as políticas públicas e análise da consistência lógica de discursos e declarações de agentes políticos que atribuem ao instrumento em questão este caráter redistributivo – como são os argumentos dos urbanistas críticos acima citados –, e não no âmbito jurídico.

Evidentemente, isto não autoriza que a operação urbana consorciada promova intencionalmente a segregação social com base na renda, inviabilizando deliberadamente o acesso de determinadas pessoas a certas áreas da cidade, o que constituiria violação não aos objetivos do art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade, mas ao princípio constitucional da igualdade. A dinâmica do mercado imobiliário pode até provocar certa concentração de população de alto poder aquisitivo em determinada área; o que não se admite é que o Poder Público *intencionalmente* busque este resultado, a não ser que ele seja instrumental para atingir outra finalidade lícita.

O controle desta lesão ao princípio da igualdade não é simples, pois há risco de que o intérprete atribua ao planejamento urbanístico consequências que derivam de escolhas livres dos particulares ou que, ainda que facilitadas por decisões estatais, não seriam previsíveis quando da concepção da operação urbana consorciada. Portanto, só se deve anular uma operação urbana consorciada por esta razão se a finalidade ilícita estiver explícita no plano urbanístico ou se forem identificadas “soluções urbanísticas com impactos negativos pelas suas consequências segregadoras sem que existam benefícios para o interesse geral que correlativamente as possam justificar”³⁴.

1.1.4 – Valorização ambiental e a necessidade de equilíbrio na renovação urbana

Ao contrário da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que restringe o conceito de meio ambiente ao “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas

em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 128-129.

³⁴ OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Novas tendências do urbanismo: de um urbanismo de contenção e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 154.

as suas formas” (art. 3º, I), excluindo o chamado meio ambiente artificial e cultural³⁵, o Estatuto da Cidade adota conceito mais amplo, abrangendo não apenas o meio ambiente natural, mas também o construído (art. 2º, XII e XIII), que coincide com o artificial.

Cabe ao Poder Público fixar o ponto de equilíbrio entre melhorias no ambiente urbano artificial e no ambiente urbano natural; assim, não é vedado que a operação urbana opte pela redução de áreas verdes, por exemplo, para alcançar vantagens consideradas mais relevantes na conservação de bens tombados por seu valor histórico; também é possível a opção contrária, em que há redução, por exemplo, da extensão de praças para criação de caminhos arborizados exclusivos para ciclistas ou revitalização de um córrego que havia sido aterrado. Em ambos os exemplos, busca-se a valorização ambiental, ainda que com ênfase em determinado aspecto do ambiente. Estes diferentes aspectos devem ser ponderados e avaliados no estudo de impacto de vizinhança, que integra o plano da operação (art. 33, V, do Estatuto da Cidade), mas a decisão final é de mérito administrativo, não sendo possível apontar aprioristicamente ilegalidade ou falta de “valorização ambiental” pelo fato de ter sido privilegiado um aspecto ambiental em detrimento de outros, o que é inevitável em um contexto de bens escassos. Trata-se de uma ponderação interna ao objetivo específico.

A tensão que pode implicar ilicitude é entre objetivos específicos diversos, como valorização ambiental e transformações urbanísticas estruturais, que podem apontar para soluções diversas³⁶. A transformação urbanística buscada pode ser o incremento da densidade populacional por meio de incentivos a habitações menores, em maior número e de custo inferior, ou o alargamento de vias para o tráfego de veículos, ou ambos, o que pode inviabilizar a ampliação de espaços livres de uso público ou intensificar drasticamente o uso dos existentes. Esta ponderação também deve ser feita no plano da operação urbana consorciada, não havendo solução que possa ser considerada aprioristicamente melhor e nem ilegalidade na escolha por qualquer das opções acima indicadas.

Contudo, por se tratar de uma ponderação entre dois diferentes objetivos do instituto

³⁵ A respeito do meio ambiente artificial e do meio ambiente urbano, cf. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 9a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-23 e 226-230. O interesse no presente capítulo é apenas no conceito de meio ambiente para fins de aplicação do Estatuto da Cidade, de modo que a interpretação dada à expressão “valorização ambiental” não implica juízo sobre outras controvérsias decorrentes da interpretação restritiva ou ampliativa do conceito de meio ambiente, como a abrangência da possibilidade de imputação de crimes ambientais a pessoas jurídicas (art. 225, § 3º, da Constituição e Lei nº 9.605/1998).

³⁶ José Afonso da Silva descreve esta oposição como uma tensão entre renovação urbana e proteção do meio ambiente urbano (*Direito ambiental constitucional*. 9a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 229-230). Não adotamos esta descrição, por considerarmos que a valorização ambiental é questão interna à renovação urbana.

(e não uma ponderação interna ao objetivo específico como a descrita anteriormente), não é admissível uma escolha tão drástica a ponto de descaracterizar um deles como propósito da operação urbana consorciada, já que, como visto, eles são cumulativos.

Assim, pode-se renunciar a uma potencial valorização ambiental para alcançar mais transformações urbanísticas³⁷, mas no balanço geral da operação³⁸ ambas devem ser buscadas e incrementadas, não sendo admissível que o projeto contemple a pretensão de reduzir o valor ambiental da área da operação, o que é bem diferente de ampliá-lo menos do que seria possível se o outro objetivo não tivesse sido privilegiado.

1.1.5 – *Captação de mais-valias urbanísticas*

As operações urbanas consorciadas são frequentemente associadas à recuperação das mais-valias urbanísticas³⁹, ou seja, à “recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”, uma das diretrizes do Estatuto da Cidade (art. 2º, XI)⁴⁰.

Em verdade, o que há é uma captação antecipada das mais-valias anterior à sua própria ocorrência, a título de contrapartida pelos benefícios da operação. Este é, contudo, o mecanismo do instituto, e não sua finalidade, que é a renovação urbana. Neste sentido é a advertência de Livia de Oliveira Monteiro:

O recolhimento de mais-valia não deve transformar-se na finalidade única a ser perseguida pelo planejador e limitar ações a serem desenvolvidas para amenizar as vulnerabilidades urbanas. O acesso à mais-valia fundiária, como forma de distribuição de ônus e de benefícios dos processos de urbanização, deve ser uma forma de fortalecer o planejamento

³⁷ Deixa-se de exemplificar com as melhorias sociais, pois, como visto, tanto o aumento do adensamento quanto o aumento de áreas livres de uso público podem ser considerados melhorias sociais.

³⁸ Ou seja, na comparação entre a área no momento em que elaborado o plano da operação (diagnose) e a situação futura projetada neste plano (prognose), evitando-se o controle com base em visão retrospectiva. Esta comparação deve considerar todas as intervenções e medidas propostas no plano, pois os objetivos específicos devem ser alcançados no cômputo geral, e não na análise atomizada de cada equipamento urbano, lote ou edificação existente no perímetro da operação. A eliminação de uma área verde, por exemplo, não implica falta de valorização ambiental se for compensada pela ampliação de outras ou por ganhos ambientais de outra espécie, ainda que referentes ao meio ambiente cultural ou artificial.

³⁹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243. Para o autor, o objetivo da operação urbana consorciada seria “permitir que as áreas atrativas para o mercado imobiliário sejam adensadas, mas evitando que isto acarrete perda de sua qualidade de vida e que a mudança de índices construtivos seja apropriada gratuitamente pelos proprietários de imóveis”.

⁴⁰ O art. 151, § 1º, III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo previu o dever do Município “recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público”. A norma municipal é mais ampla que a federal, pois se refere a “ação”, e não apenas a “investimentos” do Poder Público.

urbano e não de condicioná-lo e de enfraquecê-lo.⁴¹

1.2 - Constitucionalidade da operação urbana consorciada à luz da reserva de plano diretor (art. 182 da Constituição)

1.2.1 – Plano diretor como instrumento básico, mas não único, da política urbana prevista na Constituição

A Constituição define o Plano Diretor como o “instrumento *básico* da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º), que veicula as “exigências *fundamentais* de ordenação da cidade”, cujo atendimento implica o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana (art. 182, § 2º).

Considerando que a operação urbana consorciada flexibiliza índices construtivos previstos no próprio plano diretor ou legislação a ele equivalente⁴², por meio de lei específica diversa da que aprova o plano diretor, convém estudar se esta possibilidade, prevista no Estatuto da Cidade (arts. 32 e 33), não viola as normas constitucionais que reservam ao plano diretor determinadas funções.

Ao se valer dos adjetivos “básico” e “fundamental”, a Constituição admite que haja outros instrumentos e exigências urbanísticos, que podem ser considerados complementares ao plano diretor, que detalhem algumas de suas normas ou que tratem de temas urbanísticos que não foram por ele regulados. O § 4º do art. 182 da Constituição confirma esta interpretação ao exigir uma “lei municipal específica” distinta do plano diretor para o aproveitamento compulsório de bem imóvel urbano.

A legislação urbanística federal adere à interpretação de que o plano diretor não detém exclusividade na função de ordenação da cidade.

A Lei nº 6.766/1979, em dispositivos com redação dada pela Lei nº 9.785/1999, estabelece que cabe ao Plano Diretor ou a “lei municipal” dispor sobre fixação de índices urbanísticos (art. 2º, § 4º), definição do perímetro de zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica (art. 3º, *caput*) e fixação da densidade de ocupação por zona (art. 4º,

⁴¹ MONTEIRO, Livia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades*: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço. 2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 223.

⁴² Em alguns municípios, como São Paulo e Belo Horizonte, a maior parte da ordenação da cidade está contida na Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo, aprovada com base no mesmo processo participativo e com o mesmo *quorum* especial do plano diretor, o que viabiliza que seja considerada como sendo o verdadeiro plano diretor. Neste sentido, PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136 e 188.

I). Em relação a estes dispositivos, é convincente a interpretação de que a alternativa se deve ao reconhecimento de que há municípios que não estão obrigados a elaborar e aprovar planos diretores, vale dizer, aqueles com população inferior a vinte mil habitantes (art. 182, § 1º, da Constituição) e que não se enquadrem nas demais hipóteses de obrigatoriedade previstas no art. 41 do Estatuto da Cidade, de modo que a referência da Lei nº 6.766/1979 a “lei municipal” seria aplicável apenas a estes municípios.

Contudo, não se pode adotar a mesma interpretação para o art. 12, § 3º, da Lei nº 6.766/1979, acrescentado pela Lei nº 12.608/2012, que estabelece que cabe ao plano diretor ou a “legislação dele derivada” dispor sobre definição de áreas de risco insuscetíveis de edificação (art. 12, § 3º), uma vez que a existência de “legislação *derivada*” pressupõe plano diretor vigente⁴³, até porque, a partir do mencionado diploma legal de 2012, este passou a ser obrigatório para inscritos no “cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos” (art. 41, VI, do Estatuto da Cidade, inserido pela Lei nº 12.608/2012⁴⁴), ou seja, justamente municípios em cujos territórios foi constatada a existência de áreas de risco para edificação.

Também o Estatuto da Cidade refere-se em vários dispositivos a legislação decorrente do Plano Diretor (arts. 5º, § 1º, I e 35, *caput*) e a leis municipais urbanísticas nele baseadas (arts. 25, § 1º; 32, *caput* e 35, *caput*).

Portanto, não se justifica a recomendação do art. 3º, V, da Resolução nº 34/2005 do Conselho das Cidades (órgão federal instituído pelo Decreto nº 5.790/2006), no sentido de que o plano diretor consolide “toda a legislação incidente sobre o uso e ocupação do solo no território do município”, uma vez que a Constituição, o Estatuto da Cidade e a Lei nº 6.766/1979 admitem a existência de leis urbanísticas e em algumas hipóteses até exigem leis

⁴³ Uma interpretação distinta seria a de que esta “legislação dele derivada” seria composta apenas de regulamentos veiculados por atos infralegais, que compõem o conceito amplo de legislação adotado pelo art. 96 do Código Tributário Nacional. A tese seria, porém, inconsistente, já que a escolha pelo legislador do termo de sentido mais amplo não poderia levar a interpretação que restrinja os diplomas nele inseridos àqueles de hierarquia inferior, excluindo as próprias leis, tratados e convenções internacionais, também mencionados no art. 96 do Código Tributário Nacional.

⁴⁴ A doutrina debate a constitucionalidade deste dispositivo, bem como dos incisos II a V do mesmo artigo, em razão de terem ampliado a obrigatoriedade do plano diretor estabelecida na Constituição (art. 182, § 1º). A ampliação é constitucional, pois o art. 182, § 1º não deve ser interpretado *a contrario sensu*, ou seja, estabelece uma hipótese de obrigatoriedade que deve ser obedecida, mas não proíbe que o legislador crie outras. Pela constitucionalidade, CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 335-336. Pela inconstitucionalidade do inciso IV, MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 315-316. Para este autor, as extensões dos incisos II, III e V estão incluídas na finalidade do art. 182, § 1º, da Constituição; ele não se pronuncia sobre o inciso VI, inserido no texto legal posteriormente à edição consultada.

específicas diversas do Plano Diretor, embora nele baseadas⁴⁵.

Isto não significa que todo e qualquer tema possa ser regulado por leis urbanísticas municipais diversas do plano diretor ou que este seja uma lei municipal idêntica a qualquer outra, pois há uma “reserva de plano diretor”⁴⁶ que, diante do alto teor de generalidade das normas constitucionais a respeito, alcança as questões especificadas nas normas gerais de Direito Urbanístico contidas na legislação federal⁴⁷, entre elas a definição de índices urbanísticos (art. 2º, § 4º, da Lei nº 6.766/1979), justamente os que podem ser flexibilizados em operação urbana consorciada (art. 32, § 2º, I, do Estatuto da Cidade).

O debate chegou ao Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 607.940/DF, que merece relato mais detalhado pela vocação para ser tornar um caso paradigmático (*leading case*).

Em 2007, o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios ajuizou, no tribunal local, ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Complementar Distrital nº 710/2005, que regula os “Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU”, vale dizer, os loteamentos fechados ou condomínios urbanísticos, sustentando violação à reserva de plano diretor, que, ao contrário de outras leis complementares distritais, só pode ser aprovado mediante participação popular em sua elaboração, segundo o art. 321, parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal⁴⁸. Além disso, alegou o autor da ação direta que os loteamentos fechados produziram segregação

⁴⁵ Em sentido contrário, considerando esta disposição da resolução “extremamente relevante”: PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132 e 188. Admitindo a existência de legislação urbanística municipal complementar ao plano diretor: SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 145 e 148. MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 119.

⁴⁶ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132-133 e 184-188. A citação não significa adesão a todos os pontos que o autor considera sujeitos à reserva de plano diretor, o que extrapola o escopo desta dissertação, bastando dizer que os índices urbanísticos se incluem entre eles e as normas edilícias não, constando usualmente dos códigos municipais de obras ou edificações, como ocorre, por exemplo, no Município de São Paulo (Código de Obras e Edificações – Lei Municipal nº 11.228/1992) e no Município de Belo Horizonte (Código de Edificações – Lei Municipal nº 9.725/2009).

⁴⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 331. Para o autor, estas definições mais precisas só vieram à tona com o advento do Estatuto da Cidade em 2001. Entretanto, como vimos, isto já ocorrera com a Lei nº 9.785/1999, que alterou a Lei nº 6.766/1979.

⁴⁸ Segundo a petição inicial, o tema só poderia ser tratado no Plano Diretor de Ordenamento Territorial (PDOT) ou nos planos diretores locais (PDL), distinção que é específica do regime traçado pela Lei Orgânica do Distrito Federal antes da reforma pela Emenda nº 49/2007, em observância à peculiaridade local de existência de cidades diversas, não necessariamente conurbadas, dentro do mesmo território, o que não ocorre em capitais como São Paulo, Belo Horizonte e Rio de Janeiro. Acerca do caráter anômalo da legislação urbanística de Brasília, cf. PINTO, Victor Carvalho. O regime urbanístico de Brasília. *Cadernos ASLEGIS*, Brasília, n. 42, p. 179-201, jan./abr. 2011. Segundo o autor, a capital federal não tem um plano diretor no sentido do Estatuto da Cidade, em razão do caráter excessivamente genérico do PDOT.

espacial e contrariariam objetivos da política urbana fixados na Lei Orgânica.

Em 2008, a ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que entendeu que o plano diretor seria um dentre outros instrumentos da política de desenvolvimento urbano indicados na Lei Orgânica Distrital e que, mesmo nos núcleos urbanos do Distrito Federal que não contavam com planos diretores locais, a legislação poderia dispor pontualmente sobre a regularização de condomínios urbanísticos (loteamentos fechados).

O Ministério Público interpôs recurso extraordinário, reproduzindo os argumentos anteriores, mas com base no art. 182, § 1º, da Constituição e citando em vários trechos dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal, embora ciente de que sua eventual violação não pode ser corrigida no julgamento de recurso extraordinário⁴⁹.

A eficácia da lei foi suspensa por liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.383/DF, referendada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 2002.

O julgamento do recurso extraordinário foi iniciado no Plenário do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2014, em sessão na qual o relator, Ministro Teori Zavascki, e o Ministro Luís Roberto Barroso votaram pelo desprovimento e o Ministro Marco Aurélio divergiu, votando pelo provimento. Em abril de 2015, o julgamento foi retomado com voto-vista do Ministro Luiz Fux pelo desprovimento, que foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber. Nesta sessão, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli, que apresentou seu voto-vista pelo desprovimento em outubro de 2015. Nesta mesma sessão, acompanharam o voto do relator pelo desprovimento os ministros Gilmar Mendes e Carmen Lúcia e acompanharam a divergência, pelo provimento, os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, totalizando sete votos pelo desprovimento e três pelo provimento do recurso extraordinário⁵⁰.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal acertadamente ressaltou a importância do Plano Diretor, reconheceu a existência de questões que devem ser obrigatoriamente tratadas por ele (embora sem utilizar a expressão “reserva de plano”), mas esclareceu que não se trata do único diploma legal local sobre questões urbanísticas, uma

⁴⁹ Para facilitar a compreensão do caso, convém registrar que nem na petição inicial nem no recurso extraordinário houve arguição de violação ao princípio constitucional da igualdade ou da proporcionalidade por conta de suposta segregação espacial promovida pela lei. O debate se deu de modo praticamente exclusivo em torno da reserva de plano diretor. O recurso extraordinário também não aponta a inexistência de plano diretor que atenda aos requisitos do Estatuto da Cidade e nem discorre sobre a falta de planos diretores locais, partindo da premissa de que o vigente PDOT – Plano Diretor de Ordenamento Territorial é o plano exigido pela Constituição.

⁵⁰ Não votou o Ministro Celso de Mello, por ausência justificada na sessão em que se completou o julgamento.

vez que lhe cabem apenas as “exigências fundamentais de ordenação da cidade” (art. 182, § 2º, da Constituição)⁵¹.

Vale a pena transcrever os trechos mais relevantes dos votos vencedores proferidos no julgamento, começando pelo voto do relator, Ministro Teori Zavascki:

Todavia, nem toda a matéria urbanística deve estar necessariamente contida nesse Plano, cujo conteúdo material não tem delimitação objetivamente estanque no texto constitucional. Tanto no *caput*, quanto nos dois parágrafos subsequentes do artigo 182, a Constituição utiliza locuções dotadas de significativo grau de indeterminabilidade semântica para se referir ao conteúdo do plano diretor, tais como “*diretrizes gerais*” (*caput*), “*instrumento básico*” (§ 1º) e “*exigências fundamentais de ordenação*”. Essa indeterminação conceitual abre espaço a legítimos preenchimentos valorativos que, sem comprometimento do núcleo normativo essencial, atendam circunstâncias especiais de espaço e de tempo.

Decerto, os preceitos em questão determinam seja o plano diretor instrumento básico, geral e fundamental da política de desenvolvimento e expansão urbana. Isso significa que o plano há de possuir um certo grau de universalidade na percepção dos espaços habitáveis da cidade, princípio de inteireza sem o qual ficaria ele inapto para fins a que deve servir, de construir um planejamento coeso do desenvolvimento e da expansão distrital. Contudo, isso não conduz, necessariamente, à conclusão de que todas as formas de parcelamento, uso ou ocupação do solo devam estar inteiramente disciplinadas pela Lei do Plano Diretor. Há determinados modos de aproveitamento do solo urbano que, pelas suas singularidades, podem, legitimamente, receber disciplina jurídica autônoma. (...)

(...)

É justamente isso o que acontece com a regulamentação dessa forma diferenciada de aproveitamento do solo que se convencionou chamar de “loteamento fechado”. A rigor, a aprovação de uma lei urbanística especial para tratar sobre aspectos de economia interna dessas espécies impróprias de loteamentos não traduz, por si só, qualquer descompromisso com a ideia de globalidade que há de estar presente no plano diretor. Bastaria, para manter a coesão do planejamento da cidade, que o plano diretor considerasse, em seu interior, os zoneamentos da cidade habilitados a receber parcelamentos diferenciados como aquele previsto na Lei Complementar 710/2005. Em outras palavras, o coeficiente de generalidade que a Constituição exige para o plano diretor não determina que ele apresente uma regulamentação detalhada a respeito de cada umas das formas admissíveis de aproveitamento do solo, mas apenas que ele indique onde poderão ser aplicadas essas diferentes modalidades de urbanização no plano global da cidade.

Não há como afirmar, portanto, apenas à luz dos §§ 1º e 2º do artigo 182 da Constituição, que a matéria tratada na Lei Distrital 710/2005 deveria necessariamente estar contida no regime jurídico próprio do Plano Diretor. É bom lembrar, nesse particular, que o Capítulo III do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) também não incluiu os modos de parcelamento, uso e ocupação do solo como parte do conteúdo mínimo dos planos

⁵¹ O acerto da aplicação destes conceitos ao caso concreto é questão absolutamente diversa; uma análise crítica dos votos proferidos que abrangesse este aspecto dependeria do estudo minucioso da Lei Complementar Distrital nº 710/2005 e de todo o complexo ordenamento jurídico urbanístico local do Distrito Federal, tema que extrapola o escopo desta dissertação.

diretores. Pelo contrário. Ao designar os instrumentos do planejamento municipal, o art. 4º, III, da Lei 10.257/01 indica, em dispositivos separados, o plano diretor – alínea “a” – e disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo – alínea “b” –, o que sugere a possibilidade de positividade dessas matérias em diplomas diversos.

O raciocínio do relator é complementado pelo Ministro Luiz Fux que, em seu voto-vista, ressaltou que a lei específica deve observar as normas contidas no Plano Diretor:

Fica claro, portanto, que o Plano Diretor é o instrumento legal que dita a atuação do Município ou Distrito Federal quanto ao ordenamento urbano, traçando suas linhas gerais, porém a sua execução pode se dar mediante a expedição de outras leis e decretos, desde que guardem conformidade com o Plano Diretor.

No caso em exame, verifico que a lei impugnada, ao dispor de forma específica sobre projetos urbanísticos com diretrizes especiais para unidades autônomas, apenas deu execução às determinações gerais do Plano Diretor, não o alterando. Nisso não há qualquer violação ao artigo 182, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, como já acentuado acima.

Se, por outro lado, as disposições da lei objeto de impugnação pelo recurso extraordinário contrariam as diretrizes do Plano Diretor, trata-se de matéria infraconstitucional, cujo enfrentamento por este Supremo Tribunal Federal é vedado pela Súmula 280 da sua jurisprudência.

A tese firmada pelo tribunal por força do reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário em questão foi a seguinte:

Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor.

Apesar da equivocada referência a municípios com mais de vinte mil habitantes – uma vez que há municípios com população inferior obrigados a ter plano diretor pelo art. 41 do Estatuto da Cidade e mesmo aqueles para quem a elaboração é facultativa submeter-se ao mesmo regime se optarem pela edição deste plano –, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral é consistente e reconhece que a Constituição estabeleceu uma reserva *relativa* de plano diretor em relação à ordenação da cidade, mas não uma reserva *absoluta*⁵², ou seja, não é indispensável que o plano diretor esgote a ordenação urbanística, bastando que estabeleça diretrizes, ou seja, parâmetros que funcionem como “exigências fundamentais” (art. 182, § 2º, da Constituição). Destarte, desde que os aspectos

⁵² Sobre a distinção: XAVIER, Alberto. O princípio da legalidade no Brasil. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 120 e 126-128, jul./set. 1987. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 156-157. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 426-427. Carlos Ari Sundfeld formula distinção similar entre reserva geral ou genérica e reserva específica de lei (*Direito administrativo para céticos*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 257-260). Para Thiago Marrara, trata-se de reserva legal em sentido amplo e reserva legal em sentido estrito (As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 27, 2014).

fundamentais, enumerados em lei federal de normas gerais, estejam regulados no plano diretor, é admissível a edição de outras leis municipais de Direito Urbanístico⁵³, com ele compatíveis.

Assim, uma vez estabelecida a premissa de que o plano diretor não é uma lei exauriente da competência urbanística municipal, a flexibilização de índices urbanísticos decorrente das operações urbanas consorciadas pode ser considerada compatível com o art. 182 da Constituição e portanto constitucional, desde que sua instituição seja “baseada no plano diretor” (art. 32, *caput*, do Estatuto da Cidade).

Este entendimento é coerente com a escala de planejamento adotada na operação urbana consorciada, que, por tratar de uma área delimitada da cidade, é maior que a escala do planejamento geral adotada no plano diretor e por isso possibilita o tratamento urbanístico mais preciso, detalhado e estudado para o perímetro em renovação. A este respeito, é interessante a síntese de Camila Maleronka, que chama de projeto urbano o instrumento de planejamento que versa sobre um segmento da cidade, tal como o plano da operação urbana consorciada:

Certamente, o projeto urbano não é mais entendido como um subproduto do plano. Não se trata de planejar em escala ampliada para depois se aproximar do objeto de intervenção. Tampouco admite-se ignorar o todo para tratar isoladamente das partes. A noção que prevalece é de uma relação horizontal e aberta entre plano e projeto, na qual o diálogo entre as escalas é fundamental.⁵⁴

1.2.2 – Imposição constitucional da compatibilidade entre operação urbana consorciada e plano diretor

Se a Constituição considera o plano diretor o instrumento básico da política urbana e o veículo para expressão de exigências de ordenação da cidade (art. 182, §§ 1º e 2º), é indispensável que os demais atos jurídicos urbanísticos municipais, administrativos ou

⁵³ Neste particular, merece reparos a redação do art. 151, *caput*, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que estabelece o seguinte: “A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor e na legislação urbanística dele decorrente.” Embora seja admissível legislação decorrente do plano diretor, como visto, as exigências *fundamentais* devem estar contidas no próprio plano diretor, e não nesta legislação.

⁵⁴ MALERONKA, Camila. *Projeto e gestão na metrópole contemporânea*: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana. 2010. 212 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 44. O conceito de projeto urbano e sua relação com o plano é discutido pela autora nas p. 40-46. O Plano Diretor do Município de São Paulo trata dos projetos de intervenção urbanística, que podem ser implementados por operação urbana consorciada (art. 134, § 5º, I). Em sentido similar, em relação ao ordenamento jurídico português: OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 458-459.

parlamentares, sejam compatíveis com ele.

O Estatuto da Cidade tão somente refletiu esta exigência constitucional ao estabelecer que a operação urbana consorciada deve ser “baseada no plano diretor” (art. 32, *caput*).

Para além da correta constatação de que não é possível operação urbana consorciada em município que não conte com plano diretor⁵⁵, é necessário esclarecer em que consiste esta relação, uma vez que a operação implica flexibilização – e, portanto, modificação, ainda que pontual e mediante contrapartida – de regras estabelecidas pelo próprio plano diretor. Assim, como pode fazê-lo e ainda assim ser compatível com ele?

Em que consiste a relação de fundamentação da operação urbana no plano diretor? Basta que este preveja a possibilidade de adoção do instrumento no município, repetindo ou fazendo remissão ao Estatuto da Cidade⁵⁶? É necessário que o próprio plano diretor delimite as áreas em que podem ser desenvolvidas as operações⁵⁷ e estabeleça limites para a flexibilização que pode ser adotada?

Considerando que o objetivo da operação urbana consorciada, como visto na seção anterior deste capítulo, é a renovação urbana e que esta só deve ser promovida em áreas específicas, a definição de quais são estas áreas deve ser considerada uma decisão de caráter fundamental na política urbana municipal, integrante, assim, das “exigências fundamentais de ordenação da cidade” (art. 182, § 2º, da Constituição). É neste sentido que devem ser interpretados os arts. 32, *caput*, e 42, II, do Estatuto da Cidade, conforme salienta Thiago Riccio:

Para atender a seu conteúdo mínimo, não basta que o plano diretor reproduza os artigos 32 a 34-A. Mais que isso, cabe-lhe indicar – ainda que na escala da cidade – as “manchas” no território suscetíveis às operações. A delimitação detalhada da área em escala local permanecerá a cargo da

⁵⁵ OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74. A constatação pode ser mais complexa do que parece à primeira vista, considerando que uma lei municipal que se apresenta como plano diretor, mas não promove a ordenação da cidade por meio do conteúdo mínimo deste plano fixado em lei federal, não é, em verdade, um plano diretor; não havendo no ordenamento local outra lei aprovada com as mesmas exigências procedimentais que o plano diretor e que tenha este conteúdo mínimo (as mais das vezes uma lei de uso e ocupação do solo), é possível que se esteja diante de uma cidade sem plano diretor.

⁵⁶ É o que faz o Plano Diretor do Município de Betim (Lei Municipal nº 4.574/2007), integrante da Região Metropolitana de Belo Horizonte, que se limita a listar a operação urbana consorciada entre os instrumentos para execução do próprio plano diretor (art. 62, XIV), repetir a definição do Estatuto da Cidade e estabelecer que lei municipal disporá sobre o tema (art. 84). A Lei de Uso e Ocupação do Solo local (Lei Municipal nº 5.386/2012) nada dispõe a respeito das operações urbanas consorciadas.

⁵⁷ O art. 137 do Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014) estabelece que podem ser instituídas novas operações urbanas consorciadas na macroárea de estruturação metropolitana. Contudo, o art. 141, parágrafo único, exclui da exigência o perímetro expandido da operação, em que podem ser aplicados os investimentos, mas não utilizados os benefícios urbanísticos. No Município do Rio de Janeiro, também há delimitação no Anexo IV do Plano Diretor (Lei Complementar Municipal nº 111/2011), conforme prevê seu art. 91.

lei específica, porém, limitada às áreas predispostas no plano diretor como propícias a transformações estratégicas. Essa é a leitura que concilia a função do plano diretor como instrumento básico da política urbana (art. 182, §1º, da CR/88), com seu conteúdo mínimo exigido pelo Estatuto da Cidade (art. 42, II) e com a atribuição da lei da OUC de delimitar sua área de incidência (art. 32, *caput*).⁵⁸

Portanto, é inconstitucional norma do plano diretor que estabeleça, por exemplo, que todo o território do município pode receber operações urbanas consorciadas⁵⁹.

Por outro lado, não há necessidade de que o plano diretor nomeie ou preveja explicitamente cada operação urbana consorciada, como exige o ilegal art. 5º, II, da Instrução nº 401/2003 da Comissão de Valores Mobiliários, nem que estabeleça suas finalidades específicas ou a “enumeração sumária das ações, programas e projetos a serem realizados que constituam a concretização das diretrizes gerais do Estatuto da Cidade”, como pretende Paulo Lomar⁶⁰. Contudo, se o fizer, a operação urbana consorciada deve observar estas determinações, que podem ser detalhadas, mas não modificadas pela lei municipal que institui a operação. Em relação a estes e quaisquer outros aspectos da operação urbana consorciada que não a delimitação de áreas para renovação urbana, não há reserva de plano diretor, mas apenas primazia em relação à lei específica⁶¹.

Esta relação de primazia distingue a relação entre plano diretor e outras leis municipais da relação entre lei complementar e lei ordinária em matéria tributária. Segundo

⁵⁸ RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 168.

⁵⁹ Neste sentido é a norma do art. 69, *caput, in fine*, do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 7.165/1996, com redação dada pela Lei Municipal nº 9.959/2010), que dispõe: “Operação Urbana Consorciada é o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Executivo Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, *podendo ocorrer em qualquer área do Município*” (grifo nosso). A despeito desta previsão, o art. 69-A e os Anexos IV e IV-A do Plano Diretor delimitaram áreas para operações urbanas consorciadas, que podem ser validamente instituídas, sendo inconstitucional apenas a primeira parte deste dispositivo, segundo a qual as áreas seriam listadas “sem prejuízo de outras que venham a ser instituídas por lei específica”. Também padece da mesma inconstitucionalidade o art. 141, parágrafo único, do Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014), que exclui da obrigatoriedade de delimitação pelo Plano Diretor o perímetro expandido da operação.

⁶⁰ LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). 4a ed. *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2014. p. 260-261.

⁶¹ Sobre a legalidade como primazia (ou preferência ou preeminência) da lei em contraponto à reserva de lei: MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. t. I. p. 95-98. XAVIER, Alberto. O princípio da legalidade no Brasil. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 117-120, jul./set. 1987. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 153-154. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 255-261. MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 25-28, 2014.

a interpretação dominante na jurisprudência⁶², há apenas reserva de lei complementar, mas não primazia sobre a lei ordinária; assim, se a lei complementar tratar de tema que extravasa a reserva, a norma extravagante pode ser revogada por lei ordinária. O raciocínio é, a princípio, inaplicável ao plano diretor, uma vez que a Constituição não especifica os temas a ele reservados, valendo-se da cláusula geral “exigências fundamentais de ordenação da cidade”, o que deixa espaço para que o próprio plano extravase o que o Estatuto da Cidade define como seu conteúdo “mínimo” (art. 43).

Nada impede, contudo, que a lei orgânica municipal disponha em sentido diverso e permita a modificação de normas do plano diretor que extrapolem seu conteúdo mínimo por procedimento diverso da alteração das normas sujeitas a reserva de plano, replicando assim, no âmbito urbanístico, as regras da relação entre lei complementar e lei ordinária em matéria tributária. Esta possibilidade decorre do reconhecimento de que nem a Constituição nem a legislação federal esgotaram a definição do objeto do plano diretor.

Evidentemente, mesmo observada a primazia acima descrita, a operação urbana consorciada pode extrapolar os índices urbanísticos previstos no plano diretor na instituição dos benefícios previstos no art. 32, § 1º, I, do Estatuto da Cidade; caso contrário, ela se tornaria inviável. Esta flexibilização não caracteriza violação do plano diretor, desde que este já preveja áreas suscetíveis de receber tais operações, o que implica admissão da possibilidade de modificação dos índices. A observância destes parâmetros urbanísticos não deixa de ocorrer em um sentido distinto daquele que ocorre na aplicação cotidiana do plano diretor: a operação só exige contrapartidas pelos benefícios que extrapolam os parâmetros gerais do plano diretor, e não por outros; desta forma, tais parâmetros são observados, ou seja, levados em conta na concepção da operação. Se o plano diretor estabelecer limites para a flexibilização dos parâmetros – o que não é obrigatório nem usual⁶³ –, seja de modo geral para todas as operações urbanas consorciadas ou de modo específico para uma específica operação, tais limites devem ser observados, tendo em vista a já explicada primazia.

Na hipótese de incompatibilidade, vale a pena questionar se a lei que aprova a operação urbana consorciada pode promover a alteração ou revogação de norma do próprio

⁶² Recurso Extraordinário nº 377.457/PR, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2008 e relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

⁶³ O Estatuto da Cidade exige a fixação de limites para a outorga onerosa do direito de construir, por meio da fixação no plano diretor de um coeficiente de aproveitamento máximo (art. 28, § 3º), mas não para a flexibilização decorrente de operação urbana consorciada. A diferença de tratamento é coerente, já que os recursos financeiros arrecadados por meio da outorga onerosa podem ser aplicados em toda a cidade (art. 31) e não necessariamente proporcionarão renovação urbana da área que foi adensada, ao contrário do que ocorre na operação urbana consorciada (art. 33, § 1º).

plano diretor, tendo em vista que a lei posterior revoga a anterior se dispuser em sentido contrário (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

É mais clara a resposta negativa se a lei modificadora não tiver sido formulada por meio de procedimento com tantas ou maiores oportunidades de participação e debate quanto as previstas para projeto de modificação do plano diretor na lei orgânica municipal e no art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade⁶⁴. Do mesmo modo, é evidente a impossibilidade de modificação do plano diretor se a lei que institui a operação urbana consorciada não tiver sido aprovada por maioria tão ou mais qualificada quanto a exigida na lei orgânica municipal para aprovação ou modificação do plano diretor. Nestas duas situações, é evidente que a alteração é uma forma de burlar exigências legais do processo específico de elaboração de plano diretor, o que caracteriza nulidade.

Contudo, mesmo que estas duas circunstâncias estejam ausentes, a resposta ao questionamento deve ser negativa⁶⁵.

A Constituição previu que o plano diretor dispõe sobre as exigências fundamentais de ordenação da cidade, reconhecendo seu status diferenciado das demais leis municipais⁶⁶, sobretudo leis de efeitos concretos como a que aprova uma operação urbana consorciada, lei em sentido formal (ato do Poder Legislativo), porém ato administrativo em sentido material, por não ser dotada do atributo da abstração, mas, ao contrário, referir-se a um empreendimento específico de renovação urbana de uma área delimitada da cidade. Portanto, o plano diretor é relevante parâmetro de controle da operação urbana consorciada⁶⁷, que não pode modificá-lo.

Ademais, o Estatuto da Cidade exige que a operação urbana consorciada seja aprovada por lei específica (art. 32, *caput*), o que inviabiliza que esta lei trate de outras

⁶⁴ Embora o dispositivo mencione apenas a “elaboração” de plano diretor, a inexistência de norma distinta no Estatuto da Cidade leva à conclusão de que ele é aplicável também à modificação ou revisão do plano, por paralelismo das formas.

⁶⁵ BATISTELA, Marcos. Operações urbanas consorciadas. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 274. Em sentido contrário: CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 343.

⁶⁶ APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. Plano Diretor como parâmetro de aferição de validade material das leis urbanísticas municipais. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 81-85, mar. 2014.

⁶⁷ Ainda que várias de suas disposições também sejam atos administrativos em sentido material, como a que estabelece qual área da cidade pode ser objeto de operação urbana consorciada. Para uma boa síntese da discussão doutrinária a respeito da natureza do plano diretor, cf. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 99-104.

questões, como a alteração do plano diretor⁶⁸.

Ainda que a lei da operação urbana seja precedida de audiências públicas e conte com ampla participação popular e discussão parlamentar e jornalística, as opiniões e debates não considerarão a visão global da cidade como os realizados na tramitação do projeto de plano diretor, de sorte que é inviável equipará-las. A importância excepcional do plano diretor justifica a conclusão de que proposta para sua modificação deve ser desde o início descrita e anunciada como tal, para que a população tenha a oportunidade de avaliar com clareza a importância de mobilizar esforços para influenciar a decisão governamental e parlamentar, avaliação que será distinta daquela realizada se a medida for descrita simplesmente como parte da instituição de uma operação urbana consorciada.

Todavia, nada impede que, antes da aprovação da lei da operação urbana consorciada, outra lei específica reforme, ampla ou pontualmente⁶⁹, o plano diretor para modificar as áreas que podem ser objeto de operação urbana consorciada ou alterar determinada norma geral ou específica para viabilizar alguma medida de seu plano urbanístico, desde que isto não seja vedado por lei estadual⁷⁰ nem pela lei orgânica municipal⁷¹.

A tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 607.940/DF reconhece esta relação entre plano diretor e demais leis urbanísticas, conforme percebido com acuidade pelo Ministro Luís Roberto Barroso em intervenção durante a sessão de julgamento em que foi apresentado o voto-vista do Ministro

⁶⁸ Por esta razão são ilícitos os arts. 5º a 7º da Lei Complementar nº 101/2009 do Município do Rio de Janeiro, que, além de instituir a Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro, alteraram e inseriram dispositivos no Plano Diretor do Município de Rio de Janeiro.

⁶⁹ No julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 607.940/DF, uma intervenção do Ministro Dias Toffoli sugere que só seria viável a revisão global do Plano Diretor, sendo inconstitucional uma modificação pontual, ainda que por lei específica. Contudo, este ponto não chegou a ser debatido pelos demais ministros da Corte, devendo ser considerado *obiter dictum*.

⁷⁰ Como já dito, o plano diretor é tema de direito urbanístico, sobre o qual a União editou normas gerais no Estatuto da Cidade, que podem ser complementadas por lei estadual (art. 24, I e § 2º, da Constituição) e, na sua ausência, por lei municipal (art. 30, II, da Constituição). Eventual norma sobre estabilidade do plano diretor é referente ao seu regime jurídico, e não sobre a relação entre parlamento e administração pública local.

⁷¹ No Município de São Paulo, por exemplo, a lei orgânica estabelece que o plano diretor só pode ser alterado uma vez por ano, salvo se a lei modificadora for aprovada pelo quorum de dois terços dos vereadores (art. 40, § 5º, III), ainda mais qualificado que o de três quintos exigido para modificações usuais no plano diretor (art. 40, § 4º, II). A redação do art. 46, alterado pela Emenda nº 18/1995, é a seguinte: “Art. 46 - A legislação referente ao Plano Diretor e ao zoneamento urbano, poderá ser alterada uma vez por ano, observado o disposto no art. 41 desta Lei. § 1º - Para os efeitos do presente artigo será considerado o ano em que a lei tenha sido aprovada pela Câmara Municipal. § 2º - Ficam excluídas do disposto no ‘caput’ deste artigo as alterações constantes de leis específicas que atendam às seguintes condições: a) sejam aprovadas com o quorum estabelecido para a alteração da Lei Orgânica do Município; e b) contenham dispositivo que autorize a exclusão do previsto no ‘caput’ deste artigo.” É discutível se a exigência de maiorias tão qualificadas é compatível com o princípio majoritário inerente à democracia. A discussão, contudo, extrapola o objeto desta dissertação.

Dias Toffoli:

Portanto, o que o Ministro Toffoli em última análise está propondo é que (...) se alguma lei pretender dispor de maneira divergente do plano diretor, é imperativo, primeiro, a modificação do plano diretor. Portanto, eu acho que isso resolve o nosso problema; quer dizer, qualquer lei que pretenda dispor em sentido contrastante com o plano diretor, dependerá de uma prévia e específica alteração do plano diretor.

1.2.3 – Rejeição da concepção da operação urbana consorciada como curinga da política urbana

Considerando a exigência de que a operação urbana consorciada seja baseada no plano diretor, que deve indicar as áreas suscetíveis de renovação urbana por este instrumento, é inadequada a concepção do instituto como uma “carta ‘curinga’ do baralho de instrumentos do Estatuto da Cidade, no sentido de que ela pode ser utilizada em diferentes contextos, para atender a necessidades distintas do Poder Público Municipal e, sobretudo, com o poder de alterar toda e qualquer regra de planejamento inserta no Plano Diretor e vigente na região da cidade em que ela será implementada”⁷², analogia insustentável, mas que descreve muito bem a concepção vigente entre muitos administradores públicos e empreendedores privados.

Parafraseando a afirmação de Dieter Grimm⁷³, se mal interpretadas, sobretudo quanto às suas relações com o plano diretor, as operações urbanas podem deixar de atuar ao lado do planejamento urbano previsto na Constituição e passar a atuar em seu lugar, substituindo-o e funcionando simplesmente como uma indesejável válvula de escape para o casuísmo urbanístico, a ponto de transformar o plano diretor previsto constitucionalmente em um conjunto de normas de aplicação quase subsidiária ou dispositiva.

⁷² ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: FERNANDES, Edésio; _____ (Coord.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 289-290. A própria autora parece não adotar inteiramente as consequências de sua metáfora, ao afirmar que a operação urbana consorciada não pode “propor aberrações em relação ao modelo espacial proposto pelo Plano”. A metáfora de Alfonsin também é criticada em OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 98.

⁷³ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 286. A afirmação é a seguinte: “Entrementes, há processos de negociação em todos os níveis estatais e versando sobre todos os temas. Já há algum tempo, a administração pública negocia com particulares e não apenas onde dispõe de margens constitutivas de direito, mas também onde se trata de execução da lei como, por exemplo, no direito tributário. Na justiça, especialmente na justiça criminal, negociações encontram-se agora em ponto de avanço. Mas, nesse ínterim, sobretudo no nível da tomada de decisões políticas, a negociação foi colocada na ordem do dia. A qualquer tempo, é possível ler a respeito de negociações desse tipo na imprensa. As conversas sobre energia são apenas um exemplo recente. Mas falta um entendimento de que, aqui, emergiu um novo tipo de compreensão das tarefas estatais que, em parte, surge ao lado e, em parte, no lugar dos tipos previstos constitucionalmente.”

Ironicamente, este papel distorcido da operação urbana consorciada poderia ser representado por uma outra faceta da mesma carta de baralho mencionada por Alfonsin: o bufão (*joker*), aquele que se deixa enganar.

Por outro lado, Thiago Riccio concebe o instituto, não como um “instrumento de exceção”, mas sim “de execução, em escala local, das ‘exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’ (art. 39, Estatuto da Cidade)”⁷⁴.

A assertiva só faz sentido se o plano diretor estabelecer o dever de implementação da operação urbana consorciada. Caso contrário, a operação é providência autônoma, ainda que baseada no plano diretor, uma vez que sua instituição é facultativa⁷⁵. Ela se integra na política urbana, mas não é mera execução do plano diretor, até porque constitui inovação substancial em relação ao que ele estabelece, mesmo que haja uma relação de compatibilidade, como exige a Constituição.

Portanto, não se pode negar que o instituto implica a possibilidade de certa flexibilização do planejamento urbanístico da cidade, mas apenas para a renovação urbana de área bem delimitada, com objetivos específicos indicados com transparência e compatibilidade com o plano diretor, e não como panaceia para contornar quaisquer obstáculos jurídicos a determinado projeto.

1.3 - A natureza jurídica da operação urbana consorciada

1.3.1 – Necessidade de destrinchar os atos envolvidos nas operações urbanas consorciadas antes de definir sua natureza jurídica

A definição da natureza jurídica de um instituto é um mecanismo classificatório da dogmática jurídica que visa a facilitar a identificação de um conjunto de normas jurídicas aplicáveis a certo conjunto de fatos identificados por afinidade temática e, assim, manter certa coerência e unidade no estudo e na aplicação do ordenamento jurídico.

Trata-se de um processo cognitivo que pode ser enquadrado naquilo que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann denomina “redução de complexidade”⁷⁶, indispensável à

⁷⁴ RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 167.

⁷⁵ A questão tem repercussão na obrigatoriedade de realização de audiências públicas, tendo em vista que o art. 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade as exige na implementação do plano diretor. O tema será estudado no capítulo 3 da primeira parte desta dissertação.

⁷⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 43-45. Tradução livre: “Redução de complexidade

operacionalidade da dogmática jurídica.

Uma vez identificada a natureza jurídica do objeto de estudo ou aplicação, advém a consequência esperada: a aplicabilidade a este objeto das normas que regem a classe, conceito ou instituto⁷⁷ em que ele se insere, respeitadas eventuais especificidades. Portanto, se o objeto é, por exemplo, um bem público de uso comum, um contrato administrativo ou um decreto regulamentar, aplicam-se-lhe as normas previstas no ordenamento jurídico para estes institutos, o que facilita significativamente o trabalho tanto do estudioso quanto do operador jurídico.

É por esta razão que a dogmática frequentemente se esmera na busca desta identificação. Não será diferente nesta dissertação.

Em primeiro lugar, é indispensável a compreensão de que a definição da natureza jurídica da operação urbana consorciada será inútil se a classe em que o intérprete a enquadrar não implicar a incidência de um conjunto de normas jurídicas. Portanto, ainda que verdadeiras, são de pouca utilidade definições como as que consideram que a operação urbana consorciada é um “instrumento”⁷⁸, um “empreendimento urbano”⁷⁹ ou uma parceria

significa manutenção seletiva de um âmbito de possibilidades com bases estruturais. São as estruturas que determinam quanta complexidade interna pode criar e tolerar um sistema. A manutenção e a redução de complexidade dependem das referidas estruturas, que selecionam previamente as possibilidades de relacionar elementos entre si.” (p. 45). O texto original em língua espanhola é o seguinte: “Reducción de complejidad significa mantenimiento selectivo de un ámbito de posibilidades con bases estructurales. Son las estructuras las que determinan cuánta complejidad interna puede crear y tolerar un sistema. El mantenimiento y la reducción de complejidad dependen de dichas estructuras, que preseleccionan las posibilidades de relacionar elementos entre sí.” O conceito não contém qualquer conotação depreciativa; ao contrário, a redução de complexidade é inerente ao funcionamento dos sistemas de uma sociedade complexa como a atual.

⁷⁷ Como esclarece Carlos Bastide Horbach, instituto “é a expressão utilizada para designar o conjunto de regras e princípios que regem certas situações de direito, sendo, portanto, um complexo ordenado de normas configurando um todo coerente em torno de uma parte específica de um objeto de um ramo do Direito” (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 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121).

⁷⁸ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243.

⁷⁹ OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 70. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 163. Nenhum dos dois autores se dá por satisfeito com esta definição, buscando a natureza jurídica do instituto na noção de procedimento administrativo.

público-privada em sentido amplo⁸⁰, a que é inaplicável a Lei nº 11.079/2004⁸¹, já que nenhuma destas figuras tem qualquer regime jurídico definido.

Embora o enquadramento do instituto como “instrumento” da política urbana decorra da própria lei (art. 4º, V, *n*, do Estatuto da Cidade), não se pode deixar de reconhecer que “aquilo que para o urbanismo e a técnica do urbanismo costuma ser qualificado como ‘instrumento’ não existe enquanto conceito jurídico operacional”⁸². A assertiva também é válida para a caracterização da operação urbana consorciada como “empreendimento urbano”, que apenas denota que o instituto envolve um conjunto de atividades voltadas à consecução de um objetivo.

Quanto à parceria, apesar da excessiva generalidade do termo, se tomarmos como premissa que ele abrange “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores públicos e privado, para a consecução de fins de interesse público”⁸³, a operação urbana consorciada não se enquadra no conceito, pois o particular adquire potencial construtivo ou urbanístico mediante contraprestação e não atua diretamente para a consecução da renovação urbana, que é o objetivo de interesse público em questão. Ainda que as contraprestações sejam de interesse público – ou não constariam no plano da operação –, elas são apenas a obrigação que o particular precisa cumprir para gozar dos benefícios urbanísticos de seu interesse. Classificar a assunção desta obrigação como colaboração inerente a uma parceria equivale a igualar todo e qualquer contrato entre uma entidade da administração pública e um particular a uma parceria, tornando este último

⁸⁰ COSTA, Camila Maia Pyramo. Operações urbanas consorciadas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, n. 6, p. 544-545, nov./dez. 2002. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. 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 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 215. ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: FERNANDES, Edésio; _____ (Coord.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 293. NOVIS, Mariana. *O regime jurídico da concessão urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 126.

⁸¹ SILVA, Marco Aurélio Barcelos. Mecanismos de atuação estatal: as parcerias público-privadas (PPPs). *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, n. 6, p. 126, jul./set. 2004. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 145.

⁸² BATISTELA, Marcos. Alguns aspectos jurídicos para a comparação do instituto da operação urbana consorciada com o método Land Readjustment aplicado no Japão. In: MONTANDON, Daniel Todtmann; SOUZA, Felipe Francisco de Souza. *Land Readjustment e operações urbanas consorciadas*. São Paulo: Romano Guerra, 2007. p. 144. A amplitude do termo “instrumento” também é destacada em ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. In: MEDAUAR, Odete; _____ (Coord.). *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 9a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 24.

conceito redundante e, portanto, inútil⁸⁴. A referência do art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade a “participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados” não basta para afastar a conclusão, pois implica reconhecimento da necessidade de manifestação de vontade dos particulares, o que não se confunde com adesão ao objetivo de interesse público.

O conforto que a doutrina busca ao utilizar o termo parceria ao invés de contrato explica-se pela maior indeterminação daquele no imaginário jurídico e pelo fato deste último conceito ser associado a restrições formais e ao regime traçado pela Lei nº 8.666/1993. Contudo, com a indeterminação excessiva da classe utilizada vem a inutilidade da classificação para ampliar o conhecimento do objeto.

A conclusão não se modifica em razão do advento da Lei nº 13.334/2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI no âmbito da Administração Pública Federal e definiu em seu art. 1º, § 2º, que são contratos de parceria “a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante”. Embora a operação urbana consorciada se inclua neste amplo conceito, por envolver, como se verá, a exploração de um bem público tal como ocorre no arrendamento e na concessão de direito real, o dispositivo legal em tela tem finalidade precipuamente administrativa, ou seja, determina o enquadramento de certos empreendimentos em programa federal de incentivo, mas não estabelece qualquer regime jurídico destes contratos, que é um tema alheio à Lei nº 13.334/2016.

Constitui significativo avanço sobre as definições excessivamente genéricas acima descritas a obra de Karlin Olbertz, que conclui que a natureza jurídica da operação urbana consorciada é de procedimento administrativo, “composto de atos urbanísticos unilaterais, de atuação e de controle; de atos urbanísticos bilaterais, e de atos materiais de execução”⁸⁵.

Apesar disso, a definição é insuficiente, por duas razões.

Em primeiro lugar, falta o elemento do encadeamento dos atos vinculados à

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 303. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 146.

⁸⁵ OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 70-71.

prolação de um ato final, que é inerente ao conceito tanto de processo quanto de procedimento administrativo⁸⁶. Não há, na operação urbana consorciada, um ato final precisamente identificável, mas sim conjuntos de atos que podem se desenvolver segundo determinada ordem ou de modo paralelo ou concomitante, formando uma verdadeira rede de procedimentos administrativos, sem que se possa identificar a linearidade pressuposta na definição em tela. É neste sentido a pertinente advertência de Guilherme Reisdorfer:

Ademais, enquanto o procedimento é entendido como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos”, a estrutura da operação urbana consorciada possibilita uma série de interações do Estado com os agentes privados e destes entre si. Essas interações podem envolver procedimentos administrativos específicos e não necessariamente concatenados entre si, de modo a resultar na prática de atos administrativos unilaterais, na adoção de mecanismos convencionais entre os envolvidos e no desempenho de atos materiais propriamente ditos. Por esse ângulo, a operação urbana consorciada teria de ser entendida como um procedimento composto por uma pluralidade de outros procedimentos nela inseridos.⁸⁷

A ponderação de Reisdorfer foi contemplada na definição dada por Alexandre Levin:

A operação urbana consorciada é um conjunto integrado por atos, contratos e procedimentos administrativos voltados ao cumprimento de objetivos de política urbana, definidos na lei específica que cria a intervenção.⁸⁸

Em segundo lugar, a caracterização em análise – assim como a acima transcrita – apresenta uma dificuldade metodológica que é a tentativa de encontrar a natureza jurídica do instituto por meio de uma análise excessivamente abrangente, que procura englobar todos os atos a ele relacionados, ao invés de se concentrar no ato que constitui o seu cerne (que não necessariamente é o ato final de um procedimento).

Se esta abrangência excessiva na busca da natureza jurídica for aplicada a outros institutos do direito administrativo, chegar-se-á à conclusão de que também são procedimentos administrativos (ou redes deles) integrados por atos de diversas naturezas.

⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 197-199.

⁸⁷ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Atuação privada na atividade urbanística: planejamento e contratualização*. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 85. Ao publicar a versão revisada de sua dissertação de mestrado, o autor suprimiu este trecho, o que indica que ele pode não refletir seu entendimento atual (*Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 223). Optou-se por manter a citação, uma vez que, de toda sorte, reflete o entendimento adotado na presente dissertação. No mesmo sentido do trecho transcrito: LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 178.

⁸⁸ LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 180.

A desapropriação, por exemplo, envolve diversos atos antecedentes, mas que podem ser estudados de modo autônomo, como estimativa de impacto orçamentário-financeiro (art. 16, § 4º, II, da Lei Complementar nº 101/2000), declaração de utilidade pública (art. 6º do Decreto-lei nº 3.365/1941) e aprovação de projeto de implantação de distrito industrial, que pode ser considerado uma espécie de plano urbanístico (art. 5º, § 2º)⁸⁹. Pode haver necessidade de autorização parlamentar específica na hipótese de desapropriação de bem público (art. 2º, § 2º) e um acordo entre as partes pode substituir a necessidade da desapropriação por decisão unilateral do Poder Público (art. 10). Em algumas hipóteses, a desapropriação pode ser feita por particular delegatário de função pública, autorizado por lei ou por contrato (art. 3º). Mesmo após a incorporação do bem desapropriado ao patrimônio público, sua utilização para finalidade distinta da que fundamentou a declaração de utilidade pública pode, a depender da hipótese, gerar direito de preferência para re aquisição pelo expropriado (art. 512 do Código Civil) ou direito a indenização⁹⁰. Pode ainda haver revenda (art. 4º), ou seja, outro contrato, em regra dependente de prévia licitação. Como não bastasse, o descumprimento do devido processo e do dever de prévia indenização pode caracterizar desapropriação indireta, criação da jurisprudência para conciliar a intangibilidade da obra pública e o direito de propriedade.

Como se vê, a desapropriação pode combinar atos unilaterais, contratos, planos urbanísticos, autorização parlamentar e decisões judiciais, anteriores e posteriores ao que constitui seu cerne: a aquisição originária e coativa da propriedade (art. 1.275, V, do Código Civil). Ela se desenvolve em processo administrativo, em que se deve garantir o contraditório e a ampla defesa⁹¹. Em grandes empreendimentos, a desapropriação de uma série de imóveis pode se desenvolver concomitantemente e o atraso de apenas uma pode levar, por exemplo, à rescisão de contrato administrativo por falta de liberação de frentes de trabalho (art. 79, XVI, da Lei nº 8.666/1993), um procedimento administrativo distinto, embora faticamente conectado à desapropriação a ponto de constituir elemento para fundamentação da urgência na imissão provisória na posse do imóvel (art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/1941).

Nem por isso a doutrina especializada considera a desapropriação um objeto excessivamente complexo para ser estudado com base nos conceitos atualmente existentes

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 368.

⁹⁰ O tema é controvertido. Uma síntese bastante clara pode ser encontrada em MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 426-430.

⁹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição das desapropriações para fins urbanísticos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 980-981, ago. 2012.

na dogmática do direito administrativo⁹² ou adota conceituações excessivamente abstratas para defini-la. A dificuldade pode estar no pouco tempo de teorização e aplicação prática da operação urbana consorciada e não em uma suposta complexidade a ela inerente.

Outra dificuldade identificada pela doutrina para definir a natureza jurídica da operação urbana consorciada é a suposta multilateralidade das relações dela decorrentes, o que para Toshio Mukai levaria à formação de um contrato plúrimo⁹³, e para Guilherme Reisdorfer inviabilizaria sua classificação como contrato, mesmo que plurilateral, já que este pressuporia conjugação de esforços para consecução de uma finalidade comum, elemento inexistente na operação urbana consorciada⁹⁴.

A operação urbana consorciada não envolve contratos multi ou plurilaterais, mas sim uma série de contratos bilaterais⁹⁵, que podem ser considerados conexos, o que é diverso. Neste ponto, ela não se diferencia de uma desapropriação de vários imóveis contíguos pertencentes a proprietários diversos para uma mesma finalidade de utilidade pública – cada uma delas um ato distinto precedido de um procedimento distinto, ainda que conectados por fatos comuns – ou da incorporação de imóveis regida pela Lei nº 4.591/1964, que implica a

⁹² A respeito da operação urbana consorciada, afirma Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer: “Parece claro que a dogmática tradicional não é apta a explicar esse instituto de forma global e precisa, abarcando a complexidade a ele inerente.” (*Atuação privada na atividade urbanística: planejamento e contratualização*. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 87). Na publicação da versão revisada da dissertação de mestrado, a frase foi suprimida, mas o autor passou a ser referir a um “descolamento do direito urbanístico em face da dogmática administrativa tradicional”, o que demonstra que seu posicionamento foi, em essência, mantido (*Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 224).

⁹³ MUKAI, Toshio. Operações urbanas consorciadas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, n. 34, p. 84, jul./ago. 2007. Para uma crítica a este artigo, cf. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 182.

⁹⁴ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Atuação privada na atividade urbanística: planejamento e contratualização*. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 83-84. Ao publicar a versão revisada de sua dissertação de mestrado, o autor suprimiu o trecho referente ao contrato plurilateral, mas continuou a negar que a operação urbana consorciada possa ser considerada um contrato, o que pode ser interpretado como manutenção de sua posição (*Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 223). Convém lembrar que há outros contratos plurilaterais que, ao contrário da associação ou sociedade, não pressupõem a consecução de uma finalidade comum, como os existentes no âmbito da previdência complementar. A este respeito, cf. ALMEIDA, Milton. Teoria do contrato plurilateral de previdência complementar. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 98, p. 54-62, jul./dez. 2008. A admissibilidade dos contratos plurilaterais de troca permanece, contudo, polêmica na doutrina, como se vê em MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos ligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122, que cita outros exemplos como “cessão de posição contratual, contrato de transação com mais de duas partes, contrato de divisão de bens com mais de duas partes”.

⁹⁵ Por contratos bilaterais entendo os que têm apenas dois polos, a despeito de reconhecer que a doutrina do direito privado utiliza a expressão para se referir aos efeitos dos contratos, e não à sua formação. A este respeito, cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. p. 135-137.

venda de diversas unidades autônomas componentes de um mesmo edifício regido por uma mesma convenção de condomínio, mediante contratos diversos entre o vendedor e cada um dos compradores, ainda que os diversos compradores possam se reunir em assembleia e eleger uma comissão de representantes (arts. 49 e 50 da Lei nº 4.591/1964), o que demonstra a existência de relação jurídica entre eles. O mesmo fenômeno ocorre com os loteamentos, em que há uma série de contratos de promessa de compra e venda de lotes entre o loteador e cada adquirente, que não são contratos plurilaterais, e isto ao menos desde o Decreto-lei nº 58/1937, não constituindo qualquer inovação recente no ordenamento jurídico brasileiro.

Nestas situações, como na operação urbana consorciada, há uma coligação indireta entre relações jurídicas⁹⁶. No exemplo da desapropriação de bens imóveis contíguos, esta coligação é por identidade do titular, já que os bens integrarão uma universalidade de fato, ou seja, uma “pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária” (art. 90 do Código Civil). Nos exemplos da incorporação e do loteamento, a coligação é por identidade parcial da prestação e fruição simultânea, pois a infraestrutura do loteamento e as áreas e instalações comuns do edifício serão únicas para todos os adquirentes de lotes ou unidades autônomas, ainda que haja áreas de propriedade e fruição exclusiva de cada adquirente⁹⁷.

Esta coligação indireta entre relações jurídicas é justamente o que ocorre na operação urbana consorciada, em que as “intervenções e medidas” a que se refere o art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade formam um “conjunto”. As adesões à operação por diferentes proprietários, moradores, investidores e usuários estão indiretamente coligadas pela identidade da prestação pública detalhada no plano urbanístico e de fruição simultânea por todos, que constitui a destinação unitária dos bens ou recursos decorrentes das contrapartidas, que formam uma universalidade de fato. Contudo, é vã a tentativa de definição da natureza jurídica do conjunto, dada a heterogeneidade dos atos jurídicos envolvidos, o que, como visto, não constitui peculiaridade do instituto em estudo; o que interessa, portanto, é definir a natureza jurídica do cerne do instrumento e então estudar os

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 743-747.

⁹⁷ Pietro Perlingieri oferece o seguinte exemplo de identidade de prestação, sem mencionar se seria total ou parcial: “Imagine-se uma companhia de atores que deva encenar em um teatro. Entre a companhia e os adquirentes dos ingressos surge uma pluralidade de relações obrigacionais (cada espectador é credor): todas as relações se extinguem com o cumprimento de uma única prestação (o espetáculo). A coligação não é ocasional, mas decorrente da natureza da atividade do devedor” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 744-745). No exemplo transcrito, é possível apontar diferença entre os credores decorrente do conforto e posição dos assentos, o que torna a identidade da prestação apenas parcial, como nos exemplos do corpo do texto (loteamento e incorporação).

demais atos que compõem a periferia da rede de procedimentos em função de sua relação com o centro conceitual.

1.3.2 – Caráter sinalagmático da majoração do coeficiente de aproveitamento e de outras alterações nas possibilidades de aproveitamento do solo urbano em relação à contraprestação do beneficiário

O art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade caracteriza a operação urbana consorciada como um “conjunto de intervenções e medidas”.

As medidas, embora de modo exemplificativo, estão indicadas no § 2º do próprio art. 32, envolvendo modificação de índices urbanísticos e normas edilícias (inciso I), regularização de obras realizadas ilegalmente (inciso II) e a concessão de incentivos a tecnologias de menor impacto ambiental (inciso III, acrescentado pela Lei nº 12.836/2013⁹⁸). É o próprio Estatuto da Cidade que as qualifica como “benefícios” (art. 33, VI), reconhecendo que implicam ampliação da possibilidade de aproveitamento⁹⁹ do solo urbano, não só mediante aumento do coeficiente de aproveitamento – índice urbanístico formado pelo quociente entre a área edificável (dividendo) e a área do terreno (divisor), na forma do art. 28, § 1º, do Estatuto da Cidade –, mas também pela flexibilização de outros índices urbanísticos como taxa de permeabilidade e cota de terreno por unidade habitacional e pela ampliação dos usos permitidos para a edificação, como admissão de determinado uso comercial em área antes exclusivamente residencial, por exemplo.

Este incremento da possibilidade de aproveitamento do imóvel não é traduzido por um conceito jurídico determinado, pois o de solo criado é restrito à edificação acima do coeficiente de aproveitamento básico¹⁰⁰, que é apenas um dos aspectos que podem ser flexibilizados na operação urbana consorciada e têm valor econômico para proprietários e ocupantes de imóveis em seu perímetro.

Para atender a esta necessidade, tendo em vista que a expressão não foi incorporada

⁹⁸ A adoção de tecnologias que reduzam o impacto ambiental é contrapartida, e não benefício. O inciso III não especifica qual será o benefício oferecido no plano da operação urbana para alcançar este objetivo, mas podem ser os indicados nos dois incisos anteriores ou outros, até porque o § 2º do art. 32 já deixava claro, antes do acréscimo redacional da Lei nº 12.836/2013, que a enumeração das medidas ou benefícios é exemplificativa. Portanto, esta alteração legislativa apenas explicita o que já era possível antes de seu advento.

⁹⁹ O termo “aproveitamento” é utilizado pelo art. 182, § 4º, da Constituição como gênero que engloba as espécies parcelamento, ocupação e uso do solo. Contudo, na expressão “coeficiente de aproveitamento”, o termo tem significado mais restrito, referente apenas à ocupação, e não ao parcelamento ou uso do solo.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 258 e 264. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 238.

pela legislação federal, é possível ampliar o conceito doutrinário de solo criado, de modo a abranger todo e qualquer incremento na possibilidade de aproveitamento lícito¹⁰¹ de um terreno¹⁰² urbano em relação ao que é permitido pela legislação urbanística sem que esta exija contraprestação do interessado¹⁰³, incluindo mas não se limitando à extrapolação do coeficiente de aproveitamento básico. Outra possibilidade é cunhar uma nova expressão mais ampla que a acepção atual de solo criado, como potencial urbanístico¹⁰⁴, por exemplo. Nesta dissertação, a opção será pela utilização do novo sentido acima estipulado para a expressão “solo criado”.

O Estatuto da Cidade também estabelece que estes benefícios – que chamamos solo criado em sentido amplo – só podem ser concedidos mediante “contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados”, prevista no plano da operação urbana consorciada “em função da utilização dos benefícios” (art. 33, VI).

Contrapartida é a obrigação assumida pelo beneficiário de transferência voluntária de recursos públicos ou de empréstimo de instituições de fomento de investir determinado montante de seus próprios recursos na consecução da finalidade que justifica a transferência ou empréstimo. É neste sentido que o termo é utilizado no art. 25, § 1º, IV, *d*, da Lei Complementar nº 101/2000 e na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2016 (art. 6º, § 11, 53, 76, 77 e 80 da Lei nº 13.242/2015).

Na operação urbana consorciada, tal como na outorga onerosa do direito de construir ou de uso, em que também há exigência de contrapartida (arts. 28, 29 e 30, III, do Estatuto da Cidade), não há o interesse comum entre as partes que caracteriza o convênio. Ao contrário, o interesse do adquirente do solo criado é no benefício urbanístico que lhe permite incrementar o aproveitamento de seu imóvel; já o interesse do município é na contraprestação do interessado, seja ela financeira ou não.

Também não há em nenhum dos dois institutos a faculdade de exercício da atividade independentemente da participação do poder público que caracteriza o objeto do fomento, já que o particular não pode extrapolar as normas urbanísticas ordinárias sem

¹⁰¹ O adjetivo “lícito” é importante para que se inclua no conceito a regularização de edificações irregulares (art. 32, § 2º, II do Estatuto da Cidade), em que há aproveitamento ilícito do terreno.

¹⁰² O termo “terreno” é utilizado como sinônimo de objeto de propriedade imobiliária, abrangendo lotes e glebas.

¹⁰³ A não exigência de contraprestação se refere ao aproveitamento que é possível sem utilização do solo criado. Já a utilização do solo criado, como se verá mais adiante, pressupõe sua alienação ao interessado, que é onerosa, salvo na hipótese de isenção prevista em lei (art. 30, II, do Estatuto da Cidade).

¹⁰⁴ A expressão é similar a “potencial construtivo” (PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 235), mas pretende deixar mais clara a abrangência de possibilidades de uso, e não apenas de edificação.

aquisição do solo criado. Portanto, o município não busca incentivar, induzir ou fomentar por prêmio uma atividade privada¹⁰⁵, mas sim obter contraprestação por determinado benefício que tem valor econômico. É verdade que é possível fomento no âmbito da operação urbana consorciada ou da outorga onerosa do direito de construir, por meio da isenção de contrapartida pelo solo criado ou por exigência de uma contrapartida que não integre o patrimônio público¹⁰⁶, mas não pela simples alienação de um bem público pelo mais alto valor possível. Todavia, naquela hipótese, o fomento é acidental, de modo que não deve ser levado em conta na definição da natureza jurídica do instituto em tela.

Portanto, o Estatuto da Cidade utiliza o termo “contrapartida” em sentido mais amplo, como sinônimo de contraprestação, conforme esclarece Diógenes Gasparini:

Contrapartida é a coisa de interesse público que o beneficiário da compra do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento entrega ao Município. É expressão ampla que significa uma compensação, recompensa, ou contrapeso em dinheiro (entrega de certo valor), em bens (doação de área para alargamento de via pública), em construção (execução de um viaduto) ou em serviço (execução da pintura de um prédio público) por alguma coisa que foi feita. É o que ocorre com a outorga onerosa do direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento, prevista pelo *Estatuto da Cidade* e regulamentada pelo plano diretor e por lei específica municipal. Para que o beneficiário desse direito possa exercê-lo cabe-lhe, salvo as hipóteses de isenção, realizar a devida contrapartida.

107

O Estatuto da Cidade também estabelece que as contrapartidas são devidas “em função da utilização dos benefícios” (art. 33, VI), ou seja, a existência dos benefícios – ou,

¹⁰⁵ Em sentido contrário, SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 3. p. 523-531. SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 158. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 172-173. VIANA, Camila Rocha Cunha. A formação concertada de políticas públicas urbanísticas e o exemplo das operações urbanas consorciadas. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 23, mar./jun. 2014. A ampliação do conceito de fomento o tornaria inútil por confundi-lo com uma função geral do ordenamento jurídico, que é influenciar condutas. A não ser no uso vulgar – e não jurídico – da linguagem, não se pode dizer que, ao criminalizar o homicídio, o art. 121 do Código Penal “fomenta” o respeito à vida e nem que, ao pagar ao contratado no âmbito de um contrato de empreitada de obra pública, a entidade pública esteja a “fomentar” a construção de um prédio público. O fomento pressupõe que seja lícito e possível o desempenho da atividade incentivada mesmo sem a medida estatal, como ocorre, por exemplo, com a pesquisa científica fomentada pela concessão de bolsas ou o desenvolvimento de um empreendimento econômico fomentado por financiamentos de bancos públicos em condições mais vantajosas que as de mercado. Neste sentido, cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4. p. 413.

¹⁰⁶ Por exemplo, a manutenção do funcionamento de um hospital privado que se valeu de outorga de direito de construir pelo período de cinquenta anos, como previsto no art. 14-G, II e § 2º, da Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 7.166/1996).

¹⁰⁷ GASPARINI, Diógenes. Outorga onerosa do direito de construir. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 47, p. 59-60, jan./fev. 2008. Grifo do autor.

no conceito utilizado nesta dissertação, a aquisição do solo criado – é a causa da contraprestação. Por sua vez, o município institui os benefícios para obter a contrapartida e, por meio dela, alcançar as finalidades previstas no art. 26 do Estatuto da Cidade, no caso da outorga onerosa, ou financiar as intervenções necessárias à renovação urbana, no caso da operação urbana consorciada; assim, a contraprestação também é a causa da outorga dos benefícios. Na classificação de Fernando Dias Menezes de Almeida, trata-se de módulo convencional instrumental¹⁰⁸. Em outras palavras, há uma relação jurídica sinalagmática¹⁰⁹ ou correspectiva, como explica Haroldo Verçosa:

Quando se fala da correspectividade das prestações se está a dizer que a prestação de uma das partes encontra remuneração na prestação da outra. Isto se dá em função da existência de um sinalagma, como seja, uma ligação entre os elementos específicos dos contratos de escambo, nos quais as partes são credoras e devedoras recíprocas de prestações designadas como sinalagmáticas ou interdependentes.¹¹⁰

Do caráter sinalagmático da alienação do solo criado, extrai-se a aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil) e a possibilidade, ainda que ausente cláusula expressa, da parte prejudicada optar pela resolução do contrato na hipótese do inadimplemento da prestação da parte contrária¹¹¹.

Por ser a relação entre adquirente e alienante de natureza obrigacional – o sinalagma, convém lembrar, é nota distintiva de uma obrigação, dever que tem por objeto uma prestação de interesse da outra parte –, não se pode qualificar a contraprestação do adquirente do solo criado como ônus, conceito utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 387.047/SC¹¹². Uma vez assumida voluntariamente a obrigação, seu descumprimento não é uma faculdade, ainda que possa

¹⁰⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 284-287. Os outros módulos convencionais são de cooperação, concessão e substitutivo de decisão unilateral (p. 237-240 e 297-298).

¹⁰⁹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 153.

¹¹⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. p. 125-126. No mesmo sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual. As chamadas causas dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 93, p. 224-225, maio/jun. 2014.

¹¹¹ FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125-126. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

¹¹² Recurso Extraordinário nº 387.047/SC, relatado pelo Ministro Eros Grau e julgado pelo Plenário em 6 de março de 2008. O relator sustentou que seria um ônus e o Ministro Ricardo Lewandowski apontou que seria uma indenização. Nenhuma das duas teses é acolhida nesta dissertação. Por outro lado, está em conformidade com o que se sustenta neste trabalho a rejeição da tese do recorrente de que a contraprestação pelo solo criado teria natureza jurídica de tributo. Em texto publicado antes do advento do Estatuto da Cidade, Carlos Ari Sunfeld caracteriza o direito de edificar como bem público transacionável com particulares, tal como se faz nesta dissertação, porém considera sua aquisição um ônus, tal como o Ministro Eros Grau (*Direito de construir e novos institutos urbanísticos*. *Direito*, São Paulo, n. 2, p. 11 e 31, 1995).

acarretar a perda do direito de exigir a prestação de que é causa, entre outras sanções decorrentes do acordo de vontades.

1.3.3 – Natureza jurídica de contrato de alienação de bem público com afetação das contraprestações

A própria denominação do instituto em estudo – operação urbana *consorciada* – sugere, em razão do seu último termo, a reflexão acerca da sua relação com acordo de vontades¹¹³. De início e em razão do que até aqui se sustentou, é perceptível que o adjetivo “consorciada” não tem qualquer relação com os consórcios da Lei nº 11.107/2005. Ao contrário, tem sentido amplo e por isso não se qualifica como razão para restringir a busca do tipo de ajuste de vontades existente no bojo da operação urbana consorciada.

O ponto de partida nesta busca pode ser o art. 34 do Estatuto da Cidade, que estabelece que os certificados de potencial adicional de construção – títulos representativos do solo criado – são “alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação”.

A doutrina aponta que o solo criado é bem público independente do terreno ao qual pode aderir¹¹⁴. Portanto, ao atribuir, mediante contraprestação, benefícios urbanísticos que permitem o incremento do aproveitamento do terreno, o município realmente está alienando este bem público. Ainda que ele seja dado em pagamento ou contraprestação no bojo de um contrato de empreitada de obra pública ou mesmo em um contrato de concessão urbanística (art. 6º, IV e V, da Lei nº 11.079/2004)¹¹⁵, como permite o citado art. 34, a alienação será um elemento deste contrato, que pode ser considerado misto¹¹⁶.

¹¹³ SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 149.

¹¹⁴ GRAU, Eros. *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 81. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 238. OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 118. MELONCINI, Maria Isabela Haro. Os certificados de potencial adicional de construção (Cepacs): a “moeda” das operações urbanas consorciadas. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 131, mar. 2014. RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 203 e 251.

¹¹⁵ A definição de qual é o contrato depende do ponto de vista adotado; ele tanto pode ser interpretado como um contrato de empreitada ou concessão com pagamento ou contraprestação por meio da cessão de bem público quanto como um contrato de alienação de bem público com pagamento por meio da prestação de um serviço ou realização de uma obra pública.

¹¹⁶ “Se os contratos mistos são aqueles que resultam da combinação de elementos de diferentes contratos, formando uma espécie contratual não esquematizada em lei e se desta combinação de elementos de diferentes

A alienação do solo criado é o cerne não apenas da operação urbana consorciada, mas também da outorga onerosa de direito de construir e de uso¹¹⁷. Na operação urbana consorciada, contudo, a alienação é composta de uma cláusula especial, de grande relevância: a afetação obrigatória da contraprestação recebida do cessionário pelo cedente, que integra uma universalidade de fato¹¹⁸ (art. 90 do Código Civil) que só pode ser aplicada no âmbito da operação urbana consorciada (art. 33, § 1º, do Estatuto da Cidade), segundo os parâmetros fixados no plano da operação, previamente aprovado pela Câmara Municipal, o que não ocorre na outorga onerosa nem na transferência do direito de construir, em que a afetação, além de constituída de modo geral e abstrato (arts. 26, 31 e 35 do Estatuto da Cidade), não integra o contrato, por não influenciar na prestação de nenhuma das partes.

Na operação urbana consorciada, ao contrário, a afetação das contrapartidas influencia diretamente o preço do solo criado alienado (ou o valor do bem dado em permuta), pois a previsão de realização das intervenções planejadas aptas a propiciar renovação urbana pode acarretar valorização dos imóveis inseridos no perímetro da operação e, conseqüentemente, aumento do preço do solo criado destinado a aderir a estes mesmos imóveis. Portanto, a afetação integra o contrato e sua observância é direito do adquirente do solo criado. Ainda que o Estatuto da Cidade não defina critérios para modificação nas intervenções inseridas no plano da operação – o que deve ser feito no próprio plano e no termo contratual porventura celebrado entre as partes –, já há a regra imperativa de que a aplicação dos recursos obtidos por meio de contraprestação deve ser feita na própria operação urbana. Caso esta regra seja violada, surge para o adquirente do solo criado o

contratos, resulta uma unicidade que é o que, afinal, claramente os caracteriza, não há razão para se confundir os contratos mistos – assim definidos – com os contratos coligados, uma vez que, nestes, não se combinam elementos de vários contratos, simplesmente, mas o que se dá é a combinação de contratos completos. Por isso, nos contratos coligados há uma pluralidade de contratos, e a combinação deles não resulta, como nos contratos mistos, numa unicidade” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 97, p. 131, 2002).

¹¹⁷ A transferência do direito de construir regulada pelo art. 35 do Estatuto da Cidade também se vale do solo criado e seu beneficiário inicial pode tanto incorporar o benefício urbanístico a outro imóvel ou celebrar contrato de alienação do bem a terceiro. Mesmo nesta hipótese, o solo criado se origina como bem público que, por simplificação administrativa, é atribuído desde logo ao beneficiário. Contudo, a relação entre este beneficiário inicial e o município não parece ser sempre de natureza contratual, uma vez que a restrição ao potencial construtivo do imóvel para preservação ambiental ou cultural, por exemplo, pode decorrer de ato unilateral do poder público. A natureza contratual existirá, contudo, na hipótese do benefício ter sido gerado pelo que o art. 35, § 1º do Estatuto da Cidade chama de “doação” de imóvel ao poder público, que é, na verdade, uma permuta – denominação imprópria utilizada pela falta de outro termo com clareza equivalente – de bem imóvel por solo criado.

¹¹⁸ A afetação de contraprestação também foi a solução encontrada pelo legislador para oferecer maior segurança aos adquirentes de imóveis vendidos no regime de incorporação, como se vê no art. 31-A da Lei nº 4.591/1964, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004, que revogou a inserção anterior feita pela Medida Provisória nº 2.221/2001.

direito de ser indenizado¹¹⁹.

A coligação indireta das relações jurídicas decorrentes de cada alienação realizada no bojo da operação implica que a afetação estabelecida como dever não é apenas a da contraprestação daquela específica alienação, mas de toda a universalidade de fato formada pelo conjunto das contraprestações de todas as alienações de solo criado realizadas na operação, tal como ocorre no patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias regido pela Lei nº 4.591/1964.

Nada impede a fixação contratual de deveres ou prestações acessórias também para o adquirente, que pode ser obrigado, por exemplo, a observar padrões construtivos que reduzam impactos ambientais e consumo de recursos naturais (art. 32, § 1º, III, do Estatuto da Cidade) ou a incorporar o solo criado observando outros parâmetros urbanísticos menos permissivos que o da legislação ordinária (aumento de taxa de permeabilidade ou de cota mínima por unidade habitacional para reduzir o adensamento populacional, por exemplo, ou redução de número máximo de vagas para automóveis de modo a incentivar o uso do transporte coletivo), desde que estas exigências estejam contempladas no plano da operação urbana consorciada.

A alienação do solo criado com afetação das contrapartidas é o cerne da operação urbana consorciada, pois permite o financiamento das intervenções que, associadas às medidas urbanísticas previstas para a área, possibilitarão a renovação urbana, que é a finalidade do instituto. Os demais atos e procedimentos que integram a operação urbana devem ser estudados com atenção, mas podem ser considerados preparatórios ou decorrentes da combinação entre alienação e afetação, que são os elementos definidores do instituto.

1.3.3.1 – Solo criado como bem público

Considerando bens como “objetos que, com ou sem materialidade (é dizer, mesmo sem ser propriamente coisas), são dotados de utilidades suscetíveis de valoração

¹¹⁹ MELONCINI, Maria Isabela Haro. Os certificados de potencial adicional de construção (Cepacs): a “moeda” das operações urbanas consorciadas. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 122-123, mar. 2014. Se a alienação for similar a uma permuta – denominação imprópria utilizada pela falta de outra com clareza equivalente – de solo criado por imóvel inserido no perímetro da operação, o descumprimento da afetação presumivelmente afetará o valor de ambos, o que pode excluir o dano que é pressuposto do dever de indenizar. É possível que as intervenções planejadas valorizassem mais um imóvel que outro, mas nesta hipótese o fator decisivo não será a afetação das contraprestações, mas sim o regime do contrato (ou do plano da operação, que o integra) acerca da possibilidade de modificação nas intervenções, sem alteração da regra de que elas devem ocorrer na operação urbana consorciada em tela.

econômica”¹²⁰, não se pode negar que o solo criado se enquadra nesta categoria.

Floriano de Azevedo Marques apresenta dois critérios para a definição do caráter público de um bem: o da titularidade ou civilístico, pelo qual “públicos são os bens objeto de propriedade do ente público”¹²¹ e o funcionalista, pelo qual “o regime público recairá sobre os bens que estejam de alguma forma empregados numa utilidade de interesse geral”¹²².

O solo criado no âmbito das operações urbanas consorciadas se enquadra em qualquer dos dois critérios, pois é de titularidade do município e serve a uma finalidade pública que é o financiamento da renovação urbana por meio de sua alienação¹²³. Portanto, trata-se de bem público dominical¹²⁴, a não ser que se incorpore em um imóvel que também seja bem público; a partir da incorporação, o solo criado passará a ser acessório e seguirá a natureza do bem principal (arts. 79 e 92 do Código Civil).

Trata-se de bem público intangível¹²⁵, que não se enquadra no conceito de coisa – bem corpóreo¹²⁶ –, de modo que sua alienação se dá por meio de cessão¹²⁷, e não de compra e venda ou permuta, até porque é impossível a tradição exigida pelos arts. 237 e 1.267 do Código Civil. Apesar disso, nada impede que a cessão se dê por meio de contraprestação não

¹²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 51.

¹²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 116.

¹²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 117.

¹²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 428.

¹²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 152. No mesmo sentido, o art. 116 do Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.054/2014) estabelece em seu art. 116, *caput*: “O potencial construtivo adicional é bem jurídico dominical de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais”. Em verdade, a titularidade do bem é do município e as referidas funções urbanísticas e ambientais (na verdade, afetação) são da contraprestação recebida pela alienação do solo criado; considerando que a alienação deste tem por causa a obtenção da contraprestação, é possível afirmar que indiretamente ele assume as mesmas funções desta.

¹²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 238. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 52.

¹²⁶ Acerca deste conceito e das controvérsias terminológicas a seu respeito, cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. p. 7-10. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 40-44 e 49-52.

¹²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 7. p. 18. Este é o termo utilizado tanto pela Lei de Propriedade Intelectual (arts. 134 e 135 da Lei nº 9.279/1996) quanto pela Lei de Direitos Autorais (art. 50 da Lei nº 9.610/1998). A diferença entre cessão e compra e venda fica mais evidente na análise dos arts. 357 e 358 do Código Civil, que tratam da dação de pagamento, embora o art. 358 se valha do termo “coisa” para se referir a bem incorpóreo, discrepando da nomenclatura observada por outros dispositivos do código.

pecuniária do cessionário, com efeitos similares à permuta.

Além disso, o solo criado é bem fungível, divisível e móvel até que seja incorporado em determinado bem imóvel, passando a se confundir com ele (art. 79 do Código Civil).

Se a aquisição se der por meio de certificado de potencial adicional de construção (CEPAC), o imóvel ao qual o solo criado será incorporado será definido posteriormente pelo adquirente ou por quem sucedê-lo na titularidade do solo criado¹²⁸ por meio de escolha dentre os imóveis que atendem os requisitos previstos no plano diretor e na lei instituidora da operação urbana consorciada. Trata-se de obrigação alternativa decorrente do contrato, em que a escolha cabe ao credor, por ato de execução contratual, e não celebração de novo contrato de alienação como se poderia concluir equivocadamente a partir da leitura literal do art. 34, § 2º, do Estatuto da Cidade e do art. 143, § 4º, do Plano Diretor do Município de São Paulo¹²⁹.

A divisibilidade do bem possibilita o fracionamento de sua utilização em imóveis diversos ou em um mesmo imóvel em momentos distintos, salvo cláusula contratual em sentido contrário que o torne indivisível (art. 88 do Código Civil).

Por ser bem móvel, a alienação do solo criado não depende, em regra, de escritura pública, sendo inaplicável o art. 108 do Código Civil. Contudo, na alienação, de um particular¹³⁰ a outro, do solo criado gerado por força da transferência do direito de construir, a escritura pública é exigida pelo art. 35 do Estatuto da Cidade, mesmo sendo o bem móvel. A escritura também será necessária se a contraprestação do adquirente do solo criado for dar um bem imóvel, mas isto ocorrerá pelo fato do contrato versar também sobre este imóvel, e não em razão da alienação do solo criado.

Após a incorporação do solo criado a determinado terreno, não é possível aproveitá-lo em outro, mesmo que a edificação inicial seja demolida, salvo disposição em sentido

¹²⁸ Em sentido contrário: MELONCINI, Maria Isabela Haro. Os certificados de potencial adicional de construção (Cepacs): a “moeda” das operações urbanas consorciadas. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 135, mar. 2014. Segundo a autora, os benefícios urbanísticos propiciados pela operação urbana decorreriam apenas da lei e não estariam representados nos CEPAC, o que implica o risco de que se torne inviável seu gozo pelo adquirente do título.

¹²⁹ “§ 4º Apresentado pedido de licença para construir ou para modificação de uso, os Certificados de Potencial Adicional de Construção - CEPAC serão utilizados no pagamento da contrapartida correspondente aos benefícios urbanísticos concedidos, respeitados os limites estabelecidos nas leis de cada Operação Urbana Consorciada.” Na verdade, o CEPAC não é utilizado no pagamento de contrapartida (na verdade, contraprestação), pois o pagamento já ocorreu no momento da aquisição do CEPAC, que é título representativo do solo criado.

¹³⁰ Neste trecho, como em todos os outros desta dissertação, deve ser equiparado ao particular a entidade pública que seja beneficiária da operação urbana consorciada por ser proprietária ou possuidora de bem imóvel em seu perímetro.

contrário no contrato de alienação¹³¹. Isto ocorre porque o solo criado é bem destinado à alienação e, portanto, consumível por força de norma legal dispositiva (art. 86 do Código Civil), que incide na inexistência de cláusula contratual em sentido diverso. Nada impede a demolição de edificação erguida com base nos parâmetros mais benéficos decorrentes do solo criado, mas, em regra, ele continua incorporado àquele imóvel e possibilitará apenas que nele seja erguida nova edificação que o considere para definição dos parâmetros urbanísticos a que deve se conformar.

1.3.3.2 – Caráter comutativo da alienação – Possibilidade de elementos aleatórios na afetação das contraprestações

Ao estabelecer que as contrapartidas são devidas “em função da utilização dos benefícios”, o art. 33, VI do Estatuto da Cidade determina que o plano da operação urbana consorciada busque equilíbrio entre dois termos da equação. Em outras palavras, deve haver equivalência das prestações¹³² ou comutatividade.

Esta comutatividade, contudo, é, a princípio, restrita ao elemento sinalagmático do contrato, ou seja, à relação entre solo criado (“benefícios”, na expressão da lei) e o preço ou coisa que constitui a contraprestação (“contrapartida”, na expressão da lei).

Não há sinalagma nem comutatividade necessária (cogente) em relação à afetação do conjunto das contraprestações da operação, ainda que ela tenha influído no preço. Como aponta José de Oliveira Ascensão, “pode um contrato gerar prestações para ambas as partes mas estas não serem interdependentes, como no caso de se contraporem à prestação principal dum apenas prestações acessórias doutro, desligadas da principal”¹³³. Em outras palavras, a contraposição ou correspectividade pode ser parcial. É o que ocorre na alienação de solo criado no âmbito de operação urbana consorciada, em que as prestações principais do cedente e do cessionário são correspectivas, mas há um dever acessório do cedente que se

¹³¹ Esta cláusula permissiva pode ser denominada cláusula de portabilidade do solo criado e foi prevista na Operação Urbana Consorciada Água Branca, no Município de São Paulo, conforme art. 45 da Lei Municipal nº 15.893/2013, que dispõe: “Art. 45. Os CEPACs poderão ser desvinculados de determinado lote, mediante o pagamento em dinheiro, à SP-Urbanismo, de uma multa por cada CEPAC desvinculado, equivalente a 10% (dez por cento) do valor do CEPAC no último leilão, atualizado por índice de correção monetária a ser definido em decreto.” Embora prevista na lei instituidora da operação, a norma se agrega ao contrato entre as partes. Neste específico caso, a portabilidade é onerosa, mas lícita, de modo que é equívoco qualificar seu preço como “multa”. Agradeço a José Antonio Aparecido Júnior pelo alerta a respeito desta especificidade.

¹³² Acerca da equivalência das prestações como elemento dos contratos sinalagmáticos, cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. p. 125-126.

¹³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 255. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27-28.

encontra fora do sinalagma e cujo cumprimento prescinde do adimplemento do cessionário, até mesmo por dizer respeito à operação como um todo, e não apenas a uma específica alienação, sendo inviável cogitar de seu descumprimento por força de exceção de contrato não cumprido.

Esta é a descrição do regime previsto no Estatuto da Cidade, mas este diploma legal não impede que o contrato estabeleça certa comutatividade também em relação à afetação, o que configuraria ampliação da segurança dos adquirentes de solo criado no âmbito da operação urbana consorciada.

A aplicação à operação da universalidade de fato formada pelo conjunto das contraprestações é certa, pois decorre de lei (art. 33, § 1º, do Estatuto da Cidade), mas a exata caracterização das intervenções planejadas pode não ser, se o plano da operação e o contrato de alienação permitirem seu posterior detalhamento ou sua modificação unilateral em razão, por exemplo, de eventos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. Este elemento, portanto, a depender das especificidades de cada operação urbana consorciada, pode ser dotado de aleatoriedade, não em relação à existência das intervenções, mas à sua exata qualidade e extensão, pois o Estatuto da Cidade exige que o plano da operação contenha um “programa básico” – e não exaustivo – “de ocupação da área” e não impede que ele seja alterado em razão de fatos supervenientes. A fixação do grau exato de aleatoriedade e comutatividade em relação a este dever acessório de afetação dependerá das disposições do contrato, estejam elas inseridas em um instrumento contratual ou apenas no plano da operação urbana consorciada ou no prospecto apresentado à Comissão de Valores Imobiliários. Esta definição equivale ao que, nos contratos de concessão, vem sendo chamado de repartição de riscos feita entre as partes¹³⁴, que é um elemento característico do objeto do contrato de alienação do solo criado em operação urbana consorciada (art. 55, I, da Lei nº 8.666/1993).

¹³⁴ “Como se pode deduzir do que expusemos até agora, transferir riscos, repartir, dividir ou alocar riscos são expressões muito próximas, geralmente utilizadas pela doutrina especializada para se referir à complexa atividade, inserida no processo de modelagem de uma concessão, de identificar os fatores de risco que poderão supervenientemente influenciar a execução do contrato e decidir sobre quem assumirá eventualmente o custeio direto dessas superveniências” (PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e nas parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 479). Embora dirigida às concessões, a observação é válida para outros contratos administrativos, sobretudo os de longa duração, inclusive a alienação de solo criado com afetação das contraprestações. Afinal, como esclarece Floriano de Azevedo Marques Neto, “em qualquer contrato” é possível “arbitrar riscos de forma mais equânime e amudada” (As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 306).

A definição do ponto ótimo entre comutatividade e aleatoriedade entre a contraprestação do adquirente e o dever do cedente de afetá-la a intervenções previstas no plano da operação (ou, em outras palavras, do modelo ou matriz de repartição de riscos mais vantajosa para a consecução da renovação urbana) dependerá de avaliação detalhada da área da operação e do mercado imobiliário local, que devem integrar o estudo de viabilidade econômica e financeira (EVEF). Este estudo, embora não esteja mencionado no Estatuto da Cidade, pode ser considerado parte integrante do estudo de impacto de vizinhança (EIV), obrigatório por força do art. 33, V, do estatuto e que deve conter análise de adensamento populacional, uso e ocupação do solo e valorização imobiliária (art. 37, I, III e IV, do mesmo diploma legal), o que é impossível sem abordar a viabilidade econômica e financeira do empreendimento. O EVEF pode ser redigido separadamente e divulgado como anexo do EIV ou pode estar disperso nos diversos itens deste último, sem o uso da denominação que tem se consagrado na praxe administrativa; o que importa é que as análises econômicas e financeiras sejam feitas e sirvam de subsídio para a adequada motivação da operação urbana consorciada e repartição de riscos¹³⁵.

A depender das especificidades identificadas pelos estudos, pode ser mais vantajoso reduzir a aleatoriedade da afetação para incrementar o preço potencial do solo criado ou ampliá-la de modo a repartir com os adquirentes riscos decorrentes do detalhamento ou da necessidade de adaptações no programa básico de ocupação da área (art. 33, II, do Estatuto da Cidade). A decisão sobre o ponto ótimo entre estes dois extremos¹³⁶, desde que observados os limites previstos no Estatuto da Cidade, os direitos dos particulares e a obrigatoriedade de motivação, é discricionária e envolve elementos que não são jurídicos, mas urbanísticos, econômicos, financeiros e políticos.

O incremento convencional da comutatividade não implica a extensão do sinalagma, que continua restrito à relação entre a prestação de dar solo criado e a contraprestação do adquirente, pois esta reciprocidade é explícita no art. 33, VI, do Estatuto da Cidade. Contudo, ainda assim tem repercussões relevantes no dever de restabelecimento de reequilíbrio econômico-financeiro e no dever de indenizar, mesmo que não autorize a

¹³⁵ Sobre o EVEF, cf. MONTEIRO, Livia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades*: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço. 2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 34-35, 168 e 224-226.

¹³⁶ Acerca de alguns fatores que devem ser levados em conta nesta decisão, cf. PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e nas parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Foriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução*: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 481-482.

resolução do contrato de alienação, salvo se houver cláusula resolutiva expressa.

Por fim, convém observar que o elemento obrigatoriamente comutativo do contrato não impede que o preço do solo criado seja fixado com base em fórmula estabelecida em lei ou no plano da operação ou por meio de leilão. A equivalência das prestações é estabelecida com base na fórmula legal ou na realidade de mercado consubstanciada no preço alcançado no leilão, não cabendo à administração pública ou a aos seus órgãos de controle, após consumada a alienação, revisar o preço a pretexto de observar o equilíbrio entre contraprestações, salvo na hipótese de má-fé no intuito de lesar o patrimônio público ou de circunstâncias que justifiquem o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tema que será abordado adiante.

1.3.3.3 – Aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 e do Código Civil

A alienação de bem público é expressamente reconhecida como contrato pela Constituição (art. 37, XXI) e pela Lei nº 8.666/1993 (arts. 1º, 2º e 17, entre outros). Não há dúvida, portanto, de que se trata de contrato administrativo, ao qual são aplicáveis subsidiariamente “as disposições de direito privado” (art. 54 da Lei nº 8.666/1993), contidas especialmente no Código Civil.

Apesar de importantes – tanto que citados várias vezes neste capítulo –, estes dois diplomas legais só podem ser aplicados na hipótese de não se encontrar solução na lei especial que trata deste específico contrato de alienação (embora sem lhe atribuir expressamente este nome): o Estatuto da Cidade. Vale a observação de Fernando Dias Menezes de Almeida:

E, com efeito, isto não impede – nem seria esta a intenção da Lei n. 8.666/93, até porque não factível – que outras leis estabeleçam diversos regimes jurídicos para outros *contratos*. Ou seja, enquanto gênero, *contrato* não pode remeter a um regime único, uniforme e completo, aplicável a todos os contratos celebrados pela Administração.

Dado o alcance amplo de sua definição de *contrato*, identifica-se na Lei o sentido de *lei geral*, que se aplica plenamente aos casos que expressamente prevê e subsidiariamente aos casos previstos em leis especiais.¹³⁷

As diferenças mais evidentes são no procedimento de contratação. O Estatuto da Cidade já define que a alienação ocorrerá mediante leilão de certificados de potencial adicional de construção (art. 34) ou pela cobrança direta do beneficiário conforme fórmula

¹³⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 203-204. Grifo do autor.

de fixação do preço¹³⁸ (art. 30, I).

A adoção desta última modalidade depende da inexistência de situação de mútua exclusão¹³⁹, ou seja, da possibilidade de atender concomitantemente a todos os interessados que preencham aos requisitos previamente fixados. Se o atendimento de alguns excluir o de outros, será necessária a licitação, ainda que regida por procedimento distinto daquele estabelecido pela Lei nº 8.666/1993.

Não haverá mútua exclusão se o estoque de solo criado tiver sido fixado apenas na escala do lote, e não da área de toda a operação ou de perímetros menores dentro desta área, pois todos os proprietários ou possuidores de terrenos na área da operação poderão adquirir o solo criado até o limite fixado para seu lote ou conjunto de lotes, tornando a concorrência desnecessária, tal como ocorre no credenciamento¹⁴⁰.

Por outro lado, se houver limitação do estoque por área e não apenas na escala do lote, de modo que apenas alguns proprietários ou possuidores aptos a tanto possam gozar dos benefícios da operação, o plano da operação urbana consorciada poderá prever que os primeiros a apresentar a contraprestação após decurso de prazo razoável fixado em chamamento público¹⁴¹ receberão o solo criado disponível – de modo a incentivar a arrecadação mais rápida de recursos para custear as intervenções previstas – ou optar pela emissão de certificados de potencial adicional de construção e sua alienação por leilão. Em ambos os casos terá ocorrido licitação, no sentido amplo de procedimento administrativo de competição¹⁴²; no primeiro, o critério de definição do cessionário do solo criado será temporal – será escolhido quem antes de apresentar para a aquisição; no segundo, o critério será a maior oferta, tal como é característica do leilão.

Caso o município opte pela utilização dos certificados de potencial adicional de construção para pagamento das obras necessárias à operação, como permitido expressamente pelo art. 34 do Estatuto da Cidade, deverá prever esta circunstância no edital de licitação

¹³⁸ Exemplo de fórmula pode ser encontrado no art. 117 do Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014).

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16a ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 58-59.

¹⁴⁰ A respeito do credenciamento, cf. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Credenciamento como instituto da administração consensual. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, n. 1, p. 22-27, set./out. 2013.

¹⁴¹ A necessidade de chamamento deriva não apenas do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição), mas da necessidade de minimizar o risco de favorecimento decorrente de informações privilegiadas.

¹⁴² Como salienta Carlos Ari Sundfeld, “as hipóteses às quais se aplica o procedimento da licitação não esgotam todos os meios em que, por criar-se para um particular um benefício pessoal direto não generalizável a todos os pretendentes, exige-se um procedimento” (Procedimentos administrativos de competição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 115, jul./set. 1987).

para contratação da obra pública, estabelecendo a taxa de conversão de reais para CEPAC¹⁴³, de modo a propiciar a transparência necessária a uma competição justa.

Portanto, são inaplicáveis os procedimentos de licitação e de reconhecimento de sua inexigibilidade previstos na Lei nº 8.666/1993, com exceção do seu art. 53, que regula o leilão. Os procedimentos que precedem a alienação do solo criado derivam do Estatuto da Cidade, da legislação municipal que o regulamenta e, no caso dos certificados de potencial adicional de construção, do já citado art. 53 da Lei nº 8.666/1993 e das normas referentes ao mercado de capitais.

Também são inaplicáveis os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 sobre duração (art. 57), alteração (art. 65) e rescisão do contrato por interesse público (art. 78, XII), já que a alienação tem uma dinâmica própria, a ponto da doutrina sustentar que se trata de contrato regido predominantemente pelo Direito Privado¹⁴⁴.

1.3.3.4 – Irrelevância da formalização de instrumento ou termo contratual

Não se deve confundir o contrato como ajuste de vontades com o documento em que eventualmente vem expresso, que pode ser denominado instrumento ou termo contratual, embora na linguagem comum a palavra contrato designe ambos, como esclarece João Baptista Villela: “Só por brevidade se chama de contrato ao *instrumento do contrato*, assim como se chama de lei ou código ao papel ou livro em que uma ou outro se acham exarados.”¹⁴⁵

A Lei nº 8.666/1993 permite, em alguns casos, a celebração de contratos administrativos sem instrumento de contrato (art. 62), que é substituído, por exemplo, por nota de empenho ou ordem de serviço. Em compras de baixo valor com pronto pagamento, a lei admite até mesmo o contrato administrativo verbal (art. 60, parágrafo único).

Portanto, a existência de instrumento ou termo contratual não é essencial à sua

¹⁴³ A exigência de apresentação da proposta de preço já em CEPAC contraria o art. 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993. Sendo possível conciliar o dispositivo com o Estatuto da Cidade por meio da previsão de taxa de conversão, não há razão para considerá-lo inaplicável.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 440. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 192-194. FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122-126. Hely Lopes Meirelles cita antigo precedente do Supremo Tribunal Federal para embasar seu entendimento, o Recurso em Mandado de Segurança nº 11.384/PR, relatado pelo Ministro Cândido da Motta e julgado em 11 de março de 1965.

¹⁴⁵ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 261, p. 28, jan./mar. 1978. Grifo do autor.

formação, nem no direito público¹⁴⁶ e nem no direito privado, em que basta a aceitação da proposta (arts. 427 e 434 do Código Civil).

O Estatuto da Cidade não exige a formalização de instrumento ou termo do contrato de alienação de solo criado. A legislação municipal pode dispor sobre o assunto, como fez o art. 65, § 2º do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 7.165/1996), que previu a celebração de um termo de conduta urbanística, antes mesmo da aprovação parlamentar da operação urbana.

Se a legislação municipal for omissa, nada impede que as partes decidam formalizar o negócio. Contudo, se não o fizerem, o plano da operação urbana consorciada aprovado pela Câmara Municipal deve ser considerado proposta de contratação e o ato do interessado de apresentar-se ao município para efetivar sua contraprestação deve ser considerado como aceitação, o que basta para caracterizar o contrato, sendo inaplicável o art. 55 da Lei nº 8.666/1993¹⁴⁷, uma vez que o Estatuto da Cidade contenta-se com a “contrapartida” (art. 33, VI). Se houver previsão de emissão de certificados de potencial adicional de construção, sua oferta pública em leilão caracteriza a oferta e o lance vencedor configura aceitação; nesta última hipótese, a determinação do exato imóvel ao qual será incorporado o solo criado se faz posteriormente por escolha do titular, já na execução contratual.

Apesar disso, a formalização de um instrumento contratual pode ser útil para regular questões relevantes que não integram o plano da operação urbana consorciada, como a aplicação de multas contratuais por inadimplemento de deveres acessórios, por exemplo, o que deve ser feito em conformidade com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993.

1.3.3.5 – Impossibilidade de imposição de adesão à operação e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Como o cerne da operação urbana consorciada é um contrato de alienação de bem público com afetação das contrapartidas, confirma-se que não é possível impor a seus destinatários a adesão à operação, que deve ser ato voluntário¹⁴⁸, uma vez que admitir um

¹⁴⁶ Defendendo a caracterização como contratual da relação entre o servidor público não celetista e a entidade pública a que está vinculado, a despeito da falta de instrumento contratual: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 89 e 154.

¹⁴⁷ Caso se opte pela celebração de instrumento ou termo contratual, o dispositivo será, contudo, aplicável, razão pela qual já foi até mesmo citado em trecho anterior deste capítulo.

¹⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito de construir e novos institutos urbanísticos. *Direito*, São Paulo, n. 2, p. 43, 1995. BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 171, jan. 2014.

contrato coativo seria uma contradição em termos¹⁴⁹.

Ainda que a operação urbana consorciada implique a adoção de normas e parâmetros urbanísticos extraordinários, eles só incidem se houver o acordo de declarações de vontade. Não se trata, portanto, de sobrezoneamento ou de simples regime urbanístico especial.

Em razão desta natureza jurídica contratual, aplica-se à alienação do solo criado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, da Constituição). Contudo, há duas peculiaridades do contrato em estudo que reduzem significativamente as possibilidades de sua efetiva aplicação: a) a depender do modelo de operação adotado no plano urbanístico, a possibilidade de alteração das intervenções previstas pode ser bem mais restrita que a usual em projetos cuja execução foi pactuada em contratos administrativos; b) o ingresso do bem alienado no patrimônio do adquirente inviabiliza mudanças unilaterais na sua extensão, que caracterizariam sacrifício de direito, dependente de prévia indenização (art. 5º, XXIV, da Constituição).

Ainda assim, remanesce um campo fértil para controvérsias deste tipo na hipótese de modificações no plano de ocupação do perímetro da operação que afetem o valor do solo criado alienado. Para sua solução, serão de grande importância: a) a alocação de riscos, que deverá constar no eventual termo contratual e ser esclarecida no prospecto apresentado à Comissão de Valores Mobiliários na hipótese de emissão de certificados de potencial adicional de construção, tema que envolve diversas variáveis complexas, de modo que sua abordagem detalhada extrapola o escopo desta dissertação; b) a compreensão de que a modificação das normas que regem uma específica operação urbana consorciada, ainda que se dê por lei, caracteriza alteração contratual, o que depende do estudo detido da lei instituidora da operação, a ser realizado no próximo capítulo desta dissertação.

¹⁴⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 121. Segundo o autor, “para que exista um contrato, há necessidade de manifestação voluntária de alguém, no mínimo para dar aquiescência a condições já fixadas de antemão.” A necessidade de adesão voluntária deriva do Estatuto da Cidade e é a partir dela que se pode constatar o caráter contratual do cerne do instituto; por isso, falou-se em confirmação, e não em consequência.

Capítulo 2

FUNÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL NA INSTITUIÇÃO DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

No capítulo anterior, procurou-se demonstrar que a reserva de plano diretor estabelecida pelo art. 182, § 2º, da Constituição é relativa e não impede o advento de outras leis municipais que versem sobre questões urbanísticas, entre elas a lei instituidora da operação urbana consorciada, prevista no art. 33, *caput*, do Estatuto da Cidade.

Por outro lado, apontou-se que a natureza jurídica da operação urbana consorciada é de contrato de alienação de um bem público, o solo criado, com afetação do conjunto de contraprestações dos adquirentes ao atendimento de intervenções previstas no plano urbanístico constante da lei instituidora da operação.

Como a adesão à operação – ou, em outras palavras, a celebração do contrato – é ato livre, sendo inviável compelir o particular a ela, o cumprimento das normas previstas na lei instituidora da operação urbana consorciada só é obrigatório para o próprio município e para aqueles que com ele contratarem no bojo da operação.

Apesar disso, a inserção das normas sobre a específica operação urbana consorciada em lei suscita questionamentos sobre o tratamento jurídico que lhes deve ser dado, sobretudo em relação a duas questões: a) possibilidade de alteração unilateral destas normas pela Câmara Municipal, por meio de modificação da lei instituidora ou de outras normas do ordenamento urbanístico local, com efeitos sobre os contratos celebrados anteriormente à alteração; b) possibilidade de restrição dos parâmetros de controle de legalidade da operação urbana consorciada a normas constitucionais e constantes de lei federal ou estadual, tendo em vista a derrogação pela lei instituidora da operação de normas gerais e abstratas constantes da legislação municipal que com ela conflitem.

A solução da primeira questão é relevante para o correto entendimento do regime jurídico do instituto, que tem como um de seus aspectos essenciais a extensão da possibilidade de sua modificação unilateral, ainda que esta se dê por ato da Câmara Municipal.

Já a resposta à segunda questão é imprescindível para a compreensão da extensão da discricionariedade do Poder Público ao modelar o empreendimento e conseqüentemente da abrangência do controle – sobretudo o exercido pelo Poder Judiciário – a que as operações urbanas consorciadas estão sujeitas no ordenamento jurídico brasileiro. Caso se entenda que

basta a observância de normas constitucionais federais e locais e da legislação federal – sobretudo o Estatuto da Cidade –, as possibilidades de intervenção judicial e de outros órgãos de controle serão mais restritas que as existentes no âmbito do controle de atos administrativos, o qual tem como parâmetro quaisquer normas legais, inclusive constantes da legislação local.

Deste modo, o estudo detido da lei instituidora da operação urbana consorciada mostra-se essencial para alcançar os objetivos desta dissertação. No capítulo anterior (item 2.2), fez-se apenas breve menção de que esta lei é de efeitos concretos, ou seja, lei em sentido formal (ato do Poder Legislativo), mas ato administrativo em sentido material, por não ser dotada do atributo da abstração, mas, ao contrário, referir-se a um empreendimento específico de renovação urbana de uma área delimitada da cidade. Cabe agora desenvolver este argumento.

2.1 – A distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material

Como observa Seabra Fagundes, “o conjunto das atribuições de cada um dos órgãos do Poder Público não coincide com o conteúdo de cada uma das funções estatais a eles nominalmente correspondentes”¹⁵⁰, de modo que a legislação é a mais destacada atividade entre as exercidas pelo Poder Legislativo, mas não a única.

A diversidade de funções estatais exercidas pelos diferentes poderes estatais previstos na Constituição – entre eles o parlamento – nem sempre se reflete claramente na nomenclatura utilizada pelo próprio órgão e pela doutrina para descrever seus atos. Percebendo a necessidade de diferenciá-los por seu conteúdo e função, e não apenas pelo critério orgânico – ou seja, pela autoridade de que o ato é emanado –, o jurista alemão Paul Laband valeu-se¹⁵¹ da distinção entre lei em sentido material e lei em sentido formal¹⁵².

¹⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21.

¹⁵¹ Otto Mayer nega que Laband seja o autor da distinção, considerando-o apenas seu principal defensor, mas não atribui a ninguém a autoria nem esclarece eventual impossibilidade de identificação em razão de possível antiguidade da distinção (*Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. t. I. p. 94, nota de rodapé nº 7). Alf Ross afirma que, em 1867, três anos antes da publicação da obra de Laband, a distinção já se encontrava em texto de Stockmar (*Teoría de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 451). Extrapola o escopo desta dissertação uma investigação histórica para confirmar a origem dos conceitos, bastando a constatação de que foram difundidos por Laband, que será considerado, para todos os efeitos, o formulador que se tornou a referência no tema, seja para adesão ou crítica.

¹⁵² LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 8-22. A obra citada reúne a tradução italiana de dois textos de Laband, o primeiro de 1870 e o segundo de 1914. Os trechos citados neste capítulo são da obra de 1870. Laband denomina a lei em sentido formal de lei em sentido estrito ou em sentido constitucional. Não há necessidade de abordar nesta dissertação uma outra distinção presente na obra de Laband, entre regulamento em sentido formal e material, que não se consagrou na teoria subsequente e que atualmente só tem interesse histórico.

Laband esclarece que, antes que se cogitasse da limitação da autoridade monárquica por um organismo parlamentar, o termo “lei” já era utilizado na Alemanha no sentido de enunciação consciente e intencional de uma norma jurídica pela autoridade estatal, em oposição ao costume surgido na consciência popular, mas reconhece não ser inerente ao conceito de lei que a norma jurídica enunciada seja dotada de generalidade, sendo possível que corresponda, materialmente, a uma decisão administrativa¹⁵³. Como o art. 62 da Constituição da Prússia de 1850 – base para sua análise – erigiu o consenso entre o rei e o parlamento em elemento formal da lei, é natural que outros atos que, por força da Constituição, dependam deste mesmo consenso acabem assumindo a forma legislativa, ainda que não veiculem norma jurídica e seu conteúdo seja de ato administrativo¹⁵⁴.

O mestre alemão apresenta diversos exemplos de leis em sentido meramente formal, dentre os quais vale destacar o daquela prevista no art. 103 da Constituição da Prússia de 1850, que exige lei autorizativa para o Estado contrair empréstimos e conceder garantias a credores. Segundo ele, é indubitável tratar-se da celebração de negócios jurídicos, que não são atos legislativos, e sim administrativos, de modo que esta lei autorizativa é lei no sentido meramente formal. A constatação tem consequências relevantes, sustenta Laband, uma vez que uma lei pode ser livremente revogada ou modificada por lei posterior, mas um contrato só pode sê-lo por meio do consenso das duas partes¹⁵⁵.

Ao apresentar outro exemplo, Laband sustenta que leis singulares ou particulares são na verdade medidas de governo, atos da administração estatal, e não regras jurídicas¹⁵⁶, o que demonstra que ele entende que estas últimas são dotadas do atributo da generalidade¹⁵⁷, essencial para distingui-las dos atos administrativos.

Seguindo seu raciocínio, o autor alemão se detém sobre o art. 62 da já citada Constituição prussiana, que determina que o poder legislativo é exercido pelo rei e pelas duas câmaras do parlamento, sendo o acordo entre estes órgãos indispensável para qualquer lei. Para ele, somente a atribuição de conteúdo material à função legislativa possibilita

¹⁵³ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 8-10.

¹⁵⁴ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 13.

¹⁵⁵ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 16-17.

¹⁵⁶ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 18.

¹⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 382. MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 32, 2014. Manuel Afonso Vaz interpreta de forma diversa a obra de Laband, sustentando que a norma a que ele se refere como caracterizadora da lei em sentido material não é necessariamente dotada do atributo da generalidade, mas se caracteriza por criar direitos e obrigações para os súditos, ainda que de modo individualizado, e não para o próprio Estado (*Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996. p. 21 e 349).

adequada interpretação deste dispositivo, evitando a tautologia do entendimento de que depende do consenso do rei e do parlamento lei em sentido formal, ou seja, declaração de vontade estatal resultante do próprio consenso entre estes dois órgãos constitucionais. Deste modo, neste dispositivo a referência só pode ser à lei em sentido material¹⁵⁸, o que não significa que o parlamento não tenha competência para editar leis em sentido meramente formal com base em outros dispositivos constitucionais, tal como o art. 99, que trata da lei orçamentária anual. Trata-se de raciocínio perfeitamente aplicável à interpretação do art. 44, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, que estabelece que o “Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

No entanto, o fato das leis em sentido meramente formal também serem leis no conceito pressuposto pela Constituição da Prússia de 1850 não significa que seu regime jurídico seja o mesmo das leis em sentido material. Para Laband, a caracterização de lei em sentido meramente formal tem implicações profundas no âmbito do Direito Público: referindo-se especificamente à lei orçamentária anual, mas com considerações aplicáveis a qualquer lei em sentido meramente formal, o autor sustenta que, por se tratar de ato administrativo em sentido material, a fixação do orçamento se faz com base no ordenamento jurídico vigente, ou seja, deve observar todas as outras leis – em sentido material, pode-se completar – em vigor¹⁵⁹.

Não se pode negar que a doutrina de Laband surgiu em contexto histórico específico, voltada a solucionar questão concreta e de grande repercussão na época: o efeito da falta de aprovação parlamentar do orçamento, que se verificou no momento assim sintetizado por Clemente Forte:

Em breve síntese, a Câmara baixa prussiana (*Landtag*) rejeitou, em 1862, o orçamento apresentado pelo Chanceler Bismarck, em razão da parte relativa à reforma militar, e então o governo, após idas e vindas, continuou a governar sem apresentar o orçamento até 1866, valendo-se de decretos régios imediatamente aplicáveis. A disputa terminou com a aprovação de uma lei geral de anistia.¹⁶⁰

¹⁵⁸ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 20-21.

¹⁵⁹ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 35-36.

¹⁶⁰ FORTE, Clemente. *Presentazione*. In: LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. V, nota de rodapé nº 1. Grifo do autor. O texto original é o seguinte: “In estrema sintesi, la Camera bassa prussiana (*Landtag*) nel 1862 rifiutò di approvare il bilancio presentato dal cancelliere Bismarck, per la parte relativa alla riforma militare, ed allora il Governo, dopo alterne vicende, continuò a governare senza presentare il bilancio fino al 1866, avvalendosi di decreti reali immediatamente esecutivi. La diatriba finì con l’approvazione di una legge di sanatoria.” Embora a obra de Laband tenha sido publicada em 1870, alguns anos após o final deste impasse constitucional, o autor a ele se refere como um longo conflito constitucional que conferiu ao Direito Financeiro grande relevância política (*Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 5 e 126). Para mais detalhes, cf. OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2a ed. Barcelona: Ariel, 1988. p.

Para Laband, por ser a lei orçamentária lei apenas em sentido formal, a falta de sua aprovação não modifica a constatação de que o Estado continua obrigado a honrar seus débitos e cumprir as leis que implicam despende recursos, solicitando a aprovação parlamentar posterior para estas despesas, tal como ocorre em relação à utilização das receitas que extrapolam a previsão orçamentária¹⁶¹.

Contudo, apesar de construída para fornecer instrumental argumentativo para determinada tese sobre questão orçamentária, a distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material difundiu-se na doutrina e transpôs as fronteiras tanto da Alemanha quanto do Direito Financeiro, como explica Manuel Afonso Vaz:

Há já mais de um século, enunciou LABAND a distinção, ainda hoje teórica e doutrinariamente utilizada, entre lei formal e lei material, bem como, posteriormente, a distinção correlativa entre regulamentos jurídicos e regulamentos administrativos.

Ambas as distinções se projectaram horizontal e verticalmente nas mais diversificadas dogmáticas jurídicas de diferentes Estados, tendo sobrevivido na Alemanha a três sistemas jurídico-estatais e políticos profundamente distintos. Desde sempre houve vozes que recusaram e combateram total ou parcialmente as categorias de LABAND, delas fazendo, no entanto, ponto de partida para novas teorizações.

Na verdade, quem se proponha tratar o complexo problema da lei não pode deixar de tomar partido sobre a teorização de LABAND – donde decorre o esquema conceitual tradicional – ou para a considerar historicamente ultrapassada e, portanto, jurídico-politicamente antiquada, ou para a reformular, ou, pelo menos, para a colocar em questão.¹⁶²

No Brasil, a distinção de Laband foi incorporada pela doutrina, com destaque para Seabra Fagundes¹⁶³, que lhe atribuiu grande importância em sua clássica obra “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, e continua a ser adotada em textos de autores contemporâneos como Almiro do Couto e Silva, que aponta sua “significação prática no

168-170. Em sentido similar: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 20.

¹⁶¹ LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 136-137.

¹⁶² VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996. p. 113-114.

¹⁶³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 22-28. Cf. ainda MENEZES, Djacir. *Direito administrativo moderno: os princípios estruturais do estado nacional na administração pública*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º Editor, 1943. p. 189. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 167-168. Valendo-se da dicotomia, mas sugerindo reformulação da nomenclatura para “lei em sentido orgânico-formal” e “lei em sentido jurídico-material”, cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. p. 254-264. Segundo o prefácio, esta edição póstuma corresponde à de 1979, última lançada durante a vida do autor. Por fim, para uma dura crítica à teoria de Laband, centrada na questão do orçamento e não na distinção entre sentido formal e material de lei, cf. CAMPOS, Francisco. Orçamento - Natureza jurídica - Anualidade - Discriminação de rendas - Impostos de indústrias e profissões - Movimento econômico - Imposto sobre vendas e consignações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 71, p. 447-467, 1963.

direito brasileiro”¹⁶⁴, José Cretella Júnior¹⁶⁵, José Afonso da Silva¹⁶⁶, Elival da Silva Ramos¹⁶⁷, Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁶⁸ e Thiago Marrara, que a sintetiza com grande clareza:

A despeito disso, o que importa aqui retomar é a distinção forjada por Paul Laband acerca dos tipos de lei de acordo com seu procedimento e conteúdo. Leis em sentido material, segundo o clássico jurista alemão, seriam as que inserem normas gerais e abstratas no ordenamento jurídico. Normas gerais são as universais em relação aos sujeitos e normas abstratas, as universais em relação ao objeto ou à situação fática que elas pretendem reger. Essas leis se opõem, por isso, às leis de efeito concreto, pelo fato de que estas são direcionadas para um sujeito em determinada situação. Assim, para se descobrir se uma lei é material ou de efeitos concretos, há que se analisar seu conteúdo.

De outra parte, leis formais seriam aquelas que, a despeito de seu conteúdo abstrato-geral ou individual-concreto, são editadas de acordo com o processo legislativo típico. O critério para identificação da lei em sentido formal é, por isso, o do procedimento utilizado para sua elaboração, discussão e inserção no ordenamento jurídico. Assim, normas gerais e abstratas inseridas no ordenamento por fonte administrativa (resolução, portaria etc.) constituem lei em sentido material, mas não em sentido formal, dado que não foram elaboradas de acordo com o procedimento legislativo típico.¹⁶⁹

Convém notar que Thiago Marrara utiliza o termo “norma” de modo mais abrangente que Laband, admitindo a existência de normas individuais e concretas, tal como Kelsen¹⁷⁰. Ainda assim, sua didática exposição capta com precisão o espírito da teoria de Laband e por isso será adotada nesta dissertação, acrescentando-lhe o seguinte esclarecimento: como generalidade e abstração são duas características essenciais e

¹⁶⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 159.

¹⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do estado por ato legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 153, p. 19 e 25, jul./set. 1983. O autor chega a se referir à lei em sentido meramente formal como “pseudolei”.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26-27.

¹⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15-22 e 192-196. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48. Na primeira das obras citadas nesta nota, o autor justifica a importância prática da distinção: “A distinção entre os conceitos formal e material de lei, entre nós, apresenta interesse no plano operativo do sistema, na medida em que, para o Poder Legislativo, validamente, editar uma lei meramente formal, há que estar fundado em permissão constitucional, sob pena de violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF). Além disso, as leis simplesmente formais possibilitam que se exerçam sobre elas os mecanismos de controle jurídico que se aplicam aos atos administrativos, como, por exemplo, a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF)” (p. 22).

¹⁶⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163-164, 269-271 e 422-423.

¹⁶⁹ MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 32, 2014.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 256 e 263-273. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 52-54.

cumulativas de uma lei em sentido material, a ausência de qualquer delas basta para que uma lei o seja em sentido meramente formal¹⁷¹.

A distinção entre generalidade e abstração é feita com precisão por Norberto Bobbio, em termos perfeitamente compatíveis com a síntese de Marrara:

Ao invés de usar indiscriminadamente os termos “geral” e “abstrato”, julgamos oportuno chamar de “gerais” as normas que são universais em relação aos destinatários, e “abstratas” aquelas que são universais em relação à ação. [...] Às normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de *normas individuais*; às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação singular, e sugerimos chamá-las de *normas concretas*.¹⁷²

Para que a norma seja geral, seus destinatários devem ser não apenas indeterminados, mas indetermináveis, sem distinção entre os que se enquadram na hipótese de incidência da norma no momento do seu advento e os que venham a se enquadrar ao preencherem, no futuro, os requisitos previstos para tanto¹⁷³. Por outro lado, é particular ou singular a norma aplicável apenas a um conjunto de destinatários determináveis, ainda que não listados por ela, o que ocorre se a hipótese de incidência for restrita àqueles que atendem a determinados requisitos no momento do advento da norma¹⁷⁴.

O mesmo raciocínio aplica-se ao atributo da abstração, que só está presente se a norma for aplicável a um conjunto indeterminável de situações ou comportamentos, não apenas quanto à sua identificação, mas também em relação à sua quantidade. Será concreta a disposição que se refira a comportamentos determinados ou *a priori* identificáveis, ainda que futuros¹⁷⁵. É por esta razão que Elival da Silva Ramos sustenta que as leis retroativas

¹⁷¹ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 151. O autor oferece outros exemplos interessantes de atos dotados apenas de um dos atributos em questão, seja a generalidade ou a abstração.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. p. 180-181. No mesmo sentido: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163, nota de rodapé nº 328. Em sentido diverso, considerando a abstração como corolário da generalidade: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 24. Por fim, considerando possível a existência de norma geral e concreta, mas não de norma individual e abstrata, por entender que “a abstração contém, requer, logicamente, a generalidade”: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 27.

¹⁷³ SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 94. Neste ponto, a única divergência em relação ao posicionamento da autora é em relação à determinabilidade do número de destinatários que, em verdade, não afeta a generalidade da norma, mas apenas sua abstração. Uma norma que determine o pagamento de prêmio aos primeiros três indivíduos que lograrem atingir, no futuro, determinados requisitos é, a princípio, geral por serem indetermináveis seus destinatários, contudo concreta por ter sua incidência restrita a três situações concretas determináveis; é o que ocorre com a lei que aprova normas para uma determinada contratação pública, a ser mencionada adiante.

¹⁷⁴ SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 94-95. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23-25.

¹⁷⁵ SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 95.

não são dotadas do atributo da abstração, pois as situações pretéritas por ela abrangidas já são de antemão conhecidas¹⁷⁶.

Embora não seja simples identificar uma lei geral e concreta ou individual e abstrata, a legislação fornece exemplos interessantes¹⁷⁷. A Lei Municipal de São Paulo nº 13.688/2003, que autorizou a realização de licitação para delegação da obra pública de construção de garagens subterrâneas nos distritos da Sé e República e no Parque do Ibirapuera, é geral, pois se aplica a um número indeterminado de interessados em participar da licitação para explorar as obras, mas concreta, já que se refere apenas às obras públicas especificamente mencionadas. Por outro lado, o art. 53 da Lei nº 12.663/2012, que concedeu isenção de custas judiciais à FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), é norma individual, pois referente a uma específica pessoa, porém abstrata, por ser aplicável a diversas situações indeterminadas, vale dizer, a todos os processos judiciais em que a FIFA seja parte no Poder Judiciário da União¹⁷⁸.

2.2 – Estado de Direito, separação de poderes e legalidade material

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece que os limites à liberdade “apenas podem ser determinados pela lei” (art. 4º), que “é a expressão da vontade geral” e “deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir” (art. 6º)¹⁷⁹.

Esclarecendo o sentido destas disposições, Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que a lei é entendida como expressão da justiça, “com os corolários de que é geral e abstrata, aplicando-se a todos os casos, sem levar em conta os envolvidos, além de igual para todos os seres humanos”¹⁸⁰.

A este respeito, acrescenta Seabra Fagundes que “em geral, os autores franceses

¹⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-50.

¹⁷⁷ Para outros exemplos de diferentes combinações de normas dotadas ou desprovidas dos atributos da generalidade e da abstração, além da obra citada na nota 19, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. p. 183. O exemplo de norma individual e abstrata – nomeação de juiz constitucional – foi bem criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 28), o que não ilide a consistência teórica da distinção entre generalidade e abstração.

¹⁷⁸ A expressão é utilizada por analogia com Ministério Público da União, abrangendo a Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar da União, Justiça Eleitoral e Justiça do Distrito Federal e Territórios.

¹⁷⁹ A tradução para português utilizada na citação se encontra em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193-195. Sobre a importância e a influência da declaração, cf., na própria obra citada nesta nota, as p. 37-41.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

dão à lei, como caráter típico essencial, a generalidade”¹⁸¹.

A imbricação entre liberdade e legalidade é destacada por Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem

[...] a chave para a compreensão da liberdade, tal como expressa nos arts. 4º a 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é a percepção das dimensões formal e material da legalidade que tornam visíveis os limites do exercício da liberdade.¹⁸²

A dimensão formal da legalidade “ressalta o valor democrático, o valor da participação da vontade dos destinatários da norma em sua produção”¹⁸³, enquanto a dimensão material – ou seja, a exigência de que a lei seja geral e abstrata – protege a igualdade ao vestir o legislador com o véu da ignorância¹⁸⁴ a respeito de quem pode ser beneficiado ou prejudicado por suas decisões, reduzindo o risco de arbítrio, favorecimento ou perseguição, e representando uma condição necessária, embora não suficiente, para o tratamento igualitário¹⁸⁵, ainda que não “uma garantia absoluta da isonomia”¹⁸⁶.

A ideia de Estado de Direito implica a garantia de que a liberdade só pode ser limitada com base em lei¹⁸⁷, dotada dos atributos da generalidade e abstração¹⁸⁸, de sorte que atos individuais ou concretos, não importa a autoridade competente para praticá-los – Administração Pública, governo, parlamento ou Poder Judiciário –, estejam de acordo com estas normas gerais e abstratas, iguais para todos e cegas para circunstâncias estritamente pessoais. Não cabe a qualquer dos poderes constituídos excepcionar uma norma geral e abstrata em situação concreta ou em benefício de pessoa determinada a que ela seria aplicável, o que constituiria privilégio incompatível com a legalidade material inerente ao

¹⁸¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 24.

¹⁸² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 85-86.

¹⁸³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163.

¹⁸⁴ A imagem foi extraída de AMAR, Akhil Reed. Attainder and Amendment 2: Romer's Rightness. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 95, p. 210, out. 1996.

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 122. A expressão exata utilizada pelo autor é “uma condição para o próprio tratamento igualitário”. Sobre o tema, convém conferir, além da já citada, as p. 118-123 da mesma obra. No mesmo sentido: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 194-196. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 169.

¹⁸⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 164.

¹⁸⁷ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posição 3790.

¹⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5a ed. São Paulo: Malheiros: 2014. p. 46.

Estado de Direito e com a igualdade perante a lei¹⁸⁹.

Carl Schmitt desenvolve este conceito com rara precisão, sustentando que o Estado de Direito é baseado no império da lei (*rule of law*), que pressupõe a incorporação de certos atributos ao próprio conceito de lei, sem os quais se torna impossível distinguir uma norma legal de um comando baseado na pura vontade do soberano¹⁹⁰. Afinal, se tudo aquilo que alguém – seja uma pessoa ou uma assembleia – determina fosse considerado apenas por isso lei, então toda e qualquer monarquia absoluta seria também um Estado de Direito, pois nela impera a “lei” no sentido de ato de vontade do monarca¹⁹¹. Portanto, em um Estado de Direito, nem toda medida adotada pelo detentor do poder legislativo pode, apenas por isso, ser considerada lei¹⁹², uma vez que este órgão deve, por definição, estar vinculado ao próprio Direito¹⁹³ e exercer seu poder por meio da legislação, e não por decisões arbitrárias, o que pressupõe o caráter geral das normas editadas, porquanto uma legislatura cujas medidas concretas ou individuais valem com a mesma força de uma lei, ou seja, revogam ou excepcionam para casos concretos leis por ela mesma editadas, não pode ser considerada vinculada a estas leis¹⁹⁴.

A argumentação de Schmitt, perfeitamente compatível com os citados arts. 4º e 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pode ser relativizada no âmbito de um Estado em que haja controle jurisdicional de constitucionalidade, no qual o parlamento, ainda que habilitado a criar normas individuais ou concretas – ou, em outras palavras, a prolatar atos administrativos ou judiciais sem vinculação à lei –, estaria obrigado a observar ao menos as normas da Constituição, sob pena da lei em sentido meramente formal ser anulada pelo Poder Judiciário, razão pela qual não poderia ser considerado soberano no mesmo sentido de um monarca absoluto¹⁹⁵. Todavia, ainda assim restaria um

¹⁸⁹ Sobre a distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 77-81.

¹⁹⁰ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posição 3948. O autor utiliza, em diversas passagens, a expressão “Estado de Direito burguês”, mas este detalhe não tem maior relevância na parte de sua argumentação que interessa a esta dissertação, uma vez que ele não aponta qualquer mudança, provocada pelo advento da democracia ou do Estado Social, na necessidade da lei ser dotada de generalidade. Portanto, utilizaremos a expressão Estado de Direito, por ser consagrada na doutrina nacional.

¹⁹¹ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posições 3945 e 3948.

¹⁹² SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posição 3953.

¹⁹³ Em sentido contrário: MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. t. I. p. 115.

¹⁹⁴ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posições 3957 e 3961.

¹⁹⁵ Ignacio de Otto chega a considerar que a distinção entre lei em sentido formal e em sentido material só faz sentido em um Estado em que não há garantia da supremacia da Constituição, pois cumpre o papel de limitar

amplo campo de arbítrio para o parlamento, que poderia estabelecer normas discrepantes com base em preferências pessoais ou conjunturas políticas sem qualquer constrangimento comparável àquele ao qual estão submetidos os demais poderes – compelidos a observar não apenas a Constituição, mas também as leis materiais –, e com condições de escolher discricionariamente as situações nas quais intervir. Como a Constituição, por mais analítica que seja, não poderá, por impossibilidade prática, dispor sobre vasta gama de assuntos, restaria ao parlamento o poder de excepcionar casuisticamente – ou seja, para situações concretas ou pessoas determinadas – toda e qualquer norma legal, estando proibido apenas de excepcionar norma constitucional.

Reconhecer ao parlamento um tal poder é incompatível com a ideia de igualdade perante a lei, outro postulado inerente ao Estado de Direito¹⁹⁶ previsto no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que no Brasil se encontra consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Além disso, somente por meio da limitação – ou melhor, conformação – da atividade legislativa à criação de normas gerais e abstratas é possível manter de pé a noção de separação de poderes¹⁹⁷; afinal, se o parlamento puder, em qualquer situação que considere desejável e não apenas no exercício de excepcional competência materialmente administrativa ou jurisdicional compatível com a Constituição, proferir comandos e ordens para situações concretas ou pessoas individualizadas, os poderes Executivo e Judiciário atuariam apenas na omissão daquele e seriam a ele – e não apenas às leis – subordinados. A mera participação do Chefe do Poder Executivo no processo legislativo é insuficiente para contrabalançar tamanho poder, uma vez que o veto, via de regra, pode ser superado pela maioria parlamentar, ainda que qualificada, tal como no caso brasileiro, em que se exige apenas maioria absoluta (art. 66, § 4º, da Constituição).

Com base nesta concepção de separação de poderes, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucionais leis em sentido meramente formal que invadiram a competência

o legislador; estando assegurada esta supremacia, o conceito tornar-se-ia inútil, até porque o legislador está obrigado a observar o princípio da igualdade (*Derecho constitucional*: sistema de fuentes. 2a ed. Barcelona: Ariel, 1988. p. 164-165). No entanto, como se pretende deixar claro mais adiante neste capítulo, a observância da igualdade se dá de modo distinto na lei em sentido meramente formal; assim, é justamente a necessidade de tutelá-la, por meio da garantia da legalidade material, que torna útil a distinção.

¹⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posições 4257 e 4261. Para uma crítica da possibilidade de solução de casos concretos pelo parlamento, baseada na vocação deste tipo de órgão, e não em questões jurídicas ou constitucionais, cf. GUTTMANN, Amy. Foreword: legislatures in the constitutional state. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Coord.). *The least examined branch*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. ix-xiii.

¹⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posição 4178.

do Poder Executivo. Foi o que ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.075/PR, julgada em 24 de setembro de 2014, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, em que a Corte, baseando-se na doutrina de Gomes Canotilho acerca da reserva de administração, considerou inconstitucional lei estadual paranaense que determinou a revogação de contratos. O Tribunal já havia se posicionado no mesmo sentido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 776/RS, julgada em 23 de outubro de 1992¹⁹⁸, de que foi relator o Ministro Celso de Mello, em que foi suspensa a eficácia de lei que pretendeu anular concurso público. Convém transcrever a ementa deste último precedente, apenas na parte que mais interessa à presente discussão:

RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES.
- O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, ao Poder Legislativo, sob pena de desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação “ultra vires” do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.

É significativo o trecho do voto do relator em que este destaca que o legislador é dotado de poder de conformação da atividade da Administração Pública, “permitindo-se-lhe estipular cláusulas gerais e fixar normas impessoais”, mas não desconstituir atos administrativos concretos. Em outras palavras, para o Supremo Tribunal Federal, a competência legislativa em relação ao tema tratado no caso concreto restringe-se ao estabelecimento de normas gerais e abstratas, ou seja, ao advento de lei em sentido material.

Ainda mais relevante foi o julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 427.574/MG, em 13 de dezembro de 2011, de que foi relator o Ministro Celso de Mello. Apesar de se tratar de um precedente da segunda turma – e não do plenário, como os outros dois acima citados –, portanto de menor impacto na aferição do posicionamento do Tribunal como um todo, e da fundamentação do voto do relator reproduzir em grande parte aquela adotada na já citada Medida Cautelar na Ação Direta de

¹⁹⁸ Posteriormente, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada procedente no mérito, em sessão de julgamento ocorrida em 2 de agosto de 2007. O voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, não aborda a questão da reserva de administração.

Inconstitucionalidade nº 776/RS, sua importância deriva do fato da corte ter considerado inconstitucional uma lei que estabelecia a necessidade de aprovação parlamentar casuística para que uma entidade sem fins lucrativos fosse considerada de utilidade pública, ou seja, uma lei em sentido material que exigia posteriores leis em sentido meramente formal, transferindo ao parlamento local competência que antes era atribuída ao prefeito municipal¹⁹⁹.

Por fim, merece menção a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.706/DF, julgada em 9 de abril de 2008, em que o tribunal, com base no voto do relator, Ministro Eros Grau, entendeu inconstitucional o tombamento por lei, por ser este ato de competência do Poder Executivo.

A despeito da consistência argumentativa dos citados precedentes do Supremo Tribunal Federal, a repercussão constitucional da questão em debate extrapola o tema da separação de poderes e alcança os direitos fundamentais. Considerando que a Constituição brasileira instituiu um Estado Democrático de Direito²⁰⁰ (art. 1º, *caput*), no qual a liberdade e a igualdade perante a lei são direitos fundamentais (art. 5º, *caput*), a garantia da legalidade prevista no inciso II de seu art. 5º deve ser interpretada de modo a contemplar tanto a dimensão formal da legalidade, decorrente da democracia, que exige o consentimento dos cidadãos às leis a que serão submetidos, por meio de seus representantes (art. 1º, parágrafo único), quanto sua dimensão material, decorrente do Estado de Direito, que se traduz em um governo de leis, não de homens – ainda que eleitos e reunidos em assembleia –²⁰¹, o que só é possível se estas leis forem dotadas dos atributos da generalidade e da abstração²⁰². Destarte, a observância da garantia da legalidade no direito constitucional brasileiro exige,

¹⁹⁹ A lei declarada inconstitucional foi a Lei Municipal nº 8.107/2000 de Belo Horizonte, que modificou a redação do art. 2º da Lei Municipal nº 6.648/1994, do mesmo município.

²⁰⁰ Sobre a origem da expressão e seu sentido na Constituição de 1988, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI*, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 191-192. A este respeito, explica Marcos Augusto Perez: “Na verdade, a expressão Estado Democrático de Direito realiza a ligação de dois conceitos juspolíticos: Estado Democrático e Estado de Direito” (*A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 55).

²⁰¹ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posições 3699 e 4188.

²⁰² Ainda que estes atributos nem sempre sejam suficientes para garantir esta igualdade, sobretudo na sua dimensão de “igualdade na lei”, conforme apontado por Fernando Dias Menezes de Almeida no trecho citado na nota de rodapé nº 186. Em sentido contrário ao corpo do texto: OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2a ed. Barcelona: Ariel, 1988, p. 181. VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996. p. 354-361. Os argumentos de Otto e Vaz se assemelham aos acolhidos pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 405.386/RJ, que será abordado adiante.

em regra, tanto a legalidade em sentido formal quanto material²⁰³, ou seja, ressalvadas exceções previstas na própria Constituição, a liberdade²⁰⁴ só pode ser restringida em virtude de normas gerais e abstratas²⁰⁵ aprovadas pelo parlamento²⁰⁶.

Embora sem reproduzir esta sequência argumentativa, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o direito fundamental a ser votado não poderia ser restringido por meio de normas desprovidas dos atributos da generalidade e da abstração, considerados ausentes dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 8.713/1993 (Lei das Eleições de 1994), que limitaram a possibilidade de registro de candidatura aos cargos de presidente da república, senador e governador aos partidos que haviam alcançado certo percentual de votos nas eleições de 1990, já encerradas quando do advento da lei em questão. A despeito dos dispositivos legais em tela terem sido redigidos em termos genéricos²⁰⁷, a referência a fatos passados torna determinados e limitados em número os seus destinatários, sendo perfeitamente possível saber de antemão quais partidos poderiam cumprir os requisitos e assim registrar candidaturas aos mencionados cargos. Embora a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 8.713/1993 tenha se baseado em múltiplos fundamentos, foi esta falta de generalidade e abstração que levou o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade dos §§

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 244-245. Há exceções, mas abordá-las extrapolaria o escopo desta dissertação, bastando mencionar a medida provisória (arts. 62 e 84, XXVI, da Constituição) e a lei delegada (art. 68 da Constituição), que são atos do Presidente da República, bem como as decisões de procedência proferidas em mandado de injunção com eficácia *erga omnes* (art. 9º, § 1º, da Lei nº 13.300/2016), que são atos do Poder Judiciário, todos enquadráveis no conceito de lei em sentido material, mas não no de lei em sentido formal.

²⁰⁴ Trata-se da liberdade nos termos em que decorre da própria Constituição. Portanto, se a própria Constituição limitou a liberdade ou qualquer outro direito em algum aspecto, em relação a ele não há necessidade de observância da legalidade, embora se possa também considerar que, sendo a Constituição a Lei Maior, a garantia já foi, por definição, observada, o que é o mesmo.

²⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 234-235. O trecho citado é de Gilmar Ferreira Mendes, que afirma: “Outra limitação implícita que há de ser observada diz respeito à proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório. Em outros termos, as restrições aos direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.”

²⁰⁶ Deixa-se de mencionar a necessidade de sanção pelo Chefe do Poder Executivo, uma vez que o veto pode ser superado na forma do já citado art. 66, § 4º, da Constituição, o que torna a lei, na expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “ato complexo desigual”; como ensina o professor, a despeito de Montesquieu ter defendido a natureza absoluta do veto, sua lição não foi seguida nas “duas principais constituições do século XVIII, a americana e a francesa [de 1791]” (*Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92-97).

²⁰⁷ Para uma didática exposição sobre a veiculação de ordens individuais e concretas por meio de enunciados apenas aparentemente gerais, seguida de interessantes exemplos, cf. AMAR, Akhil Reed. Attainder and Amendment 2: Romer's Rightness. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 95, p. 211 e 215, out. 1996.

1º e 2º do seu art. 5º na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 598/RJ, julgada em 11 de maio de 1994. Não obstante vários ministros tenham se posicionado sobre o tema, convém transcrever, pelo seu poder de síntese, trecho do voto do Ministro Moreira Alves, que se baseia na razoabilidade que considera inerente ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição):

Ora, os dispositivos em causa partem de fatos passados, e portanto já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles, constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos *ad hoc*²⁰⁸, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados a esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado.

O Ministro Octavio Gallotti percebeu com acuidade a ausência de generalidade e abstração da disposição em questão:

No tocante aos parágrafos, penso, porém, que embora esteja essa restrição disposta sob a forma de uma norma abstrata e objetiva, seu conteúdo, realmente, revela uma discriminação com caráter virtualmente subjetivo, cujos requisitos foram relegados ao passado, de tal forma que já eram conhecidos dos legisladores que elaboraram a norma restritiva.

Mesmo que não tenha sido claro em relação ao fundamento normativo de sua decisão – seria possível apontar lesão, além do devido processo, ao princípio da igualdade, ao direito fundamental de ser votado e à garantia da legalidade –, o Supremo Tribunal Federal aplicou com precisão a Constituição e impediu que prevalecesse o casuísmo parlamentar que é antítese do Estado de Direito.

Mais recentemente, o tribunal adotou entendimento similar ao julgar, em 3 de março de 2016, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.259/PB, de que foi relator o Ministro Edson Fachin, inclusive por tratar de inconstitucionalidade de lei que não pretendeu regular ou restringir direito fundamental. Embora sem citar a garantia da legalidade material, por ter fundamentado sua decisão nos princípios da igualdade e da impessoalidade, o tribunal considerou inconstitucional lei estadual paraibana que concedeu incentivo fiscal à prática do automobilismo de modo apenas aparentemente geral, por ter exigido como requisito para gozo do benefício, além da naturalidade paraibana, a obtenção da “melhor colocação no último campeonato realizado da categoria” (art. 2º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 8.736/2009 da Paraíba), o que, no que concerne à modalidade esportiva que concentrou cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos recursos do programa de incentivo, alcançava apenas um indivíduo determinado e previamente conhecido, pelo fato de só haver um piloto

²⁰⁸ Grifo do autor.

paraibano na disputa do campeonato da modalidade em questão quando do advento da lei questionada. Esta circunstância impressionou o tribunal de tal forma que nem sequer foi cogitada a possibilidade de interpretação conforme à Constituição, que poderia preservar a incidência da lei em exercícios vindouros, em que seriam considerados os campeonatos iniciados após sua entrada em vigor, ou de restringir a declaração de inconstitucionalidade à modalidade esportiva a que estaria destinada a maior parte dos recursos, mantendo os dispositivos referentes às demais modalidades, em relação às quais não se apontou vício do favorecimento pessoal.

Também merece menção a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.180/DF, julgada em 11 de setembro de 2014, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, em que se declarou inconstitucional lei distrital que inseriu no calendário de eventos do Distrito Federal um específico festival musical privado, determinando que ele fosse subvencionado por recursos públicos.

Por fim, para encerrar esta série de precedentes judiciais, convém abordar dois arestos sobre pensões assistenciais instituídas por lei para beneficiários determinados, nos quais o Tribunal discrepou da jurisprudência acima analisada.

O primeiro deles é o Recurso Extraordinário nº 405.386/RJ, julgado pela Segunda Turma em 26 de fevereiro de 2013, que considerou constitucional lei municipal que concedeu pensão especial à viúva de um ex-prefeito do Município de Porciúncula, RJ, considerando, já na ementa, que o “tratamento privilegiado a certas pessoas pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada”. A importância do precedente deve ser relativizada, seja por discrepar dos outros já citados, seja por ser um aresto julgado por uma das turmas do Tribunal, com um voto vencido muito bem fundamentado da relatora, Ministra Ellen Gracie. Ainda que se entenda que a concessão de pensão especial a determinada pessoa, nomeada na lei, não seja desprovida de razoabilidade, por se tratar de pessoa necessitada e que era dependente de alguém que prestou relevantes serviços à coletividade, nada justifica que não se edite lei em sentido material, que preveja, para utilizar os parâmetros do caso concreto, que todo viúvo ou viúva de quem tenha ocupado o cargo de prefeito municipal e que comprove que dependia economicamente do falecido cônjuge e que não tem renda própria de pelo menos um salário mínimo, terá direito a uma pensão especial vitalícia de valor equivalente a um terço do atual subsídio de prefeito. Não se pode desconhecer que outros ex-prefeitos do Município de Porciúncula podem ter deixado ou vir a deixar desamparados cônjuges que deles dependiam; no entanto, a lei só beneficiou uma única

viúva, por ela nomeada, o que constitui violação ao princípio da igualdade e à garantia da legalidade material.

O segundo precedente é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.976/DF, julgada em 7 de maio de 2014, de que foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Neste acórdão, o Tribunal considerou constitucionais diversos dispositivos da Lei nº 12.663/2012, conhecida como Lei Geral da Copa, incluindo a concessão de prêmio em dinheiro aos atletas que participaram dos títulos mundiais de seleções de futebol masculino de 1958, 1962 e 1970, e pensão especial para estes mesmos atletas ou seus parentes diretos sobreviventes (esposa ou filhos menores de vinte e um anos ou inválidos) que se encontrem em situação de carência de recursos financeiros (art. 37 e seguintes), a despeito do reconhecimento de que se trata de norma individual, aplicável apenas a um conjunto de pessoas determinadas.

Neste precedente, que foi julgado pelo plenário da corte, e não por uma turma, o Tribunal, além de referir-se ao “profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras”, demonstrou preferência por um modelo casuístico de instituição de pensões assistenciais por leis em sentido meramente material em detrimento de sua previsão em lei em sentido material para ex-governadores, por exemplo, que já foi considerada inconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.853/MS, julgada em 12 de setembro de 2007, e Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.552/DF, julgada em 9 de abril de 2015). Esta argumentação comparativa, explícita nos precedentes citados, revela que a jurisprudência da Corte nesta matéria padece do casuísmo que deveria combater. Não há justificativa que impeça a elaboração de norma geral, prevendo, por exemplo, o direito à pensão de quaisquer atletas vencedores de campeonatos de seleções que tenham ampliado significativamente a difusão da imagem positiva do Brasil no exterior e que não tenham renda mensal equivalente a um parâmetro instituído de forma geral pela própria lei. A instituição da pensão especial em termos pessoais, de modo a possibilitar que o parlamento deixe de instituí-la em situações similares que ocorram no futuro, lesa a igualdade e enfraquece a garantia da legalidade.

Esta legalidade a que se refere o art. 5º, II, da Constituição, é garantia tanto em sentido amplíssimo (ou geral), como sinônimo de freio e contrapeso, uma vez que propicia certo equilíbrio entre os poderes, quanto em sentido restrito (ou especial), ou seja, mecanismo de proteção de outros direitos, em especial a liberdade²⁰⁹ e a igualdade perante

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 222.

a lei²¹⁰. A garantia constitucional da legalidade formal e material (art. 5º, II, da Constituição) é mais ampla que o princípio da legalidade da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição), pois vincula diretamente²¹¹ não apenas o administrador público, mas também o parlamento, inclusive no exercício de competências que não são legislativas. Este aspecto será retomado mais adiante.

O advento do Estado Social não elimina nem comprime esta garantia²¹², ainda que tenha tornado mais frequente a legislação com maior teor de especialidade²¹³, por vezes voltada a setores específicos da atividade econômica em que o Estado passa a intervir, mas de toda sorte aplicável a pessoas e situações indetermináveis de antemão, que apenas se enquadrarão na hipótese de incidência da norma legal em momento posterior à sua entrada em vigor. Tanto é assim que o art. 5º, II, da Constituição é mera variação de texto tradicional no constitucionalismo brasileiro, existente muito antes que se cogitasse de Estado Social, mais precisamente desde a Constituição do Império, cujo art. 179, I, previa que “[n]enhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei”, repetida em termos similares em todas as constituições republicanas, com exceção da de 1937²¹⁴, e na qual ressoa a segunda frase do art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”²¹⁵.

As constatações feitas até aqui e os citados precedentes do Supremo Tribunal Federal não implicam negar que o parlamento, no sistema de separação de poderes vigente não apenas no Brasil, mas em diversos países ocidentais, detenha outras competências que

²¹⁰ Sobre os sentidos de garantia, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-51. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 188-191 e 415-416.

²¹¹ Indiretamente, também o princípio da legalidade do art. 37 vincula o legislador, no sentido de que este não pode dispensar a Administração Pública de observá-lo.

²¹² Em sentido contrário: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 119-120 e 123-124. Para uma demonstração de que a edição de leis em sentido meramente formal apenas se tornou mais frequente no Estado Social, mas o precede e sucede, cf. SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 106-111. Elival da Silva Ramos também relaciona a crescente incursão dos parlamentos em atividade distinta da legislação à superação do Estado Liberal pelo Estado Social (*A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48).

²¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 243.

²¹⁵ Conforme já explicitado na nota de rodapé nº 179, a tradução para português utilizada na citação se encontra em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193-195.

não apenas as legislativas²¹⁶, ou seja, de formulação de normas gerais e abstratas. Reconhecendo esta realidade, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que “o exercício da autoridade para aprovar leis constitui apenas uma parte do trabalho do Legislativo”, que abrange a “responsabilidade de supervisionar o Executivo”²¹⁷. Em verdade, esta atividade de supervisão ou controle está na origem dos parlamentos e tem voltado a ganhar relevância nos últimos tempos²¹⁸. A este respeito, esclarece Renato Moretti:

Independentemente da concreta forma de governo em vigor, todos os parlamentos detêm funções de instrução, orientação e controle, porque elas são consideradas fundadas na alta dignidade política do órgão mais diretamente representativo da soberania popular.²¹⁹

A Constituição do Império do Brasil de 1824, por exemplo, previu a necessidade de aprovação da Assembleia Geral para concessão de “mercês pecuniárias”, vale dizer, recompensas em dinheiro, “quando não estiverem já designadas, e taxadas por Lei”, ou seja, quando não decorrerem de norma geral contida em lei já aprovada que estabeleça inclusive seu valor (art. 102, XI), e para definição do número e localização dos estabelecimentos – chamados de “estações” – do Tribunal do “Thesouro Nacional” (art. 170), precursor do Tribunal de Contas da União, ambos atos concretos sem o atributo da abstração e, portanto, leis em sentido meramente formal.

O Ato Adicional de 1834 à Constituição do Império apresenta ainda diversas outras hipóteses de leis em sentido meramente formal no âmbito provincial, entre as quais citaremos apenas duas por sua semelhança com a atual constituição brasileira: criação e supressão de empregos provinciais e municipais (art. 10, § 7º) e fixação do efetivo da força

²¹⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition, posição 4062. Segundo o autor, o “processo legislativo, deste modo, pode ser estendido a outras questões além de atos de legislação, por meio de expressa determinação constitucional ou por norma costumeira”, o que ele demonstra por diversos exemplos extraídos da Constituição de Weimar. Trata-se de tradução da versão em inglês: “[t]he legislative process, therefore, can be extended to matters other than acts of legislation through express constitutional provision or by the exercise of customary law.”

²¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria dos atos parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 81, p. 265, jan./mar. 1984. Neste mesmo artigo, adverte o autor: “Confunde-se, frequentemente, a função com a atividade do órgão, como se essa abrangesse a todos os atos do corpo legislativo” (p. 260).

²¹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria dos atos parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 81, p. 273, jan./mar. 1984. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307-308. SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 59-60. Para mais detalhes sobre a origem histórica dos parlamentos, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25-28.

²¹⁹ MORETTI, Renato. Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo. In: MARTINES, T.; SILVESTRI, G.; DECARO, C.; LIPPOLIS, V.; MORETTI, R. *Diritto parlamentare*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 335. Texto original: “Funzioni conoscitive, di indirizzo e di controllo sono svolte da tutti i Parlamenti, independentemente dalla forma di governo in concreto vigente, perché esse sono da ritenere fondati sulla superiore dignità politica dell’organo più direttamente rappresentativo della sovranità popolare.”

policial provincial (art. 11, § 2º)

Para exemplificar também com uma constituição contemporânea, a Constituição italiana de 1947 prevê que cabe à lei determinar a expropriação, mediante indenização, de determinadas empresas ou categorias de empresas (art. 43), conceder anistia ou indulto (art. 79), aprovar a retirada de uma província do território de uma região e sua anexação ao território de outra (art. 132) e criar novas províncias (art. 133), todas estas providências de caráter individual ou concreto, portanto leis meramente formais²²⁰. Todas estas hipóteses envolvem decisões políticas de grande importância e repercussão, o que justifica exigir a participação do parlamento como – na expressão de Renato Moretti acima transcrita – “órgão mais diretamente representativo da soberania popular”.

Além do evidente exemplo do orçamento que motivou o surgimento da distinção de Laband (art. 165), a Constituição brasileira de 1988 também institui diversas competências parlamentares, algumas a serem exercidas por lei em sentido formal, que não constituem exercício de poder de legislar²²¹. Tomando por base os exemplos da doutrina italiana, é possível mencionar a concessão de anistia (art. 48, VIII), a incorporação, subdivisão e desmembramento seguido de anexação de estados-membros (art. 18, § 3º), bem como a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (art. 18, § 4º). No que se refere à Administração Pública, dois exemplos guardam alguma simetria com as citadas normas da Constituição do Império e de seu Ato Adicional: exige-se lei para criação de órgãos, autarquias e empresas estatais (arts. 37, XIX, e 48, XI), bem como para criação, transformação e extinção de cargos e empregos públicos (arts. 48, X, e 61, § 1º, II, *a e e*).

Nenhuma destas leis é dotada ao mesmo tempo dos atributos da generalidade e da abstração, ou seja, é lei em sentido material. A criação de municípios é ato concreto que afeta o novo ente público e aquele que antes exercia o poder local sobre aquele território; idêntico raciocínio é aplicável a órgãos públicos, autarquias e empresas estatais. A anistia, ainda que estabelecida em normas aparentemente gerais, atinge condutas específicas de pessoas determinadas ou ao menos determináveis, sem qualquer generalidade ou abstração. A criação ou extinção de cargos ou empregos públicos envolve situação concreta – a definição da possibilidade de recrutamento de um número determinado de servidores públicos com certas atribuições, regime jurídico e remuneração –, ainda que haja

²²⁰ Os exemplos foram colhidos em SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 118-119

²²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 40-44. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21-22.

generalidade no aspecto pessoal por não se saber quem ocupará o cargo ou emprego.

A Constituição prevê ainda diversos outros atos parlamentares que não envolvem competência legislativa e são veiculados por procedimento diverso da lei, sem sanção do Chefe do Poder Executivo, resultando em resoluções, decretos legislativos ou outros atos, como o relatório de comissão de inquérito parlamentar. Eles sequer podem ser considerados leis em sentido meramente formal, já que não obedecem ao procedimento para aprovação da lei, que exige a sanção do Chefe do Poder Executivo; são exemplos a autorização para lavra de minério em terra indígena (art. 49, XVI), a aprovação da intervenção federal em Estado (art. 49, IV) e do indicado para ocupar o cargo de Procurador-Geral da República (art. 52, III, *e*).

O reconhecimento destas competências parlamentares não legislativas não afeta nem desfigura a adoção pelo ordenamento constitucional brasileiro da separação de poderes, que se dá com certas peculiaridades, tal como ocorre em qualquer sistema constitucional. Como visto, a existência de tais competências nem sequer discrepa do que ocorre em outros Estados constitucionais. Questão diversa é saber se o legislador pode ampliá-las ou se elas se restringem às previstas de modo expresso na Constituição. Este ponto será objeto de nossa atenção oportunamente, mas no presente estágio da argumentação importa mais estudar qual o parâmetro de validade dos atos parlamentares que não são legislativos, o que será essencial para definir o parâmetro de controle da lei instituidora de operação urbana consorciada.

Partindo-se da já explicitada premissa de que a Constituição garante a legalidade material, dotada dos atributos da generalidade e abstração, não há razão para afastar ou excluir tal garantia com base exclusivamente no órgão que deve observá-la. Em outras palavras, em um Estado de Direito, o parlamento também é destinatário da garantia da legalidade material e, até que exerça sua competência de alterar a legislação, está obrigado a observá-la em qualquer outro ato que pratique, ainda que este assuma a forma de lei.

Portanto, os atos parlamentares não legislativos, neles incluídos as leis em sentido meramente formal, devem ser conformes às normas gerais e abstratas previstas não apenas na Constituição, mas em leis em sentido material que versem sobre elementos do ato em questão, que não são revogadas nem excepcionadas pela lei em sentido meramente formal, mas devem, ao contrário, ser por esta aplicadas. Como qualquer ato administrativo em sentido material, estes atos parlamentares podem ser considerados ilegais, e não apenas inconstitucionais.

Não se trata de conclusão inovadora, já que baseada na obra clássica de Seabra Fagundes:

Ainda se pode falar da submissão do Poder Legislativo à ordem legal, no sentido estrito, isto é, submissão às leis ordinárias. Entende-se, então, que o órgão legislativo tem o dever de não praticar ato de finalidade individual (no sentido de formal), sem base em regra de caráter geral, antes vigente [...]. Isso não significa, para o poder que elabora as leis, impossibilidade de modificá-las, o que seria ilogismo. Mas enquanto não usar da sua faculdade de alterar o direito ordinário, deve o Legislativo a ele se ater, se houver de praticar ato de natureza pessoal.²²²

O Congresso Nacional tem adotado interpretação semelhante ao analisar projetos de lei em sentido meramente formal. Diversos regimentos parlamentares valem-se do termo “juridicidade”, que sugere que a análise de projetos de lei extrapola a constitucionalidade, como se vê nos regimentos internos da Câmara dos Deputados (arts. 53, III, 54, I, 139, II, *c*, 145, *caput* e § 1º, e 146 e 147), do Senado Federal (arts. 101, I, e 257) e de assembleias legislativas estaduais como as de São Paulo (art. 183, § 2º) e Minas Gerais (arts. 145 e 185). Já os regimentos das câmaras municipais costumam utilizar, de modo equivalente, o termo legalidade, como se vê em São Paulo (arts. 79, 177, I, 213, 275, § 4º, 306, V, *e*, 363, I, e 364), Rio de Janeiro (arts. 112, *caput*, e § 1º, 162, I, 195, 206, VI, 232, 283, IV, *e*, e 319, I e § 2º) e Belo Horizonte (arts. 52, I, *a*, e 120, § 2º).

É significativo o exemplo da instituição de efemérides, ou seja, datas oficialmente designadas com o objetivo de fomentar a lembrança de um fato considerado relevante ou despertar atenção para a importância de certa atividade ou grupo social, sem que se considere tal data feriado.

Em 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, responsável pela análise de constitucionalidade e juridicidade de proposições parlamentares no âmbito daquela casa, editou sua Súmula de Jurisprudência nº 4, segundo a qual “[p]rojeto de lei que institui dia nacional de determinada classe profissional é injurídico”. O fundamento constitucional da súmula é o art. 215, § 2º, da Constituição, segundo o qual “lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”, o que pressupõe interpretação no sentido de que a exigência constitucional é de uma lei que estabeleça critérios – ou seja, normas dotadas de generalidade e abstração – sobre a instituição destas datas, e não que as institua, em ato concreto que de lei teria apenas a forma.

Nem sempre a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados foi fiel à sua própria súmula, tendo-a ignorado sem qualquer explicação em

²²² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 117.

algumas oportunidades, como no parecer sobre o Projeto de Lei nº 861, de 2003, que pretende criar o dia do instrumentador cirúrgico, e no parecer sobre o Projeto de Lei nº 5.513, de 2009, posteriormente convertido na Lei nº 12.623/2012, que instituiu como efeméride o Dia do Aniversário do Buda Shakyamuni²²³. Apesar do casuísmo – que, como vimos, não é exclusivo do Poder Legislativo –, o entendimento que deu origem à Súmula nº 4 continuou a ressoar no parlamento e acabou por dar origem à Lei nº 12.345/2010, que fixou critérios para instituição de datas comemorativas, ratificando a competência do parlamento para defini-las mediante lei (art. 4º), após a realização prévia de consulta ou audiência pública (art. 2º) que demonstre a alta significação da data para diferentes segmentos da sociedade brasileira (art. 1º).

Após o advento deste diploma legal, o Congresso Nacional vem sendo mais rigoroso na exigência que o ato concreto – lei em sentido meramente formal – que institui determinada data comemorativa observe o procedimento e o critério estabelecidos na lei em sentido material, sob pena de ilegalidade ou antijuridicidade. Neste sentido se manifestou a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, no Parecer nº 219, de 2012, que apreciou requerimento de outra comissão daquela casa sobre um total de 77 (setenta e sete) projetos de lei para instituir efemérides:

Pode ser aprovada, sancionada e publicada Lei que institua data comemorativa, originada de projeto de lei, sem que tenha sido percorrido o *iter* estabelecido na Lei nº 12.345, de 2010?

Seria tal norma compatível com o texto constitucional e com o ordenamento jurídico nacional?

Admitida a publicação de lei com esse contorno estaria revogada, ainda que parcialmente, a Lei nº 12.345, de 2010?

[...]

É absolutamente razoável interpretar que a lei a lei exigida para integração do contido no texto constitucional é aquela que fixa critérios, requisitos, procedimentos e condições para a fixação das datas comemorativas, como de resto fez a Lei nº 12.345, de 2010.

[...]

Poder-se-ia argumentar que a Lei nº 12.345, de 2010, é lei ordinária. Pelas regras clássicas de hermenêutica jurídica, norma da mesma estatura e posterior que trate da mesma matéria tem o condão de revogar total ou parcialmente a norma anterior.

Ainda nessa linha de raciocínio, qualquer projeto de lei, ainda que tenha solenemente ignorado as balizas da multireferida Lei, e que tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional, sancionado e publicado, teria, como lei, revogado, naquela homenagem específica, os critérios e requisitos

²²³ Ambos os pareceres são anteriores à Lei nº 12.345/2010, que modificou o regime jurídico da fixação de efemérides. No último projeto citado, não se pode deixar de notar que o parecer favorável, datado de 18 de maio de 2010, foi de autoria do então Deputado José Genoíno, um dos signatários do parecer contrário ao Projeto de Lei nº 2.398, de 1989, primeiro precedente indicado como base da Súmula 4. O parecer de 2010 não menciona a súmula nem explicita ou fundamenta a radical mudança de orientação.

legais anteriores.

Não parece razoável tal interpretação.

Primeiramente porque uma lei que fixe uma data comemorativa específica não possui a amplitude material da Lei nº 12.345, de 2010, norma essa que, como visto, veicula critérios, condições, procedimentos e requisitos gerais a serem observados por todas as leis específicas.

Neste sentido, não há falar em revogação por lei ordinária específica posterior.

Em segundo lugar, admitir a interpretação que significa revogação por lei específica posterior seria transformar em letra morta a Lei nº 12.345, de 2010, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, cuja principal *ratio* é assegurar a existência de um processo legislativo hígido e racional.

Não é crível que os Poderes Legislativo e Executivo, que se auto-limitaram em obediência ao texto constitucional, em prol da racionalidade do processo legislativo e da razoabilidade administrativa, atentem contra as regras por eles próprios instituídas.

Para ficar em exemplos mais recentes, fizeram menção ao cumprimento da Lei nº 12.345/2010 os pareceres da Comissão de Constituição e de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sobre os seguintes projetos de lei: nº 3.052/2015, que pretende instituir o dia nacional do profissional de logística, e o nº 2.071/2015, que pretende instituir o dia nacional do boxe.

O mesmo entendimento foi aplicado pelo Congresso Nacional a projetos de lei que pretendiam declarar de utilidade pública determinadas entidades sem fins lucrativos, excepcionando para o caso concreto a competência do Poder Executivo estabelecida pelo art. 2º da hoje revogada Lei nº 91/1935. Diversos pareceres no sentido da impossibilidade de excepcionar a referida lei em sentido material por leis veiculadoras de normas individuais, ou seja, leis em sentido meramente formal, foram sintetizados na Súmula de Jurisprudência nº 2 da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, também de 1994, que estabelece: “Projeto de lei que declara de utilidade pública associação, sociedade, entidade, fundação ou instituição é inconstitucional e injurídico.” Entre os precedentes citados para embasar a edição da súmula, merece destaque o parecer contrário ao projeto de lei nº 215-A, de 1991, que, apesar de se fundamentar também na ideia de reserva de administração (embora sem usar expressamente este conceito), explicita a vinculação do parlamento à garantia da legalidade material:

O Legislativo pode mudar a Lei 91/35 mas não pode desrespeitá-la, excepcionando-a. Além de INCONSTITUCIONAL, por invadir competência do Executivo, isso seria INJURÍDICO, uma vez que o cumprimento ou não, da lei, ficaria ao arbítrio dos legisladores. Nesse caso, teríamos a ditadura da Legislativo que nem à Constituição nem às leis se sujeitaria. É velha parêmia jurídica o *patere legem que fecista*: obedecer à lei que tu fizeste ...!

[...]

Chegamos então à quase paradoxal conclusão de que o Congresso pode

mudar a lei nº 91/35, se quiser, pode até revogá-la, mas não pode descumpri-la, desobedecê-la, sem invadir a competência privativa do Executivo. Isso seria injurídico, estaria contrário ao Direito, como um todo, no nosso ordenamento jurídico atual.

Seria, ademais, inconstitucional, não por uma forma de projeto de lei, nem pelo seu objeto, - uma vez que o Congresso PODE legislar sobre declaração de utilidade pública - mas por estar usando a lei para fazer em lugar do Executivo, a própria declaração, o que se constituiria um detournement de pouvoir, o que seria ilegal, como excesso de poder, e não, - evidentemente! - como desvio de finalidade.²²⁴

Este entendimento se consolidou no âmbito do Congresso Nacional a ponto do próprio Presidente da Câmara dos Deputados ter passado a arquivar, por decisão monocrática, os projetos de lei apresentados com o objetivo de declarar a utilidade pública de certas entidades sem fins lucrativos, como ocorreu com os projetos de lei nº 1.037/1995, 1.077/1995 e 1.276/1995, por decisão do então Deputado Luís Eduardo Magalhães, e com o Projeto de Lei nº 2.572/2000, por decisão do então Deputado Michel Temer. Posteriormente, projetos com este objeto deixaram de ser apresentados pelos parlamentares.

As comissões de constituição e justiça das casas do parlamento brasileiro são instituições de tradição, que já foram presididas por juristas de excelente reputação, dentre os quais se encontram futuros ministros do Supremo Tribunal Federal, como Nelson Jobim e Célio Borja, e acadêmicos reconhecidos, como Nelson Carneiro e Lúcio Bittencourt. Seus posicionamentos devem ser objeto de consideração e estudo, seja por sua importância para a interpretação da Constituição²²⁵, seja porque a autocontenção do parlamento em relação à extensão de suas atribuições ou a ausência de conflito com o Poder Executivo reduz a possibilidade de que o tema seja submetido à apreciação do Poder Judiciário, tornando os pareceres de tais comissões as principais referências de aplicação concreta de alguns dispositivos constitucionais.

Em face do exposto, nem toda lei em sentido formal é ato de natureza primária, ou seja, aplicação direta da Constituição²²⁶. Ao contrário, as leis em sentido meramente formal devem ser, em regra, atos secundários, ou seja, aplicação de leis em sentido material, que por sua vez constituem aplicação da Constituição.

²²⁴ Grifo e trechos em caixa alta do autor.

²²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 255. MARTINES, Temistocle; SILVESTRI, Gaetani. Le fonti del diritto parlamentare. In: MARTINES, T.; SILVESTRI, G.; DECARO, C.; LIPPOLIS, V.; MORETTI, R. *Diritto parlamentare*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 48-49.

²²⁶ Em sentido contrário, referindo-se inclusive às resoluções e decretos legislativos (art. 59, VI e VII, da Constituição): FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 225-226. Também em sentido contrário, com base na doutrina de Renato Alessi: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 242-243.

A própria Constituição, ao estabelecer, em seu art. 49, diversos atos parlamentares de natureza diversa da legislação, praticados sem a sanção do Chefe do Poder Executivo, oferece bons exemplos desta atuação parlamentar em conformidade com a lei, e não apenas com a Constituição²²⁷. Ainda que tais atos não sejam leis em sentido formal, por não serem praticados no âmbito do procedimento próprio para edição de lei, permanece útil sua abordagem para demonstrar que a implementação da legislação faz parte da atuação ordinária e por vezes cotidiana do parlamento.

O art. 49, II, da Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva de autorizar o Presidente da República a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvadas as hipóteses previstas em lei complementar. A lei exigida pelo dispositivo constitucional é a Lei Complementar nº 90/1997. Seu art. 1º estabelece as hipóteses em que a autorização do Presidente da República independe de autorização congressual. Seu art. 2º, porém, avança ao estabelecer requisitos para a autorização, válidos também para os casos em que há necessidade de manifestação do Congresso Nacional. O art. 3º, por sua vez, regula o procedimento de autorização. Estas normas, dotadas dos atributos da generalidade e da abstração, são de observância obrigatória não apenas para o Poder Executivo, mas também para o próprio Congresso Nacional, que não pode praticar o ato parlamentar concreto de autorização sem observá-las.

O mesmo fenômeno ocorre com a competência parlamentar de aprovação de “iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares” (art. 49, XIV). Trata-se de autorização concreta para determinada atividade, que deve observar o que dispõem a Lei nº 4.118/1962 e especialmente a Lei nº 6.189/1974, cujo art. 7º, § 1º, estabelece requisitos para a concessão de licença para construção e autorização para operação de instalações nucleares.

Também a autorização para referendo e a convocação de plebiscito, embora sejam atos de competência exclusiva do parlamento, devem se dar “nos termos da lei”, como estabelece o art. 14, *caput*, da própria Constituição. Esta lei é a de nº 9.709/1998, que estabelece quórum, procedimento e efeitos destes mecanismos de participação popular.

Exemplo ainda mais significativo é o inciso XII do art. 49 da Constituição, que atribui ao Congresso Nacional a competência de apreciar atos de concessão e renovação de

²²⁷ Em sentido contrário, apontando que os temas do art. 49 da Constituição não poderiam ser regulados genericamente por lei, mas só por decreto legislativo, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

concessão de emissoras e rádio e televisão, ao mesmo tempo em que o art. 48, XII, da mesma constituição prevê que cabe ao Congresso Nacional dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre telecomunicações e radiodifusão. A conciliação entre os dois dispositivos se faz pelo entendimento de que a lei estabelece normas gerais sobre o tema, de observância obrigatória para o Congresso Nacional na prolação dos decretos legislativos de concessão e renovação, que devem atender ao disposto na Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e em outros diplomas legais que tratam do tema.

Outros atos parlamentares não legislativos são regulados em termos gerais e abstratos pelo regimento interno da Câmara dos Deputados, Senado Federal ou parlamento local, ou ainda pelo regimento interno comum do Congresso Nacional. A Constituição é explícita em relação a alguns temas excluídos do campo de incidência da lei em sentido formal, que devem ser regulados por resolução ou decreto legislativo, sem a sanção do Presidente da República, como a polícia parlamentar (arts. 51, IV, e 52, XIII) e a definição das hipóteses de quebra do decoro parlamentar (art. 55, § 1º). Quanto a outros, pode surgir controvérsia por não haver norma expressa que delimite com precisão todo o conteúdo dos regimentos internos das casas do parlamento, tema clássico do Direito Parlamentar²²⁸. Não é o caso de abordar a questão nesta dissertação, pois implicaria extrapolar o objeto da pesquisa; a referência já feita basta para esclarecer que o exercício da competência parlamentar não legislativa não é completamente discricionário e nem isento de observar normas gerais e abstratas veiculadas por lei ou por regimento parlamentar.

Evidentemente, há atos parlamentares não legislativos que constituem aplicação direta da Constituição, sem intermediação de lei, como, por exemplo, a escolha de membros do Tribunal de Contas da União (art. 49, XIII, da Constituição). Contudo, não se trata de traço distintivo ou peculiar destes atos, pois também há atos do Poder Executivo com o mesmo figurino, como a decretação do estado de defesa (art. 84, IX, da Constituição) e a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único, da Constituição).

Em outras palavras, a garantia constitucional da legalidade material não é incompatível com a admissão de atos parlamentares não legislativos, tenham sido eles editados por meio de resolução, decreto legislativo ou lei em sentido meramente formal, desde que tais atos observem as normas gerais e abstratas veiculadas não apenas pela

²²⁸ Sobre as relações entre lei e regimento, cf. MANNINO, Armando. *Diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 28-31. Sobre a reserva de regimento (*riserva di Regolamento parlamentare*), cf. DI CIOLLO, Vittorio; CIAURRO, Luigi. *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2013. p. 38-39.

Constituição, mas também pelas leis em sentido material. Deste modo, o destinatário do ato parlamentar concreto ou individual mantém as mesmas garantias constitucionais que lhe propiciam amplo parâmetro de controle para se contrapor a ato formalmente administrativo de conteúdo equivalente, evitando que ocorra o fenômeno que a doutrina italiana identificou como fuga da decisão administrativa para a sede legislativa²²⁹. Afinal, “a densidade normativa guarda direta relação com a intensidade do controle: quanto mais densa a competência pública, mais parâmetros estarão à disposição dos órgãos controladores”²³⁰.

Uma vez esclarecidas as implicações da distinção entre lei em sentido material e formal, deve-se aplica-las ao contexto específico da operação urbana consorciada.

2.3 – A lei instituidora da operação urbana consorciada é lei apenas em sentido formal

Os arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade estabelecem com clareza o conteúdo da lei instituidora da operação urbana consorciada. O art. 32 exige a delimitação da área da operação; o art. 34 possibilita a previsão de emissão dos certificados de potencial adicional de construção; por fim, o art. 33 define o aspecto central do seu conteúdo: “o plano de operação urbana consorciada”, que é um projeto de renovação urbana, como apontado no capítulo 1 desta dissertação.

O plano de operação inclui um “programa básico de ocupação da área” (art. 33, II, do Estatuto da Cidade), ou seja, uma proposta de como aquela específica porção do território municipal deve ser ocupada, quanto se poderá construir além do permitido pelo plano diretor, se serão tolerados usos alternativos aos admitidos pela legislação urbanística, quais serão as obras e intervenções feitas pelo município com os recursos financeiros arrecadados na operação e qual será seu impacto na vizinhança.

É fácil perceber que este plano alcança profunda concretude e é aplicável apenas a esta área específica que se pretende seja renovada urbanisticamente. Somente por isso se torna viável o estudo de seu impacto ambiental (art. 32, § 2º, I, do Estatuto da Cidade) e na vizinhança do empreendimento (art. 33, V, do Estatuto da Cidade).

Mesmo dentro desta área, os índices urbanísticos privilegiados são aplicáveis

²²⁹ SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 281-282 e 290-293. Esta fuga reduz as garantias do administrado e dificulta a responsabilização do agente público que o praticou, uma vez a edição de lei em sentido formal é protegida pela imunidade parlamentar. Segundo a autora, a Corte Constitucional italiana, ao contrário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, não reconhece a existência de uma reserva de administração protegida pela Constituição. Entre várias outras decisões, ela cita a Sentença nº 62, de 16 de fevereiro de 1993 (p. 275-276).

²³⁰ VALIM, Rafael. Panorama do controle da administração pública. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 354.

apenas a imóveis determinados ou determináveis por quem tenha informações detalhadas sobre o local, como o próprio Município, que tem acesso a cadastros imobiliários para fins urbanísticos e tributários, e empreendedores imobiliários com experiência local. Assim, a norma que os estabelece não pode ser considerada geral, uma vez que seus destinatários são previamente conhecidos, e nem abstrata, pois a aquisição do solo criado ocorre em uma determinada oportunidade, ou seja, em uma situação concreta.

A doutrina costuma identificar o caráter concreto dos planos urbanísticos²³¹.

Victor Carvalho Pinto diferencia a atividade de legislar sobre direito urbanístico, competência da União e dos Estados (art. 24, I, da Constituição), admitindo suplementação do Município (art. 30, II, da Constituição), da competência administrativa de promover ordenamento territorial (art. 30, VIII, da Constituição), que envolve planejamento concreto²³². Ao tratar da limitação da propriedade pelo plano diretor, o autor é mais explícito:

A teoria da conformação da propriedade urbana pelo plano diretor oferece uma fundamentação muito mais adequada para o caráter não indenizável das limitações urbanísticas. Este não deriva de supostas características de generalidade e abstração, requisitos do exercício do poder de polícia. As normas urbanísticas só podem ser consideradas gerais por ficção jurídica, uma vez que são distintas para cada imóvel. A doutrina tem procurado contornar esta dificuldade pela atenuação do requisito, admitindo que a igualdade de tratamento tem de acontecer apenas no interior de cada zona e não em todo o território municipal.

Tal entendimento, igualmente adotado na doutrina norte-americana, não pode, entretanto, ser aceito, uma vez que as zonas são criadas pelo próprio plano. Elas não correspondem ao enquadramento de uma situação fática em categorias legais previamente estabelecidas. Não há uma lei anterior que classifique todas as possíveis situações territoriais e estabeleça o regime jurídico de cada uma. Porções do território em tudo semelhantes podem ser incluídas em zonas distintas. A função do urbanismo é exatamente criar um novo ambiente, levando em consideração a situação anterior, mas com ampla liberdade para definir o novo padrão de utilização do território.²³³

Embora o autor refira-se, no trecho acima transcrito, ao plano diretor, suas considerações são com maior razão aplicáveis ao plano de operação urbana consorciada, que abrange uma porção menor do território municipal e é elaborado em maior escala para

²³¹ GRAU, Eros. Roberto. A lei do plano. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 53-54, p. 317, jan./jun. 1980. SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 4-5, 151 e 162-163. MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 114-116. Em sentido diverso, considerando o plano um ato concreto, porém geral, inovador e conformador do direito de propriedade, por isso de natureza normativa: OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 124-125.

²³² PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92-95.

²³³ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 179-180.

propiciar renovação urbana de um modo específico e detalhado, em determinado prazo. Tanto é assim que, ao tratar de modo geral dos planos urbanísticos, ele os classifica como leis-medida, categoria que entende designar atos jurídicos desprovidos de generalidade e abstração aprovados pelo parlamento²³⁴, o que equivale ao conceito de lei em sentido meramente formal utilizado nesta dissertação.

Mesmo José Afonso da Silva, que considera o plano urbanístico como lei em sentido formal e material, o faz por entender como leis em sentido material atos “conformadores, transformadores e inovadores da situação existente”²³⁵, sem qualquer referência aos atributos da generalidade e abstração.

Almiro do Couto e Silva acrescenta maior sofisticação à análise ao esclarecer que os planos urbanísticos frequentemente constituem uma “mistura de lei com ato administrativo”, combinando prescrições gerais e determinações concretas com “endereço preciso, incidindo com absoluta precisão sobre o espaço geográfico e produzindo, desse modo, efeitos diretos sobre os proprietários dos imóveis a que se referem”²³⁶.

Esta análise aplica-se com precisão aos planos diretores, em que convivem normas gerais e atos concretos²³⁷. O plano de operação urbana consorciada, todavia, incide sobre uma área delimitada com maior precisão²³⁸ e tem por objetivo promover um determinado

²³⁴ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 206-208. O autor chega a defender o plano urbanístico como categoria à parte, irreduzível aos conceitos de lei, regulamento ou ato administrativo, mas posteriormente, como visto, acaba por enquadrá-lo no conceito de lei-medida entendido como lei em sentido meramente formal. Nesta dissertação, optou-se por não utilizar o conceito de lei-medida, em razão de variações na sua definição, que para alguns abrange medidas interventivas com objetivos concretos, porém veiculadas por normas dotadas de certo teor de generalidade e abstração. Almiro do Couto e Silva, por exemplo, considera que a lei-medida comumente é um “compósito da lei em sentido material e de ato administrativo sob a forma da lei” (*Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 30, 371 e 383). Sobre estas variações do conceito na doutrina, cf. SPUNTARELLI, Sara. *L’Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 7-9 e 132-134. Sobre a diferença entre lei-medida e lei em sentido meramente formal, cf. ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano diretor urbano e estatuto da cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 121-122.

²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 96 e 141.

²³⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 30, 371 e 383. No mesmo sentido: MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 114-116. PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 187-191.

²³⁷ O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014) oferece exemplos úteis: seu art. 112 prevê que empreendimentos com área construída computável superior a 20.000 m² (vinte mil metros quadrados) destinarão dez por cento desta área para habitação de interesse social, veiculando norma geral e abstrata; por outro lado, seu art. 362 estabelece que, no perímetro delimitado pelo Mapa 11, denominado Jacu-Pêssego, o coeficiente de aproveitamento máximo é quatro, norma concreta aplicada apenas a imóveis mapeados e, portanto, determinados.

²³⁸ Os arts. 2º a 4º a Lei Municipal nº 15.893/2013 de São Paulo, por exemplo, se dedicam a delimitar o perímetro da Operação Urbana Consorciada Água Branca e dividi-lo em nove setores, alguns deles divididos em subsetores, aos quais se aplicam algumas disposições específicas. Seu art. 8º lista as intervenções a serem realizadas com os recursos financeiros arrecadados no âmbito da operação, como “a extensão da Avenida

empreendimento de renovação urbana; portanto, qualquer norma contida na lei que o aprova – presumindo-se que tenha pertinência com seu objeto – é concreta, desprovida do atributo da abstração, ou individual, desprovida do atributo da generalidade.

Portanto, a lei que, em cumprimento à exigência dos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade, aprova este plano e institui a operação urbana consorciada é lei em sentido meramente formal²³⁹. Já se explicou no item anterior deste capítulo que a necessidade de que esta lei em sentido meramente formal obedeça às normas gerais e abstratas veiculadas em leis em sentido material é suficiente para possibilitar sua compatibilidade com a garantia constitucional da legalidade material. Questão diversa é saber: a) se a aprovação parlamentar da operação urbana consorciada é imposição da própria Constituição; b) caso a resposta à questão anterior seja negativa, se a exigência, pelo Estatuto da Cidade, desta lei local em sentido meramente formal é compatível com a Constituição, especialmente com o regime de separação de poderes nela traçado ou se, ao contrário, há violação ao que o Supremo Tribunal Federal denomina, com base na doutrina portuguesa, de “reserva de administração”.

Uma vez esclarecido que a lei instituidora da operação urbana consorciada é lei em sentido meramente formal, ou seja, não constitui ato legislativo em sentido material, veiculador de normas gerais e abstratas, fica afastada a possibilidade de que sua edição seja decorrente da aplicação do art. 44 da Constituição, segundo o qual o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional.

Resta avaliar outras possíveis hipóteses de reserva de lei formal eventualmente aplicáveis a tal ato.

Pompeia até a Avenida Auro de Moura Andrade” (inciso V). Já o art. 37 admite a construção de apenas um pavimento no subsolo, exceto nos Setores B, C, D, H e I e nos subsetores F2 e E2, em que são admitidos dois pavimentos. Os exemplos poderiam ser multiplicados e abranger os mapas anexados à lei instituidora da operação, mas o que importa é a percepção de que se trata de um plano concreto e detalhado sobre uma área específica da cidade, um verdadeiro manual de implementação de um empreendimento de renovação urbana, e não um conjunto de normas gerais e abstratas.

²³⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Mandado de Segurança nº 220.706, relatado pelo Desembargador Kazuo Watanabe na sessão de 24 de julho de 1973 da segunda câmara civil (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 461, p. 55-64, mar. 1974), considerou como lei de efeitos concretos, passível de impugnação por mandado de segurança, a Lei Municipal nº 7.859/1973 de São Paulo, que aprovou planos de renovação urbana de Santana e Jabaquara. Embora o conceito de lei de efeito concreto não seja idêntico ao de lei em sentido formal, por pressupor, além do caráter individual ou concreto de suas normas, a desnecessidade de ato administrativo que a aplique, o desembargador relator deixou explícito em seu voto que a lei em questão contém “comandos concretos e bem específicos quanto à ‘renovação urbana’ de duas áreas bem individuadas” (p. 59), ou seja, se qualifica como lei em sentido meramente formal. Vale lembrar que, no capítulo 1 desta dissertação, apontou-se a renovação urbana como objetivo da operação urbana consorciada, de sorte que o plano da operação pode ser considerado um plano de renovação urbana.

2.3.1 – Primeiro possível fundamento constitucional da reserva de lei para instituição da operação urbana consorciada: criação de obrigações e conformação da propriedade

Como já visto, José Afonso da Silva sustenta que a necessidade de aprovação dos planos urbanísticos por lei decorre do reconhecimento de que eles “importam inovação de grande profundidade no ordenamento jurídico, [...] impondo obrigações e constrangimentos e gerando direitos, que, no sistema brasileiro, somente se compreendem mediante lei.”²⁴⁰

Esta interpretação, embora tradicional e bastante difundida, não leva em conta que o art. 5º, II, da Constituição prevê a possibilidade de criação de deveres e obrigações – e, portanto, de direitos, uma vez que um não existem sem o outro – “em virtude de lei”, e não apenas por lei.

O contrato é o exemplo evidente de criação de direitos e deveres; embora baseado na lei, não se confunde com ela. No entanto, tais direitos e deveres afetam significativamente a propriedade, inclusive a imobiliária, que pode ser constituída, transferida e modificada por negócio jurídico formalizado em escritura pública (art. 108 do Código Civil) e, nas hipóteses previstas em lei, posteriormente registrado no ofício do registro de imóveis (art. 1.245 do Código Civil).

O mesmo fenômeno ocorre com atos administrativos que, desde que conformes à lei, podem gerar direitos e deveres e produzir significativas inovações na situação jurídica de uma pessoa ou de um bem.

Um exemplo de ato administrativo com este perfil²⁴¹ é o tombamento de bem imóvel. Embora permaneça no patrimônio de seu proprietário, a edificação erguida sobre imóvel tombado, a depender dos contornos do ato administrativo de tombamento, não poderá ser destruída, demolida ou mutilada; até mesmo os reparos precisarão ser autorizados pelo órgão público responsável pela gestão do patrimônio histórico e cultural (art. 17 do Decreto-lei nº 25/37). Os efeitos não se restringem à coisa tombada, mas se espraiam pela vizinhança,

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 96. No mesmo sentido: BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 171, jan. 2014. Também no mesmo sentido, mas especificamente para o plano diretor: JAMPAULO JÚNIOR, João. Plano diretor – o processo legislativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Libório (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182-183.

²⁴¹ Os três exemplos a seguir foram extraídos de GARCIA, Fernando Couto. Agravo de Instrumento – Restrição altimétrica decorrente de tombamento de conjunto urbano por ato administrativo – Inexistência de direito adquirido – Inaplicabilidade da reserva de plano diretor. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, nº 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=70748&p=19>. Aces-so em: 5 dez. 2016. O teor da explicação dos exemplos é, contudo, diverso do contido no texto citado, que é uma peça forense, redigida com finalidade diversa daquela de uma obra acadêmica.

inviabilizando qualquer edificação que impeça ou reduza sua visibilidade (art. 18 do Decreto-lei nº 25/37). Por mais que estes atos estejam previstos em lei, seria irreal afirmar que todos os bens imóveis estão sujeitos, em potência, a estas restrições, e que o ato administrativo de tombamento apenas as especifica, tomando em conta os detalhes do bem²⁴²; em verdade, elas inexistem até que sobrevenha o tombamento e mesmo sua extensão depende, em larga medida, da discricionariedade do órgão público que tutela o patrimônio histórico e cultural. Nem por isso o tombamento é ato que precisa ser praticado ou aprovado pelo parlamento ou por lei em sentido formal; ao contrário, como vimos, o Supremo Tribunal Federal já o considerou incluído na “reserva de administração”, declarando inconstitucional lei distrital que tentou tomar bens específicos²⁴³. O próprio José Afonso da Silva explica com precisão este caráter constitutivo do tombamento:

[...] o tombamento é o que *constitui* o bem tombado em *patrimônio cultural* nacional, estadual, municipal ou do Distrito Federal. Ele produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, dos bens tombados, impondo restrições ao direito de propriedade, e cria para eles um regime jurídico especial, transformando-os em *bens de interesse público* (situação diversa de domínio público e de domínio privado), sujeitos a vínculos de várias espécies, conforme já vimos, e mostraremos, ainda, ao estudarmos os efeitos jurídicos do tombamento. Tudo isso inova a situação jurídica dos bens tombados, transforma sua posição jurídica e impõe a seus proprietários condutas jurídicas, *ob rem*, que antes não havia, demonstrando que o tombamento, em qualquer caso, é *ato constitutivo*.²⁴⁴

O tombamento não é exceção. Os bens imóveis próximos a aeródromos, mesmo privados, estão sujeitos a restrições diversas estabelecidas por planos²⁴⁵ aprovados pela autoridade aeronáutica por ato administrativo, e não por lei (arts. 43, 44 e 45 do Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565/1986), que podem afetar a altimetria máxima das edificações a serem erguidas nestes imóveis de modo mais drástico do que faz a legislação urbanística. Imóveis vizinhos a unidades de conservação da natureza como parques e estações ecológicas, inseridas em sua zona de amortecimento, também podem sofrer restrições estabelecidas no plano de manejo da unidade, que é aprovado por ato

²⁴² A este respeito, afirma Carlos Ari Sundfeld: “Não se pense que o ato não impõe gravame particularizado, por decorrer de lei que o regule abstratamente. Também a servidão de passagem de fios elétricos – indiscutivelmente um sacrifício de direito – é constituída com base em lei, que a admite para todo e qualquer imóvel” (*Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 94).

²⁴³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.706/DF, julgada em 9 de abril de 2008, relator o Ministro Eros Grau.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160. Grifo do autor.

²⁴⁵ O art. 44 do Código Brasileiro da Aeronáutica menciona os seguintes: plano básico de zona de proteção de aeródromos, plano de zoneamento de ruído, plano básico de zona de proteção de helipontos e planos de zona de proteção e auxílios à navegação aérea, admitindo ainda planos específicos não enumerados na lei (§ 1º).

administrativo, tal como a própria delimitação da zona de amortecimento (arts. 2º, XVIII, 25 e 27, § 1º, da Lei nº 9.985/2000).

Apesar do evidente impacto destes atos administrativos sobre a propriedade de específicos bens imóveis, criando para seus proprietários deveres antes inexistentes, jamais se cogitou de reserva de lei formal para aprovação de planos de aeródromos, delimitação de zona de amortecimento e aprovação de plano de manejo de unidade de conservação ou tombamento. Para que tais atos sejam válidos, basta que estejam em conformidade com a legislação que os rege, gerando para seus destinatários o dever de acatar suas consequências jurídicas, que incidem “em virtude de lei”. Esta interpretação é coerente com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 91.509/RN, julgado pela segunda turma em 27 de outubro de 2009, relator o Ministro Eros Grau, assim ementado, na parte que interessa à argumentação aqui desenvolvida:

[...]

5. Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, apenas pelo princípio da legalidade afirmado no artigo 5º, II da Constituição do Brasil, vale dizer pela reserva da norma. No enunciado do preceito – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições decorrentes – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio estará sendo acatado.

6. No caso concreto, o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos [= reserva da norma]; não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares e os vincule. [...] ²⁴⁶

Nem sequer é possível argumentar que a reserva de lei seria específica para temas urbanísticos²⁴⁷, pois como visto no capítulo 1 desta dissertação, o plano diretor, que por força de norma constitucional deve ser aprovado pela Câmara Municipal, estabelece tão somente “as exigências fundamentais de ordenação da cidade” e não todas as normas e atos

²⁴⁶ Com exceção do primeiro e do último par, os colchetes são do original. Embora se refira primordialmente a regimentos e regulamentos, a argumentação desenvolvida pelo relator no precedente é aplicável a atos administrativos concretos.

²⁴⁷ Esta parece ser a opinião de Carlos Ari Sundfeld, para quem o zoneamento é matéria sujeita a reserva de lei; assim, como a operação urbana consorciada implica alteração ou flexibilização de parâmetros urbanísticos estabelecidos no zoneamento, seria indispensável sua instituição por lei (Direito de construir e novos institutos urbanísticos. *Direito*, São Paulo, n. 2, p. 46, 1995). No mesmo sentido, referindo-se aos planos urbanísticos de modo geral: ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano diretor urbano e estatuto da cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 123.

urbanísticos (art. 182, §§ 1º e 2º, da Constituição), não havendo no texto constitucional qualquer proibição de que outros planos urbanísticos com ele compatíveis sejam estabelecidos por ato do Poder Executivo.

De certa maneira, isto já ocorre nos projetos de regularização fundiária²⁴⁸ de assentamentos consolidados antes da Lei nº 11.977/2009²⁴⁹, por força de seu art. 52, que permite ao município “autorizar a redução do percentual de áreas destinadas ao uso público e da área mínima de lotes definidos na legislação de parcelamento do solo urbano”²⁵⁰, ou seja, outorgar benefícios urbanísticos, flexibilizando parâmetros previstos em lei, em atenção a peculiaridades concretas de uma área delimitada. Se a regularização fundiária for de interesse social, a flexibilidade é ainda maior, pois o art. 54 da citada lei dispõe que o projeto de regularização fundiária de interesse social pode “definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos”²⁵¹. Segundo a lei federal, a aprovação do projeto de regularização fundiária corresponde ao seu licenciamento (arts. 53, § 1º, e 61)²⁵², ao melhor, à licença, que tradicionalmente é reconhecida como ato do Poder Executivo. Convém lembrar que a regularização de construções, reformas e ampliações executadas em desacordo com a legislação é justamente uma das medidas que pode integrar operação urbana consorciada (art. 32, § 2º, II, do Estatuto da Cidade).

A este respeito, na vigência da Constituição de 1946, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela constitucionalidade da atribuição ao Prefeito de São Paulo da competência de especificar, com base em normas gerais e abstratas previstas na legislação urbanística local, as vias públicas cujos imóveis lindeiros teriam seu uso restrito ao residencial. O precedente, formado no Agravo de Petição nº 88.128, julgado pelo Plenário

²⁴⁸ Para Victor Carvalho Pinto, “são planos urbanísticos, ao lado do plano diretor, o projeto de loteamento (arts. 6º a 17 da Lei 6.766/1979), o projeto de regularização fundiária (art. 59 da Lei 11.977/2009) e o plano de operação urbana consorciada (art. 33 do Estatuto da Cidade)” (*Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 207).

²⁴⁹ Todo o capítulo III da Lei nº 11.977/2009, que trata da regularização fundiária urbana, foi recentemente revogado pela Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Contudo, por não ter sido tal medida apreciada pelo Congresso Nacional, optou-se por manter a referência à lei revogada e apontar as correspondências com dispositivos da medida provisória em notas de rodapé.

²⁵⁰ O art. 9º, § 1º, da Medida Provisória nº 759/2016 é ainda mais abrangente, pois autoriza esta redução sem limitação temporal e se refere a qualquer parâmetro urbanístico ou edílico. Sua redação é a seguinte: “Para fins de Reurb [(Regularização Fundiária Urbana)], os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edifícios.”

²⁵¹ No regime da Medida Provisória nº 759/2016, o citado art. 9º, § 1º, já produz este efeito.

²⁵² Os citados dispositivos não foram reproduzidos na Medida Provisória nº 759/2016, que é omissa sobre este ponto, mas nada impede que a legislação local – estadual ou municipal – estabeleça norma semelhante à da lei revogada. De toda sorte, a aprovação do projeto de regularização fundiária continua a ser ato do Município ou do Distrito Federal (art. 35), inserido em processo administrativo (art. 37), o que sugere a competência da administração pública, não do parlamento local.

daquela Corte em 15 de outubro de 1958, foi relatado pelo Desembargador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁵³, se tornou paradigmático a ponto de ser citado pelo Supremo Tribunal Federal para embasar decisão similar no Recurso Extraordinário nº 51.972/SP, relatado pelo Ministro Victor Nunes Leal e julgado pela Segunda Turma em 17 de maio de 1963. Posteriormente, este acórdão foi mantido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de embargos infringentes, ocorrido em 6 de setembro de 1963 e relatado pelo Ministro Cândido Motta.

A assertiva de que atos administrativos concretos promovem inovação e criam direitos e deveres não constitui novidade. Seabra Fagundes já o reconheceu, deixando claro que o caráter inovador exclusivo da lei é referente apenas a normas gerais e abstratas que, por óbvio, o ato administrativo concreto não pode mesmo modificar:

Os atos jurídicos, por meio dos quais se exerce a administração, não *constituem* o direito. Não são atos de formação da regra jurídica. *Criam* situações jurídicas individuais e, nesse sentido, se poderá dizer que fazem nascer direitos, como atos jurídicos que são. Mas, entre criar direitos (situações jurídicas pessoais) e criar o direito (lei, situação jurídica geral e abstrata), não é possível estabelecer identidade.²⁵⁴

Como visto e revisto, o plano da operação urbana consorciada não altera normas gerais e abstratas do ordenamento jurídico; não é inovador neste específico sentido. O que o plano altera é a situação jurídica concreta de pessoas e bens determinados e, neste sentido, cria direitos e deveres que afetam a conformação da propriedade, tal como diversos outros atos, o que, em termos estritamente constitucionais²⁵⁵, não depende de lei específica em sentido meramente formal ou de qualquer outro ato parlamentar de aprovação ou autorização²⁵⁶.

²⁵³ *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 228-238, 1960. O precedente é citado e sua fundamentação é endossada em MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 458-459. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1983. p. 107. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-117.

²⁵⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 8. Grifo do autor. No mesmo sentido: SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 140-141.

²⁵⁵ Será avaliada em outro tópico a instituição desta reserva pelo Estatuto da Cidade e sua compatibilidade com a Constituição, que constituem questão diversa.

²⁵⁶ Escrevendo antes da entrada em vigor do Estatuto da Cidade, Hely Lopes Meirelles sustenta que planos setoriais ou de urbanização ou reurbanização resultantes do plano diretor podem ser aprovados por decreto, sendo desnecessária sua aprovação por lei (*Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 445). Como visto no capítulo 1 desta dissertação, o objetivo da operação urbana consorciada é a renovação urbana, de modo que seu plano pode ser considerado um plano de reurbanização no sentido que o autor citado dá a essa expressão.

2.3.2 – Segundo possível fundamento constitucional da reserva de lei para instituição da operação urbana consorciada: alienação de bem público como ato de gestão extraordinária

Considerando que, conforme apontado no capítulo 1 desta dissertação, o cerne do instituto da operação urbana consorciada é a alienação de bens públicos, é imprescindível examinar se sua instituição caracteriza uma decisão de administração extraordinária, que o Poder Executivo não estaria autorizado a adotar sem aprovação pontual do parlamento.

Hely Lopes Meirelles dá à voz à difundida concepção de que a essência da atividade de administração, inclusive pública, é a gestão de interesses alheios, sobre os quais o administrador não teria qualquer disponibilidade, o que exigiria dele obter do titular destes interesses, representado pelo parlamento, autorização específica para atos de gestão extraordinária, entre os quais a alienação de bens imóveis²⁵⁷. Fica implícita neste raciocínio a analogia com o Direito Privado²⁵⁸, em que a oneração ou venda de imóveis depende, em regra, de decisão da maioria dos sócios na sociedade simples e na sociedade limitada (arts. 1.015 e 1.053 do Código Civil).

Contudo, como visto, a distribuição de competências entre os poderes estatais não obedece a este critério, típico das pessoas jurídicas de Direito Privado, mas sim à natureza da função: o parlamento legisla e a Administração Pública administra, exercendo atividade que abrange o que no Direito Privado seria gestão ordinária e extraordinária. Afinal, gestão extraordinária ainda é gestão, ou seja, administração. Ademais, nem sempre a alienação de bens imóveis públicos é atividade que pode ser considerada extraordinária; no âmbito de certas políticas públicas locais, como regularização fundiária e fomento à atividade industrial, pode não haver nada mais cotidiano e ordinário.

Ainda que se considere a noção de gestão extraordinária apta a desempenhar algum papel relevante na interpretação da separação de poderes, o critério para definir o que é extraordinário não deve partir do Direito Privado, pois a própria Constituição já elenca os atos de natureza administrativa que, por exceção, dependem da ratificação do Congresso

²⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 58-59 e 439-441. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 572. A notória influência da obra do autor sobre as autoridades municipais quando da entrada em vigor da Constituição de 1988 contribuiu para que inúmeras leis orgânicas municipais exigissem esta autorização parlamentar para qualquer alienação de bem imóvel. José Afonso da Silva também associa a necessidade de leis autorizativas a atos de gestão extraordinária (*Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 331). Em sentido contrário, à luz de uma constituição sem norma expressa sobre o tema: LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 47-48.

²⁵⁸ A analogia se encontra também nas obras sobre direito empresarial, como FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Direito empresarial II: sociedade anônima: mercado de valores*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 177.

Nacional, encontrando-se dentre eles a concessão e a alienação de imóveis públicos, mas tão somente daqueles “com área superior a dois mil e quinhentos hectares” (art. 49, XVII), o que implica a desnecessidade de autorização legislativa concreta para a alienação de todos aqueles de menor extensão.

Esta autorização do Congresso não se restringe a bens públicos federais, alcançando bens públicos estaduais e municipais, como demonstra o Decreto Legislativo nº 805/2003, que autorizou a alienação de terras públicas de propriedade do Estado do Pará²⁵⁹, e o Projeto de Decreto Legislativo nº 131/1995, aprovado no Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende autorizar o Estado da Bahia a alienar terras a uma companhia seguradora. Portanto, não há espaço para que constituições estaduais e leis orgânicas municipais exijam autorização também dos parlamentos locais, em violação à competência atribuída pela Constituição, de forma exclusiva – o adjetivo é do *caput* do art. 49 –, ao Congresso Nacional.

Por esta razão, a autorização legislativa para alienação de bens imóveis pelo art. 17, I, da Lei nº 8.666/1993, deve ser atendida por meio de lei em sentido formal e material, ou seja, de um conjunto de normas gerais e abstratas aprovadas pelo parlamento que determinem em quais situações a Administração Pública pode decidir alienar tais bens, e não por aprovação parlamentar concreta de cada alienação, exigência que seria inconstitucional²⁶⁰. Aliás, a própria União editou legislação geral e abstrata sobre a alienação dos bens públicos federais (art. 23 da Lei nº 9.636/1998); assim, não faz qualquer sentido que o legislador federal estabeleça exigência distinta para Estados e Municípios, como se as administrações públicas locais fossem menos confiáveis do que a federal, o que constituiria inclusive violação à igualdade.

Ainda que se admitisse a necessidade do titular do interesse autorizar a prática de

²⁵⁹ Isto também ocorreu durante a vigência da Constituição de 1969, cujo art. 171, parágrafo único, atribuía esta competência não ao Congresso Nacional, mas a uma de suas casas, o Senado Federal, mas valendo-se da mesma expressão “alienação ou concessão de terras públicas”, sem restrição às federais. As resoluções nº 83/1987, 67/1984, 321/1983 e 136/1980 autorizaram o Estado do Pará a promover alienação de terras públicas estaduais; a Resolução nº 130/1984 autorizou o Estado da Bahia a fazer o mesmo. A Resolução nº 182/1979 autorizou o Estado de Minas Gerais a alienar terras públicas à Companhia Suzano de Papel e Celulose para implantação de projeto de reflorestamento; as resoluções nº 1, 9, 12, 27, 39 a 42, 44 a 46, 51 a 54, e 58, todas de 1976, também autorizaram o Estado de Minas Gerais a alienar outras terras públicas.

²⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305-307. MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 265-266. SAAD, Amauri Feres. Permuta de bens públicos imóveis. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 119-128, jan./abr. 2014. Em sentido contrário: FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 84-91.

atos de gestão extraordinária, para os quais o simples administrador não estaria habilitado, não há qualquer razão para entender que este titular seria o parlamento, que exerce função representativa tal como o Chefe do Poder Executivo, ou seja, também atua na proteção de interesse alheio, vale dizer, do povo representado. Destarte, o raciocínio adotado por Hely Lopes Meirelles deveria conduzir à necessidade de autorização da alienação de bens imóveis por plebiscito ou referendo, o que seria inviável e altamente custoso. A tese pode ter feito sentido durante parte do período de vigência da Constituição de 1969, em que apenas o parlamento, e não o Chefe do Poder Executivo, era escolhido por eleições diretas, mas não a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988²⁶¹.

Ademais, conforme apontado no capítulo 1 desta dissertação²⁶², no momento de sua alienação, que se dá antes de sua incorporação a determinado terreno, o solo criado é bem móvel (art. 79 do Código Civil), sendo-lhe inaplicáveis tanto a construção teórica acima referida quanto o art. 17, I, da Lei nº 8.666/1993, incoerentemente restritos aos bens imóveis, como se não houvesse bens móveis de significativo valor econômico, como ações societárias, por exemplo.

A percepção de que a distinção entre gestão ordinária e extraordinária não é adequada para caracterizar a reserva de lei já se fez presente em outras duas hipóteses em que Hely Lopes Meirelles entendia aplicável a necessidade de autorização parlamentar concreta para atuação da administração pública: a concessão de serviço público²⁶³ e a celebração de convênios²⁶⁴.

Em ambas as hipóteses, a jurisprudência reconheceu a inconstitucionalidade da exigência de autorização parlamentar concreta²⁶⁵. Todavia, em 3 de abril de 2014, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por unanimidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 331/PB, ajuizada contra o art. 54, XXII, da Constituição do Estado da Paraíba²⁶⁶ e relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, reformulando sua jurisprudência ao

²⁶¹ Sobre a impossibilidade de identificação acrítica entre parlamento e democracia, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296-301.

²⁶² Item 1.3.3.1.

²⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 571-572.

²⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 573-574.

²⁶⁵ Para um inventário explicativo destes precedentes, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça de São Paulo, cf. MONTEIRO, Vera. Concessão e prévia autorização legislativa: STF e TJSP têm algo a dizer. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 457-465.

²⁶⁶ A redação do dispositivo é a seguinte: “Art. 54. Compete privativamente à Assembleia Legislativa: [...] XXII – autorizar e resolver definitivamente sobre empréstimo, acordos e convênios que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual”.

destacar que o constituinte estadual tem autonomia para exigir aprovação parlamentar para atos distintos daqueles que o constituinte federal entendeu que deveriam ser dependentes desta mesma autorização, inclusive celebração de convênios e acordos que gerem ônus ao erário. É de se destacar que o precedente não aponta que a Constituição Federal exija autorização legislativa por serem de gestão extraordinária os atos previstos no dispositivo impugnado; em verdade, há o reconhecimento de que a Constituição Federal não contém qualquer exigência neste sentido, mas que o constituinte estadual pode instituí-la, ainda que isto implique certa assimetria com o modelo federal. Portanto, tal precedente, mesmo que fosse aplicável à questão da alienação de bem público imóvel – não é, pois como visto, a competência do Congresso Nacional na matéria não se restringe à esfera federal –, não altera a conclusão – parcial, até o momento – de que a Constituição Federal não impõe reserva de lei para a instituição de operação urbana consorciada.

2.3.3 – Terceiro possível fundamento constitucional da reserva de lei para instituição da operação urbana consorciada: aprovação de plano de ordenação do território

O art. 21, IX, da Constituição prevê que compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Ao estabelecer a competência do Congresso Nacional, o art. 48, IV, da Constituição refere-se apenas aos planos e programas de desenvolvimento, sem fazer referência aos de ordenação territorial. Por sua vez, o art. 165, § 4º, menciona de modo amplo planos previstos no texto constitucional, determinando que sejam “elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”; contudo, sua inserção em capítulo dedicado às finanças públicas e a referência a compatibilidade com o plano plurianual sugere sua inaplicabilidade aos planos de ordenação territorial, que não têm características orçamentárias ou financeiras. Apesar disso, José Afonso da Silva aduz que a aprovação deste plano também depende de lei, considerando aplicáveis os dois dispositivos acima citados:

O processo legislativo do plano urbanístico nacional não está sujeito a regras especiais, como ocorria no sistema do revogado Ato Complementar 43/1969. Mas é certo que os planos urbanísticos federais (nacionais, regionais e setoriais) não de ser aprovados por lei, por força do que dispõe o art. 48, IV, da CF; e, não havendo regra especial sobre a formação dessa lei, fica ela sujeita às mesmas exigências constitucionais de elaboração das leis ordinárias.

Tem, porém, aplicação o disposto no art. 165, § 4º, da CF, segundo o qual os planos e programas nacionais, regionais e setoriais nela previstos “serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”, reafirmando-se neste final a natureza legal dos

planos.²⁶⁷

Ainda que possa surgir dúvida sobre a revogação do Ato Complementar nº 49/1969 – uma vez que o art. 3º da Emenda Constitucional nº 11/1978 revogou os atos complementares apenas “no que contrariarem a Constituição Federal [de 1967]”, o que permitiria a alegação de que ele foi recebido, ainda que em parte, com status da lei a que se refere o art. 48, IV, da Constituição de 1988 – é fora de dúvida que tanto este ato quanto o já mencionado art. 48, IV, da Constituição tratam apenas de planos de desenvolvimento, que o art. 21, IX, da Constituição expressamente distinguiu dos planos de ordenação territorial. Portanto, abordar a correta interpretação destes dispositivos extrapolaria o escopo desta dissertação.

Contudo, não se pode dizer o mesmo do art. 165, § 4º, da Constituição, que é bastante claro ao estabelecer que todos os planos previstos na Constituição devem ser “apreciados pelo Congresso Nacional”, razão pela qual sua inserção em capítulo sobre finanças públicas é tão somente uma falha de técnica legislativa que não deve ter peso maior na interpretação do que a clareza do texto.

Tanto o regimento interno da Câmara dos Deputados (art. 32, XI, c) quanto o regimento interno do Senado Federal (art. 102-A, I, a) consideram a apreciação de planos atividade da Comissão de Fiscalização e Controle, ou seja, um mecanismo específico²⁶⁸ de controle prévio²⁶⁹ do parlamento sobre a administração pública, e não exercício de atividade propriamente legislativa. Por sua semelhança com outros atos parlamentares de controle prévio da administração pública e por ter a Constituição previsto a apreciação congressional sem se referir a lei, a aprovação dos planos de ordenação territorial deve se dar por decreto legislativo²⁷⁰, a despeito da disposição em contrário do art. 113 da Resolução nº 1/2006 do

²⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118. Grifo do autor.

²⁶⁸ Para uma bem construída distinção entre controle político genérico e controles políticos específicos, sendo que apenas estes últimos podem ser prévios, cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 157-165.

²⁶⁹ Sobre a distinção entre controle prévio, que se deve entender como aquele exercido “antes da eficácia do ato”, controle concomitante e controle sucessivo, cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 46. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, n. 100, p. 15, abr. 2010.

²⁷⁰ A este respeito, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Realmente, de acordo com a Constituição há assuntos postos fora do âmbito da lei (art. 49). Estes, porém, versam de modo geral a aprovação ou autorização de atos de natureza administrativa. Por meio deles o Poder Legislativo controla o exercício do Poder Executivo quanto a determinadas competências” (*Direitos humanos fundamentais*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136). Em sentido similar, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220.

Congresso Nacional, que aprova o regimento interno da Comissão Mista de Planos, Orçamentos e Fiscalização prevista no art. 166, § 1º, da Constituição. Anna Cândida da Cunha Ferraz aponta diversos atos parlamentares que seguem este figurino:

Na verdade, o Congresso Nacional “partilha” decisões que o Executivo toma no exercício de várias atividades e com relação a certas e relevantes situações ou circunstâncias do processo político-governamental. Daí porque tais “competências administrativas” do Congresso Nacional constituem verdadeiros atos de controle interórgãos, como bem aponta Loewenstein.

Quanto ao momento, algumas dessas competências exclusivas do Congresso Nacional constituem controle prévio; outras, controle “*a posteriori*”. Essa distinção tem relevo particularmente no tocante aos resultados do controle.

Conotam o controle prévio as competências introduzidas pelo verbo “autorizar” (incisos II, IV, XIV e XVI [do art. 49]). Nesses casos, o Presidente da República não pode agir, tomar a decisão cogitada, sem “prévia autorização do Congresso Nacional”, veiculada por intermédio de um decreto legislativo. Desta forma, quanto aos efeitos, o controle prévio é eficaz porquanto “impede” a tomada de decisões, o exercício da atividade, o desempenho da função de que cogita.²⁷¹

Em relação a tais atos, o termo “controle” é utilizado em sentido equivalente ao de freios e contrapesos²⁷², como expressão da limitação do Poder Executivo pelo compartilhamento da decisão com o parlamento, e não no sentido de verificação da conformidade da atuação administrativa com certo parâmetro, que é o sentido usual do termo na doutrina²⁷³. Trata-se de verdadeiro poder de veto parlamentar insuperável e discricionário a uma decisão administrativa²⁷⁴, que não está vinculado a qualquer parâmetro normativo previamente definido, como reconhece, uma vez mais, Anna Cândida da Cunha Ferraz:

[...] o Poder Legislativo tem amplo poder para “autorizar” ou não a medida ou prática sob sua intervenção, inexistindo meio (salvo as gestões políticas, por óbvio) jurídicos que o obriguem a fazê-lo.²⁷⁵

Tendo o ato parlamentar a forma de decreto legislativo, e não de lei, mostra-se

²⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 163. Grifo do autor. A classificação da aprovação parlamentar de atos do Poder Executivo como mecanismos de controle também se encontra em ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 55. SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 161.

²⁷² FERRAZ, Luciano. Tribunais de contas e o controle dos atos administrativos. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 97, fev. 2006.

²⁷³ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32. Apesar do conceito restrito de controle de que se utiliza, a autora insere no controle da administração pública as autorizações parlamentares para prática de atos pelo poder executivo (p. 119-120).

²⁷⁴ Por esta razão, Luiz Gustavo Bambini de Assis caracteriza o controle parlamentar como um “poder de impedir”, na conhecida expressão de Montesquieu (*Poder legislativo e orçamento público: função de controle do parlamento*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64).

²⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 163. No mesmo sentido, considerando discricionária a decisão parlamentar, cf. ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 80.

inadequada a expressão “reserva de lei”, que pode ser substituída por reserva de parlamento²⁷⁶, ou seja, a exigência de uma decisão do Congresso Nacional, mesmo que revista forma diversa da lei, forma para a qual seria indispensável a inaplicável submissão do ato à sanção do Presidente da República.

Considerando que o plano de operação urbana consorciada não deixa de promover a ordenação ou ordenamento de porção do território municipal (art. 30, VIII, da Constituição), é possível sustentar que a necessidade de sua aprovação ou ratificação pela Câmara Municipal não necessariamente discrepa da separação dos poderes instituída pela Constituição, uma vez que o art. 165, § 4º, prevê medida similar em relação aos planos nacionais e regionais de ordenação territorial.

No entanto, como visto no item anterior deste capítulo, o regime local de separação de poderes, embora vinculado aos princípios constitucionais, não precisa ser simétrico ao regime federal²⁷⁷. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal na já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 331/PB, julgada em 3 de abril de 2014. Portanto, a Constituição Federal não impede que, no âmbito municipal, um plano de ordenação territorial como o plano de operação urbana consorciada seja veiculado por ato administrativo, mesmo sem aprovação ou ratificação parlamentar; por outro lado, também não impede que esta ratificação parlamentar seja obrigatória.

Firmada esta premissa, o próximo passo é avaliar se esta definição entre dois possíveis regimes jurídicos pode ser feita por lei federal como o Estatuto da Cidade ou por lei local.

2.4 – Análise da constitucionalidade da imposição por lei federal da reserva de parlamento para instituição de operação urbana consorciada

O art. 29 da Constituição estabelece que o município será regido por lei orgânica, aprovada pela câmara municipal por maioria qualificada, que atenderá, entre outros preceitos, à “organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal” (inciso XI).

²⁷⁶ A expressão é utilizada neste sentido amplo em: MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006. p. 124. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 727.

²⁷⁷ As peculiaridades do âmbito local no controle parlamentar da administração pública são lembradas, ainda que em breves passagens, tanto por Odete Medauar (*Controle da administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120) quanto por Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 59).

Em relação às funções legislativas, é evidente que cabe à Câmara Municipal exercê-la plenamente sobre todos os temas da competência legislativa do próprio município, inseridos no art. 30, I e II, da própria Constituição. Caberá à Lei Orgânica, portanto, tão somente definir como ocorrerá o exercício desta função, em relação à organização interna em comissões, bem como a possibilidade de delegação da função ao Prefeito e a definição de matérias eventualmente sujeitas a lei complementar.

Quanto às funções fiscalizadoras, contudo, há maior espaço para definição de quais atos de natureza administrativa, além do plano diretor, serão submetidos ao controle parlamentar no sentido de freios e contrapesos, ou seja, poder de veto insuperável sobre decisões administrativas. Evidentemente, apesar de não haver necessidade de perfeita simetria com as regras federais e estaduais, conforme reconhecido no julgamento da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 331/PB, a lei orgânica não pode subordinar o Prefeito à Câmara Municipal nem eliminar seu poder de comando sobre a Administração Pública local, o que constituiria violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição), que pressupõe, como já visto neste capítulo, a observância de reservas de administração. Contudo, observado este princípio, a Lei Orgânica pode estabelecer freios e contrapesos inexistentes na Constituição Federal, bem como pode deixar de exigir aprovação parlamentar de certos atos administrativos cujos equivalentes funcionais no âmbito federal dependam de ratificação do Congresso Nacional.

Portanto, excetuado o plano diretor sobre o qual já dispôs a Constituição (art. 182, § 1º), a lei orgânica municipal deve estabelecer se os demais planos urbanísticos, incluído o plano de operação urbana consorciada, dependem de ratificação parlamentar. No silêncio da lei orgânica a respeito, deve-se entender que os planos, por terem natureza de ato administrativo em sentido material, podem ser praticados diretamente pela Administração Pública municipal, sem participação ou ratificação do parlamento local.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, prevê que os planos regionais e setoriais nela previstos serão “apreciados pela Câmara Municipal” (art. 137, § 4º), o que inclui “os planos setoriais, regionais, locais e específicos” (art. 144, III), conceito suficientemente abrangente para incluir os planos de operação urbana consorciada.

Já a Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, embora se refira expressamente a “operações urbanas” (art. 185, V, com redação atribuída pela Emenda nº 29/2016), não contém qualquer dispositivo que exija sua aprovação parlamentar.

Sendo a definição destes freios e contrapesos matéria que cabe, como visto, à Lei Orgânica municipal, por força do art. 29, XI, da Constituição, não cabe à lei federal dispor

sobre o tema. Destarte, são formalmente inconstitucionais os trechos dos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade que se referem a “lei municipal específica” e “lei específica”. Os demais requisitos previstos nestes dispositivos são constitucionais, mas o ato estatal que deve atendê-los é aquele fixado de acordo com a lei orgânica local, e não com o Estatuto da Cidade.

Renzo Dickmann, ao tratar das funções não legislativas do parlamento na Itália, sustenta a atipicidade dos atos parlamentares de exercício de tais funções, por vezes previstos por lei além do que originalmente estabelecido na Constituição italiana, o que é admissível, desde que constituam desenvolvimento de atribuições constitucionais; contudo, adverte expressamente que este entendimento guarda forte relação com a forma parlamentar de governo, sendo inaplicável a regimes presidenciais ou mesmo semipresidenciais, em que o papel do parlamento é limitado pela forma de governo²⁷⁸, que exige uma interpretação mais rígida da separação de poderes. Por tal razão, são igualmente inconstitucionais planos diretores e leis municipais diversas da Lei Orgânica que exijam a aprovação parlamentar da operação urbana consorciada, pela razão de que, se a Lei Orgânica não a exigiu, o ato está abrangido pela competência administrativa do Poder Executivo local, que só pode ser modificada por emenda à Lei Orgânica, tendo em vista o já citado art. 29, XI, da Constituição.

Apesar do entendimento aqui sustentado, optou-se por manter, sobretudo no capítulo 1 desta dissertação, as referências à lei específica instituidora da operação urbana consorciada, por diversos motivos. Em primeiro lugar, porque o desenvolvimento do argumento sustentado neste item dependia da anterior fixação da natureza jurídica da operação urbana consorciada e de sua aprovação parlamentar e poderia gerar confusão no leitor a crítica ao entendimento consolidado em lei federal de que a operação é instituída por lei antes que estas premissas estivessem devidamente esclarecidas. Em segundo lugar, porque a arguição de inconstitucionalidade do Estatuto da Cidade neste particular não foi ainda apresentada nem ao Poder Judiciário nem aos parlamentos e administrações públicas locais e talvez não venha a ser, uma vez que em projetos de grande relevância como operações urbanas consorciadas o gestor público tenderá a optar pela solução mais

²⁷⁸ DICKMANN, Renzo. Le ragioni di uno studio sulle funzioni parlamentari non legislative. In: _____; STAIANO, Sandro (Coord.). *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 8-11. Em sentido aparentemente diverso, considerando que a lei pode atribuir ao parlamento a escolha – e não apenas simples ratificação – de integrantes de conselhos deliberativos, com base no art. 49, X, da Constituição: PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 151.

conservadora, que lhe garante maior segurança jurídica, e esta solução é obter a aprovação parlamentar, evitando maiores controvérsias sobre o assunto. Em terceiro lugar, porque a tendência à simetria com o modelo federal de distribuição de poderes, ainda que não seja constitucionalmente obrigatória, é muito forte nos municípios brasileiros.

Deste modo, justifica-se a opção por manter referência à lei instituidora da operação no desenvolvimento de outros tópicos da dissertação, de modo a mantê-los úteis mesmo para os que rejeitam o entendimento de que a exigência de lei é inconstitucional para os municípios que não a tenham feito em suas leis orgânicas; assim, evita-se o equivocado entendimento de que todas as conclusões apresentadas seriam inaplicáveis se rejeitada a interpretação de que a lei não é sempre necessária e facilita-se a compreensão de que a inconstitucionalidade deste ponto do Estatuto da Cidade é apenas uma das consequências das premissas estabelecidas na obra, e não causa delas.

Ademais, sendo a referida lei – válida ou não à luz do argumento aqui desenvolvido – uma lei em sentido meramente formal, o acolhimento da tese de inconstitucionalidade em nada prejudica o entendimento ou a validade dos demais tópicos do texto, bastando ao leitor ter em mente que as assertivas apresentadas devem ser consideradas como feitas ao ato de instituição da operação prolatado em conformidade com a lei orgânica municipal, seja ele lei em sentido formal, decreto legislativo, resolução, decreto do prefeito ou outro ato administrativo. Afinal, um dos pontos centrais do trabalho é justamente a defesa de que, seja qual for a forma adotada, são os mesmos os parâmetros de controle da operação urbana consorciada.

2.5 – Inadequação do processo legislativo ordinário para apreciação do projeto de instituição de operação urbana consorciada – Ratificação ou veto parlamentar insuperável que corresponde a resolução ou decreto legislativo

Uma vez estabelecido que a apreciação parlamentar do plano de operação urbana consorciada constitui um freio ou contrapeso inserido na separação de poderes no âmbito do Município por sua Lei Orgânica, é necessário verificar quais os limites da atuação da Câmara Municipal, de modo a evitar que ela capture a competência administrativa e acabe por decidir em paridade ou com primazia sobre a Administração Pública, ao invés de apenas freá-la ou servir como seu possível contraponto. A este respeito, considerando que no item 1.3.3 deste capítulo caracterizou-se a ratificação parlamentar como uma espécie de controle no sentido

de limitação²⁷⁹, vale a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma:

A depender de quão incisiva for sua intervenção, o controlador se coloca como colaborador do gestor no exercício das competências administrativas (*relação de controle por cooperação*) ou, então, toma o lugar do gestor por completo (*relação de controle por substituição*).²⁸⁰

A partir desta consideração, fica evidente que a Câmara Municipal não pode deter, no exercício desta competência, os mesmos poderes que enverga no exercício da competência legislativa, sua atribuição precípua. Não é por acaso que, conforme demonstrado no item 1.3.3 deste capítulo, as competências similares a esta detidas pelo Congresso Nacional costumam ser exercidas por meio de decreto legislativo, e não por lei²⁸¹.

Se a competência for privativa de uma das casas do Congresso – seja a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal –, na forma dos arts. 51 e 52 da Constituição, a denominação utilizada não será decreto legislativo, e sim resolução. A despeito das tentativas da doutrina de distinguir os dois tipos de atos com base no procedimento ou efeitos²⁸², os regimentos parlamentares federais consagraram o critério orgânico, ou seja, referente ao órgão prolator do ato parlamentar²⁸³: resolução se for a Câmara ou o Senado, no exercício de competência privativa da casa; decreto legislativo se for o Congresso Nacional – não necessariamente em sessão conjunta –, também no exercício de sua competência privativa (art. 109, II e III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 213, II e III, do Regimento Interno do Senado Federal).

²⁷⁹ Sobre os sentidos fortes e fracos do termo controle, cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22-23.

²⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27. Grifo do autor.

²⁸¹ A distinção entre estes dois atos é antiga no Direito brasileiro, como se vê no Decreto nº 3.191/1899, que reorganizou a Secretaria de Estado da Justiça e Negócios Interiores – hoje Ministério da Justiça e Cidadania – e previu que as decisões parlamentares que contivessem normas gerais e disposições de natureza orgânica ou tivessem por fim criar direito novo seguiriam a fórmula da lei (art. 39) e aquelas que fossem tão somente medidas de caráter administrativo ou político, de interesse individual ou transitório, seguiriam a fórmula do decreto legislativo. O termo “resolução” era utilizado como gênero, no sentido de decisão, e a distinção entre lei e decreto legislativo não guardava relação com a necessidade de sanção presidencial, que poderia ser necessária ou não independentemente da forma adotada (art. 41). A respeito deste antigo decreto, cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 273. Nas constituições de 1934, 1946 e 1969, a sanção também não era o elemento de distinção, sendo chamados leis os atos parlamentares promulgados diretamente sem envio ao chefe do poder executivo, como se vê em SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 240 e 338-339.

²⁸² SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 546-547. Para os dois autores, o decreto legislativo teria efeitos externos ao parlamento e a resolução efeitos meramente internos.

²⁸³ Em sentido similar, baseando a distinção em atos previstos no art. 49 da Constituição e outros atos, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220-221.

Por esta razão, sendo os parlamentos locais unicamerais, é razoável adotar para o exercício de suas competências privativas a forma resolução, considerando inaplicável o decreto legislativo. Assim dispõe a Constituição do Estado de Minas Gerais, que, ao tratar do processo legislativo, elenca a resolução (art. 63, V), mas nem sequer menciona o decreto legislativo, de modo que o art. 194 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa local prevê, com simplicidade e precisão, que o “projeto de resolução destina-se a regular matéria da competência privativa da Assembleia Legislativa”. A lição foi seguida pelo Regimento Interno da Câmara Municipal de Belo Horizonte (arts. 113 e 114), a despeito da Lei Orgânica local mencionar também o decreto legislativo (art. 85, IV).

A solução, contudo, não é uniforme. A Constituição do Estado de São Paulo prevê tanto o decreto legislativo quanto a resolução (art. 21, V) e o Regimento Interno da Assembleia Legislativa estadual estabelece confusa distinção entre os dois em seu art. 145, §§ 2º e 3º: o decreto legislativo versaria sobre matérias de competência privativa da Assembleia sem a sanção do governador, enquanto a resolução regularia, com eficácia de lei ordinária, temas, também de competência exclusiva da Assembleia, de caráter político, processual, legislativo ou administrativo e seria o meio para manifestação em casos concretos. A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por sua vez, estabelece que o Regimento Interno da Câmara Municipal definirá as hipóteses em que serão editados resolução ou decreto legislativo (art. 39); o Regimento, acolhendo a lição de José Afonso da Silva e Hely Lopes Meirelles²⁸⁴, determinou que o decreto legislativo regula “matéria que exceda os limites da economia interna da Câmara” (art. 236) e a resolução temas internos, como perda de mandato de vereador e aprovação do próprio regimento interno (art. 237). Pelo critério paulistano, portanto, a aprovação de plano de operação urbana consorciada deve ser por decreto legislativo.

Tal como ocorre com acordos e tratados internacionais, o decreto legislativo ou resolução de ratificação ou aprovação é ato distinto do objeto aprovado ou ratificado²⁸⁵, que no caso é o plano de operação urbana consorciada, que não é um texto normativo, mas uma coleção de documentos, incluindo mapas e um estudo de impacto de vizinhança (art. 33 do Estatuto da Cidade). A inadequação do processo legislativo destinado à edição de lei em sentido material para apreciar estas questões é evidenciada por Victor Carvalho Pinto em

²⁸⁴ Nota de rodapé nº 282.

²⁸⁵ ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 49. No mesmo sentido: PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210.

relação ao plano diretor, em considerações aplicáveis com maior razão ao plano de operação urbana consorciada:

A lei é veiculada por um texto verbalizado, enquanto o plano diretor é veiculado por mapas gráficos e tabelas numéricas. Os textos que compõem o plano só podem ser entendidos como complementos do mapa. Por aí já se justifica a impropriedade do processo legislativo tradicional para o processamento do plano diretor. O processo legislativo foi todo pensado para a apreciação de textos, mas nunca de mapas. O veto parcial, por exemplo, “somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (art. 66, § 2º, da Constituição Federal). Não pode haver veto parcial de mapa. Da mesma forma, é inviável a emenda a mapa.²⁸⁶

Portanto, não cabe ao parlamento local apresentar qualquer emenda ao plano de operação urbana consorciada e nem mesmo aprová-lo em parte, o que equivaleria a modificá-lo substancialmente, substituindo o Poder Executivo. Em termos jurídicos, as opções da câmara municipal no exercício desta competência de freio e contrapeso são apenas duas: ratificar ou vetar integralmente o plano urbanístico²⁸⁷.

Pela mesma razão, a iniciativa do procedimento é do Prefeito²⁸⁸, que deve enviar à Câmara Municipal mensagem com o plano de operação urbana consorciada para que esta o ratifique ou vete. Nada impede, contudo, que os vereadores esclareçam ao prefeito que pretendem negar ratificação ao plano se o Poder Executivo não modificar determinados pontos por meio de mensagem aditiva ou mesmo pela retirada da mensagem original, seguida de envio de outra com novo plano²⁸⁹.

²⁸⁶ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 212. Em sentido similar, mas em relação a temas técnicos em geral: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 295-296.

²⁸⁷ Convém lembrar que nada impede que a Câmara Municipal simplesmente não aprecie a mensagem do Prefeito com o plano, que pode jamais ser pautada, o que constitui uma forma lícita de atuação que equivale a uma rejeição sutil, com peculiaridades políticas típicas do parlamento, que não delibera do mesmo modo que o Poder Judiciário e não está sujeito à vedação de *non liquet* (arts. 4º e 140 do Código de Processo Civil). Em sentido contrário, sustentando que o proponente teria direito a uma deliberação: SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 136.

²⁸⁸ Neste sentido dispõe o art. 65, § 1º, do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 7.165/1996, com redação alterada pela Lei Municipal nº 9.959/2010). No Recurso Extraordinário nº 218.110/SP, julgado em 2 de abril de 2004 e relatado pelo Ministro Néri da Silveira, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que não há iniciativa privativa do Prefeito de projetos de lei em matéria urbanística. No entanto, pelo que se pode inferir do acórdão, as partes e o tribunal não chegaram a debater o caráter concreto da lei em questão, ou seja, se ela se enquadraria no conceito de lei em sentido meramente formal, que é ato administrativo em sentido material. Portanto, o precedente não deve ser aplicado sem considerar esta relevante circunstância. A ratificação do plano urbanístico por resolução parlamentar ou decreto legislativo reduz a natural tendência de obnubilação das peculiaridades das leis em sentido meramente formal pela aplicação das normas típicas do processo legislativo de leis em sentido material.

²⁸⁹ ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 60. Em sentido similar à exposição deste item V, mas referindo-se especificamente ao plano diretor e sem abordar a questão da mensagem aditiva: PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 215-216. Sobre a possibilidade de mensagem aditiva, apesar da Constituição só a prever para lei orçamentária, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual (art. 166, § 5º), cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 232. SILVA, José Afonso da.

Eventual iniciativa popular do plano urbanístico, desde que seus requisitos e procedimentos estejam previstos na legislação local em conformidade com o art. 43, IV, do Estatuto da Cidade, não dispensa todo o trâmite administrativo – que é pré-parlamentar – do plano e nem sua aprovação pelo Prefeito, sem o qual não pode ser remetido à Câmara Municipal. Não se deve confundir iniciativa popular com referendo ou plebiscito, que são instrumentos diversos.

A decisão de ratificação resulta na promulgação da resolução ou decreto legislativo, não havendo, como já esclarecido, oportunidade para sanção ou veto do Prefeito. Seu efeito é tornar eficaz o plano de operação urbana consorciada, contudo ela não sana eventual vício de legalidade, seja material ou procedimental, que ensejará a atuação dos controladores, conforme será detalhado no capítulo 3 desta dissertação.

2.6 – Alteração do plano de operação urbana consorciada

Tendo sido o plano de operação urbana consorciada aprovado pela Câmara Municipal, não há como alterá-lo sem submeter a modificação a nova aprovação. Caso contrário, a competência parlamentar poderia ser facilmente frustrada pelo Poder Executivo.

Questão bastante diversa é a modificação de aspectos específicos do plano, realizada em conformidade com suas próprias normas. O programa de ocupação da área a ser renovada (art. 33, II, do Estatuto da Cidade), o programa de atendimento à população afetada (art. 33, III, do Estatuto da Cidade) e o próprio contrato de alienação de solo criado podem ser modificados sem que isto implique necessariamente alteração do plano urbanístico aprovado, desde que tais modificações obedeçam a parâmetros fixados no plano diretor, em eventual lei estadual ou municipal em sentido material que disponha sobre o tema e no próprio plano de operação urbana consorciada aprovado pelo parlamento local, bem como sejam acompanhadas do devido reequilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, da Constituição). Em outras palavras, a própria operação urbana consorciada pode contemplar certa flexibilidade para que o administrador público realize uma sintonia fina do plano com o contexto fático mutável e com a realidade econômica e social do empreendimento, que só será plenamente revelada com sua implementação, por melhor que tenha sido o planejamento realizado. Se o próprio plano de operação urbana consorciada, aprovado pela Câmara Municipal, admite esta flexibilidade, as modificações realizadas dentro da margem por ele

Processo constitucional de formação das leis. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 192-193. BRASIL. Presidência da República. *Manual de redação da Presidência da República*. 2a ed. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 106.

prevista não precisam ser submetidas a nova ratificação.

Por outro lado, eventual modificação do plano urbanístico, mesmo ratificada pela Câmara Municipal, só pode ocorrer se observar estes mesmos parâmetros ou se contar com a concordância de todos os adquirentes de solo criado no âmbito da operação urbana consorciada, tendo em vista a inaplicabilidade do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, já abordada no capítulo 1 desta dissertação, e a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito²⁹⁰, que não pode ser afetado sequer por lei posterior (art. 5º, XXXVI, da Constituição).

Questão mais delicada é a da possibilidade de alteração, não do plano de operação urbana consorciada, mas do plano diretor ou outras leis urbanísticas, de modo a conceder graciosamente o que o adquirente do solo criado no âmbito da operação só conseguiu onerosamente. Ao tratar da operação urbana consorciada antes do advento do Estatuto da Cidade, em momento no qual alguns municípios já haviam concebido protótipos do atual instrumento, Carlos Ari Sunfeld apresenta relevante preocupação a respeito deste risco:

Outro pressuposto da operação urbana – não tanto por exigência jurídica, mas por motivos de ordem prática, sem cuja consideração o sistema não pode funcionar – está vinculado à imodificabilidade dos parâmetros de uso e ocupação da área atingida.

A questão se liga à segurança do investimento do particular que adere à operação. Como visto, este obtém o incremento do potencial construtivo de seu imóvel mediante uma contrapartida, em dinheiro ou por outra forma. Portanto, o benefício é recebido onerosamente.

Ideal seria que se tornasse imutável, dali para diante, o potencial construtivo que a lei, sem exigência de contrapartidas, atribui aos imóveis do setor envolvido. De fato. Se uma nova lei vier a elevar esse potencial – equiparando-o àquele que, no bojo da operação urbana, só se obtém onerosamente – estará lesando todos os que tiverem aderido à operação. O mero risco de ocorrência de situação do gênero é suficiente para desestimular, senão todos os possíveis interessados, ao menos a massa dos investidores.

[...]

É preciso, destarte, oferecer segurança de que modificação do gênero não ocorrerá. Contudo, não há como, no âmbito da legislação ordinária, impedir o legislador de, em momento subsequente, fazê-la. Mesmo se a lei de aprovação da operação urbana proibisse a elevação gratuita – chamemo-la assim, por facilidade – dos potenciais construtivos, isso não evitaria que nova lei a fizesse, revogando o dispositivo, implícita ou explicitamente. Para evitar isso, a única saída é inscrever a proibição na lei orgânica municipal que, tendo hierarquia mais elevada, prevalece sobre a legislação comum.²⁹¹

²⁹⁰ Sobre o conceito de ato jurídico perfeito, que abrange os negócios jurídicos e, portanto, os contratos, cf. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146-147.

²⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito de construir e novos institutos urbanísticos. *Direito*, São Paulo, n. 2, p. 46-47, 1995. Nota-se preocupação similar em MONTEIRO, Livia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades*: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço.

A preocupação de Sundfeld é precisa e merece adesão incondicionada; entretanto, as premissas já adotadas nesta dissertação conduzem a uma visão ligeiramente diversa acerca das possibilidades de solução do problema apontado.

A majoração graciosa de coeficiente de aproveitamento ou de outro índice urbanístico para determinada área da cidade, ainda que feita por meio de lei que altere pontualmente o plano diretor ou mesmo no âmbito de uma ampla revisão deste, é ato concreto, sujeito à observância da legalidade material, conforme já explicado e reiterado neste capítulo; destarte, para que este ato precise observar uma proibição geral e abstrata de majoração graciosa no perímetro de operação urbana consorciada em vigor, não há necessidade de que a norma esteja prevista na lei orgânica municipal, bastando que esteja prevista em qualquer lei local em sentido material ou mesmo em capítulo do plano diretor que contenha normas gerais e abstratas. Assim, o único risco remanescente seria o de revogação desta norma geral e abstrata, especialmente no bojo de um novo plano diretor que revogue inteiramente o antigo que continha uma tal norma.

Se o risco se concretizar, o adquirente do solo criado no âmbito da operação urbana consorciada terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que cumpriu prestação onerosa que se mostrou desnecessária ante conduta do Poder Público violadora dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança²⁹². Embora não se trate exatamente de modificação do plano, esta majoração graciosa de índices urbanísticos no perímetro da operação caracteriza *venire contra factum proprium*, ou seja, conduta contraditória violadora da boa-fé e gera o dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro ou indenizar o adquirente prejudicado, como mostra Carlos Bastide Horbach:

Outro ponto em que se faz presente a proteção da confiança é o relativo à responsabilidade do Estado pela quebra da confiança, como pode ocorrer no não cumprimento de promessas de planos, como os urbanísticos, por exemplo. Reconhece-se, quando há uma quebra radical das promessas contidas no plano, um direito à indenização dos danos causados por tal quebra, por questão de justiça material. A responsabilidade do Estado, nesse caso, surge do descumprimento, exatamente, da proteção da confiança. Assim, pode-se concluir que há responsabilidade sempre que o Estado, na implantação do plano, mediante promessas firmes, com vantagens, induzir os particulares a um comportamento ocasionando danos a eles, pela ulterior modificação do plano, mesmo quando realizada

2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 240.

²⁹² Sobre a aplicabilidade deste princípio à administração pública, acolhida pela jurisprudência dos tribunais superiores, cf. HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 220-226 e 269-275.

mediante lei.²⁹³

Situação diversa ocorre com a redução do coeficiente de aproveitamento ou mudança de outros índices urbanísticos que impliquem a diminuição da possibilidade de edificar nos imóveis inseridos no perímetro da operação urbana consorciada; não se trata neste ponto de ablação ou compressão do bem público adquirido no bojo da operação – que seria inadmissível sem indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV, da Constituição), por caracterizar sacrifício de direito²⁹⁴ –, mas sim de modificação do potencial construtivo conformador da propriedade do imóvel ao qual este solo criado poderá aderir, ou seja, anterior à sua incorporação.

Nada impede que lei local em sentido material proíba também esta modificação urbanística, que é igualmente ato concreto que deve obediência à legalidade material, ainda que veiculado mediante lei em sentido formal. Contudo, na falta de norma geral e abstrata neste sentido e ainda na sua presença, caso ocorra sua violação, a constatação do prejuízo para o adquirente não é tão simples. Ao contrário, a redução dos índices pode vir a tornar o solo criado mais escasso e por isso mais valioso. Não se nega que determinado adquirente possa ter celebrado o contrato de alienação com objetivo específico de incorporar o solo criado adquirido a certo imóvel para viabilizar específico empreendimento que pode se tornar inviável em razão da cogitada redução; nesta hipótese, contudo, é provável que tenha apresentado projeto de edificação para licenciamento antes da modificação legal, situação que costuma ser preservada pelas leis que modificam a ordem urbanística. Mesmo que não o tenha feito, o solo criado permanece valioso no mercado e provavelmente poderá ser alienado a terceiros sem qualquer deságio provocado pela modificação. Enfim, nesta circunstância, não se pode presumir o dano, que deve ser demonstrado de forma convincente.

²⁹³ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 273.

²⁹⁴ Sobre a noção de sacrifício de direito, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 86-118. Para uma visão comparativa, abrangendo Alemanha, Itália, França e o Direito Internacional, cf. CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. p. 132-137.

Capítulo 3

CONTROLE DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

O art. 33, VII, do Estatuto da Cidade estabelece que o plano de operação urbana consorciada deve especificar a “forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil”.

A lei não deixa claro em que sentido se vale do termo “controle”. É possível interpretá-lo no sentido impróprio de exercício do poder de polícia em matéria urbanística, especialmente por meio da expedição de licenças e autorizações²⁹⁵, no âmbito do controle do aproveitamento do solo (art. 2º, VI, do Estatuto da Cidade e art. 30, VIII, da Constituição), ou no sentido próprio de “verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente”²⁹⁶.

Diante da indefinição do texto legal, cabe ao planejador a tarefa de definir, no próprio plano da operação, se o controle administrativo específico a ser adotado será próprio ou impróprio – no sentido acima estipulado – ou se ambos conviverão, promovidos pelo mesmo órgão ou por órgãos diversos; qualquer que seja a escolha, deverá ser prevista participação da sociedade civil nesta atividade, que poderá se dar por meio de diversos mecanismos, ainda que não previstos no elenco do art. 43 do Estatuto da Cidade, meramente exemplificativo como se pode deduzir da expressão “entre outros”, constante da cabeça do dispositivo.

Todavia, esta competência do planejador não implica conferir ao plano da operação urbana consorciada o poder de afastar ou mesmo mitigar a incidência de outros controles –

²⁹⁵ A associação entre licenças e autorizações e poder de polícia faz parte do conhecimento convencional do Direito Administrativo. A este respeito, cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 403-404. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4. p. 264. SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Novos contornos da licença urbanística. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 249-252. Sobre a licença urbanística como instrumento de “controle preventivo”, cf. CARVALHO, Renata Martins de. A dupla função da licença para construir na nova ordem jurídico urbanística. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, v. 5 e 6, p. 148-149, mar./mai. 2014. REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 107-108.

²⁹⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32. Trata-se da acepção ampla de controle; na acepção restrita, segundo a autora, o controlador pode adotar “medida ou proposta em decorrência do juízo formado”. Há quem entenda que só se pode falar em controle nesta acepção restrita, ou seja, se a verificação realizada puder resultar na aplicação de uma sanção, como se vê em MANNINO, Armando. *Diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 325-326.

no sentido próprio – já institucionalizados e exercidos por instituições que, por força de suas competências fixadas em normas dotadas de generalidade e abstração, possam aferir a conformidade da operação com o ordenamento jurídico.

Neste capítulo 3, o último desta dissertação, o objetivo é identificar quais são estes controles em sentido próprio e os parâmetros para sua atuação. Foge do escopo da obra abordar tanto a estrutura administrativa de gestão da operação quanto o exercício do poder de polícia em relação à atividade urbanística desenvolvida no seu perímetro.

De início, mostra-se conveniente uma caracterização geral dos parâmetros de controle, em especificação do que já foi abordado nos capítulos 1 e 2. Posteriormente, serão abordados os diversos mecanismos de controle, divididos segundo o critério orgânico, ou seja, pela inserção do órgão controlador na estrutura de um dos poderes do Estado²⁹⁷. Embora o controle parlamentar – no sentido de freios e contrapesos – já tenha sido abordado no capítulo 2, resta avaliar o papel dos tribunais de contas, que, como órgãos auxiliares do parlamento (art. 71 da Constituição), exercem controle no sentido próprio, que deve ser classificado como parlamentar sob o ponto de vista orgânico, ainda que se tenha ciência da ampla autonomia destes órgãos.

3.1 – Parâmetros de controle: controle jurídico, e não técnico

Como visto, o conceito de controle em sentido próprio adotado neste trabalho remete a um parâmetro com o qual a atividade objeto de controle será comparada, para que o controlador verifique sua conformidade. É impossível realizar controle sem parâmetro; fazê-lo equivaleria a substituir a competência do órgão controlado pela do órgão controlador, que passaria a ter ampla liberdade de decidir o que considera ser o melhor, e não apenas o que está ou não em conformidade com o parâmetro adotado. Isto equivaleria ao que alguns chamam de controle de mérito²⁹⁸, baseado em juízo de conveniência e oportunidade que, por ser discricionário, não se encontra preso a parâmetros definíveis de antemão; nesta hipótese,

²⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7. p. 38-40. MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173-175 e 180-183. A nomenclatura utilizada pelos autores será adotada com uma pequena modificação: controle parlamentar ao invés de controle legislativo, de modo a enfatizar o aspecto orgânico, não o funcional.

²⁹⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71. CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7. p. 44-47. A expressão não é unívoca, pois Helio Saul Mileski entende por “controle de mérito” aquilo que, neste capítulo, denomina-se controle de resultados (*O controle da gestão pública*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178-179).

o que se tem não é controle, mas sim hierarquia. A distinção é salientada por Amauri Feres Saad:

[...] as competências que têm por objeto a análise de atos estatais e condutas de agentes públicos segundo critérios jurídicos, a elas atrelando o Direito os poderes ou de desconstituição do ato por ilicitude (invalidação) ou a aplicação de penalidade subjetiva ao agente responsável (ou ambas concomitantemente), constituem fenômeno diverso de outras competências consagradas a agentes e órgãos públicos, tais como as competências primárias para a prática de atos jurídicos ou materiais inseridos na função administrativa e as competências que, ainda que tenham por objeto a verificação de atos estatais e condutas de agentes públicos, permitam, na mesma ocasião, o proferimento de uma nova declaração de vontade que, ao final, venha a substituir aquela que foi proferida quando da prática de tais atos.²⁹⁹

Portanto, durante a formulação do plano de operação urbana consorciada, a autoridade administrativa superior – o Prefeito, por exemplo – pode substituir eventual decisão de secretário municipal, seu auxiliar, por considerá-la tecnicamente inadequada ou inconveniente, desde que o faça com a devida motivação. Como dito, a falta de parâmetro para atuação do Prefeito neste caso inviabiliza que sua competência seja considerada modalidade de controle, como salienta, mais uma vez, Amauri Feres Saad: “qualquer definição de controle que aduza a competência para substituir a vontade do agente ou órgão controlando será uma *antidefinição*, absolutamente imprópria para descrever o fenômeno que tem a pretensão de conceituar”³⁰⁰. Evidentemente, isto não implica que esta competência hierárquica – de direção – seja de menor importância ou não possa ser exercida ou ainda que seu exercício não possa levar em conta aspectos jurídicos ou técnicos; ao contrário, significa apenas que ela não se submete aos mesmos limites que caracterizam a atividade de controle.

Os parâmetros do controle variam segundo o que Floriano de Azevedo Marques chama de “método de controle”: no controle “formal”, ou seja, pautado “na verificação da atenção aos procedimentos e requisitos previstos em lei como condição para a prática de um ato”, é o próprio ordenamento jurídico o parâmetro, tratando-se de controle de legalidade que pretende fazer valer o Estado de Direito e a vinculação da Administração Pública à lei³⁰¹; no controle “material”, ou seja, voltado “a aferir o resultado de um ato ou ação

²⁹⁹ SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 26-27.

³⁰⁰ SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 36. Grifo do autor.

³⁰¹ Neste trecho, os termos “legalidade” e “lei” devem ser entendidos em sentido amplo, como Direito ou ordenamento jurídico.

administrativa”³⁰², servirão como parâmetro metas previamente fixadas no plano de operação urbana consorciada, em contrato de gestão firmado, com base no art. 37, § 8º, da Constituição, entre o Município e entidade de sua Administração Indireta eventualmente criada para gerir a operação urbana consorciada ou em outros atos da Administração Pública, tratando-se de um controle de gestão³⁰³ ou resultados³⁰⁴, e não de legalidade, ainda que os critérios para sua aplicação sejam juridicamente regulados e as metas de desempenho tenham certo valor jurídico³⁰⁵.

Estabelecidas estas premissas, é importante ressaltar que nenhuma das modalidades de controle tem por parâmetro concepções de técnica ou teoria urbanística acerca do que é melhor em termos de renovação urbana e organização da cidade. Em outras palavras, não cabe ao controlador sustentar que determinada operação urbana consorciada levará a resultados indesejáveis para a cidade, excessivo adensamento construtivo ou populacional, segregação espacial, salvo se conseguir demonstrar que tais circunstâncias implicam a violação de norma jurídica aplicável; caso contrário, ficará evidente que o controlador pretende, na verdade, substituir-se ao gestor público, definir a política pública e prolatar decisões administrativas em seu lugar, extrapolando os limites da atividade de controle.

Em relação ao plano de operação urbana consorciada, os mais relevantes parâmetros jurídicos para seu controle são o plano diretor e as leis em sentido material – sejam federais, estaduais ou municipais – que disponham sobre o tema e que devem ser observadas ainda que o plano da operação seja ratificado pela Câmara Municipal, conforme demonstrado no capítulo 2 desta dissertação.

Após sua ratificação parlamentar, o plano de operação urbana consorciada passa a ser o mais relevante parâmetro de controle dos atos administrativos concretos prolatados no âmbito da operação urbana consorciada.

³⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, n. 100, p. 14-15, abr. 2010.

³⁰³ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71-77.

³⁰⁴ Sobre o controle de resultados, cf. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 52-56.

³⁰⁵ Apesar disso, não atingir as metas de desempenho não pode ser caracterizado como uma ilegalidade no mesmo sentido da inobservância do dever de licitar ou do inadimplemento da obrigação de pagar certo contratado, uma vez que o gestor pode ter feito tudo o que estava a seu alcance para alcançar o máximo de eficiência e ainda assim não lograr alcançar a meta (o que não significa que este fracasso não tenha certas consequências jurídicas, fixadas, por exemplo, em eventual contrato de gestão; esta consequência, contudo, jamais poderá ser, por exemplo, a nulidade de um plano urbanístico executado por anos a fio).

Contudo, até que isto ocorra, durante a fase de planejamento da operação, é muito ampla a discricionariedade da Administração Pública municipal na elaboração do plano. A fixação de suas finalidades (art. 33, IV, do Estatuto da Cidade), por exemplo, não deve sofrer qualquer interferência dos órgãos de controle, salvo se for demonstrável, por meio da fundamentação realizada pela própria Administração Pública, que o empreendimento nem sequer pretende atingir um dos três objetivos fixados no art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade, ou se constatadas ilegalidades de natureza formal, como falta de motivação, vício de competência, inexistência de delimitação da área sujeita à aplicação do instituto no plano diretor municipal ou dispensa indevida da elaboração de estudo de impacto de vizinhança.

Nesta fase, é prematuro apontar ilegalidades materiais, sobretudo porque o debate público do plano – seja em eventuais audiências públicas, na mídia, no âmbito da própria Administração Pública ou na Câmara Municipal – ainda está em curso e pode levar a modificações relevantes no empreendimento; nesse contexto, sobretudo se houver embates políticos relevantes em curso – seja entre grupos políticos rivais seja entre moradores do perímetro da operação e o restante da cidade –, a intervenção precoce de órgão de controle pode obstaculizar a discussão e servir à exploração retórica por parte de um dos lados da disputa, falseando o embate democrático pelo natural temor – pouco importa se justificado ou não – que os gestores e técnicos responsáveis podem ter de que eventual discordância de sua parte seja encarada como desafio ou insubordinação pelo controlador³⁰⁶. Ademais, dada a complexidade do mercado imobiliário e da regulação urbanística, eventual posicionamento precoce do controlador pode induzir reformulação significativa do plano em sentido imprevisto e de legalidade duvidosa, cuja arguição pode se mostrar inviável pela circunstância do controlador sentir-se publicamente vinculado a irrefletido posicionamento anterior. Vale reproduzir a advertência de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Se o controle é exercido sobremaneira *ex ante*, com a intrusão dos órgãos de controle nas decisões dos gestores, o exercício da discricionariedade pelo administrador público passa a ser substituído pela opção discricionária do controlador, muita vez apresentada sob a roupagem

³⁰⁶ Acerca deste risco, impressiona o relato de Camila Maleronka sobre o esvaziamento do grupo gestor da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, no Município de São Paulo: “Assim, a análise desenvolvida leva à conclusão de que a gestão compartilhada entre poder público e sociedade prescrita pelo Estatuto da Cidade não se realiza pelo grupo de gestão da operação urbana consorciada Água Espraiada, que mal participa como esfera consultiva e pouco interfere em seu processo decisório. A grande realização da OUC até aqui – as pontes estaiadas – foi decidida à revelia do grupo de gestão, que não tem a governança da operação e fica à mercê de outras instâncias de decisão, com destaque para o processo de licenciamento ambiental (exigência legal) e para o termo de ajustamento de conduta (consequência do processo iniciado pelo Ministério Público)” (*Projeto e gestão na metrópole contemporânea: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana*. 2010. 212 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 145).

de expertise técnica ou da legitimação apriorística, decorrente do processo de seleção e investidura em cargo público dentro do sistema de controle.³⁰⁷

Após a ratificação parlamentar do plano urbanístico, a discricionariedade da Administração Pública terá sido reduzida substancialmente e o controlador terá parâmetros seguros para sua atuação imparcial, inclusive para garantir que os compromissos firmados perante moradores, usuários e empreendedores públicos e privados sejam cumpridos pelo Município.

3.2 – Controle administrativo e parlamentar

Uma vez que, como apontado no capítulo 2 desta dissertação, a Administração Pública e o parlamento atuam, em regra, em estreita cooperação na instituição da operação urbana consorciada, justifica-se o agrupamento dos controles exercidos por órgãos ou entidades ligados aos poderes Executivo e Legislativo no mesmo tópico deste capítulo.

Além disso, considerando que eventual participação da sociedade civil se dá no âmbito da fase administrativa da instituição da operação urbana consorciada, inclusive por meio da composição de órgãos colegiados nos quais eventuais representantes de entidades exercem função pública, ainda que voluntária e não remunerada, os temas comumente abordados na doutrina como componentes do controle social serão tratados neste mesmo tópico.

3.2.1 – Tribunais de contas e sistemas de controle interno

No capítulo 1, sustentou-se que o solo criado, entendido como incremento na possibilidade de aproveitamento lícito de um terreno urbano em relação ao que é permitido pela legislação urbanística sem que esta exija contraprestação do interessado, incluindo mas não se limitando à extrapolação do coeficiente de aproveitamento básico, é bem público dominical.

Além das implicações jurídicas já explicitadas nos dois capítulos anteriores, esta premissa tem relevante repercussão na competência dos órgãos de controle, pois, como bem público que é, o solo criado integra o patrimônio público – que, segundo o art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/1965 inclui “os bens e direitos de valor econômico” – e como tal é objeto da fiscalização patrimonial exercida tanto pelos tribunais de contas (art. 70 da Constituição)

³⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, n. 100, p. 25, abr. 2010. Grifo do autor.

quanto pelos sistemas de controle interno da administração pública de todos os poderes (art. 74, II, da Constituição). Afinal, como já disse Geraldo Ataliba,

[...] devem entender-se por bens, para o efeito do irresistível controle externo, todas e quaisquer coisas materiais ou imateriais, dotadas de valor econômico atual ou potencial, afetadas de algum modo à atividade administrativa.³⁰⁸

Como fica claro a partir da leitura do art. 74, II, da Constituição, este controle patrimonial abrange não apenas o controle de legalidade, mas também o controle de resultados da gestão dos bens públicos.

Portanto, as operações urbanas consorciadas estão sujeitas ao controle dos tribunais de contas³⁰⁹ e do sistema de controle interno do Poder Executivo. O Tribunal de Contas do Município de São Paulo, no Processo nº 72-002.113.09-60, avaliou pedido de modificação de alvará de construção no âmbito da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, e no Processo nº 72-002-273.10-70 inspecionou pagamentos de contrapartidas financeiras e controle do estoque de potencial construtivo para outorga onerosa³¹⁰, o que demonstra o reconhecimento, ainda que implícito, da competência fiscalizatória da corte de contas.

3.2.2 – Comissão de Valores Mobiliários

A Lei nº 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e criou a autarquia federal denominada Comissão de Valores Mobiliários, exclui do regime jurídico por ela instituído “os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal” (art. 2º, § 1º, I).

Todavia, nem todos os títulos públicos são representativos de dívida ou se vinculam a contratos de mútuo. O certificado de potencial adicional de construção (CEPAC) previsto no art. 34 do Estatuto da Cidade representa um bem público, o solo criado, que será alienado por meio do título, definindo-se posteriormente o bem imóvel ao qual ele será incorporado³¹¹. O Município emissor do certificado, portanto, não precisará resgatá-lo ou realizar qualquer pagamento nele previsto, mas apenas aplicar a legislação urbanística de

³⁰⁸ ATALIBA, Geraldo. Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 86, p. 300, abr./jun. 1985. A referência à afetação não deve impressionar, pois os bens dominicais são, de certo modo, afetados à geração de recursos financeiros para a entidade estatal ao qual pertencem, como demonstra Floriano de Azevedo Marques Neto (*Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 220-224).

³⁰⁹ OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 118.

³¹⁰ Embora a outorga onerosa não se confunda com a operação urbana consorciada, em ambos os institutos há alienação de solo criado, de sorte que, se há competência do tribunal de contas para fiscalizar um, consequentemente há também para fiscalizar o outro.

³¹¹ Cf. item 3.3.1 do capítulo 1 desta dissertação.

modo correto no momento da apreciação de requerimento de licença para construir e abster-se de adotar condutas futuras contraditórias com o contrato de alienação firmado. Mesmo o emprego do conjunto das contraprestações recebidas pelas alienações realizadas, que está afetado às finalidades e intervenções previstas no plano de operação urbana consorciada, não se caracteriza como pagamento de débito, uma vez que o montante despendido não ingressa no patrimônio do portador ou indicado no título, ainda que contribua para incrementar o valor de mercado deste (ou ao menos impedir sua desvalorização).

Portanto, os certificados de potencial adicional de construção não integram a dívida pública mobiliária (definida no art. 29, II, da Lei Complementar nº 101/2000) e sua emissão não caracteriza operação de crédito, nem mesmo por equiparação (art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 101/2000). Embora a receita pública proveniente da venda destes títulos também seja receita de capital³¹², é vedada a sua aplicação para financiamento de despesa corrente (art. 44 da Lei Complementar nº 101/2000), o que é perfeitamente coerente com a obrigatoriedade de sua aplicação na própria operação urbana consorciada (art. 33, § 1º, do Estatuto da Cidade).

Apesar de não ser derivado de uma operação de crédito, o certificado de potencial adicional de construção, se corporificado em suporte físico ou eletrônico³¹³ cuja apresentação seja indispensável para exercício dos direitos sobre o bem público por ele representado, é título de crédito, ou seja, nos termos do conceito do art. 887 do Código Civil, “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido”. Contudo, se o título for meramente escritural, sem suporte físico ou eletrônico – como é a praxe no Município de São Paulo³¹⁴, por exemplo –, não será enquadrável nesta definição legal, conforme explica Márcio Ferro Catapani:

Trata-se, sem dúvida, de título público, uma vez que emitido por ente estatal, no exercício de atividade típica do poder do Estado, sendo

³¹² O art. 11, § 1º, da Lei nº 4.320/1964 assim define as receitas de capital: “São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente.”

³¹³ Extrapola o escopo deste trabalho o debate sobre a admissibilidade do suporte eletrônico nos títulos de crédito, à luz inclusive do art. 889, § 3º, do Código Civil. Acerca do tema, com ampla revisão bibliográfica, cf. SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista jurídica empresarial*. Porto Alegre, n. 16, p. 11-52, set./out. 2010.

³¹⁴ O art. 5º, § 5º, do Decreto Municipal nº 53.364/2012, que regulamenta a Operação Urbana Consorciada Água Espraçada, dispõe: “Os CEPACs deverão ser registrados em forma escritural, dispensada a emissão física de documentos e atendidos os requisitos de segurança, transparência e economicidade.” No mesmo sentido dispõe o art. 8º, § 5º, do Decreto Municipal nº 55.392/2014, que regulamenta a Operação Urbana Consorciada Água Branca, que tem a seguinte redação: “Os CEPACs deverão ser registrados em forma escritural, dispensada a emissão física de documentos e atendidos os requisitos de segurança, transparência e economicidade.”

destinado, ainda que tem tese, à circulação no mercado. Ademais, se emitidos sob a forma cartular, os CEPACs consistem em títulos de crédito, mesmo que impróprios, na medida em que são documentos necessários para o exercício do direito literal e autônomo neles mencionado, a saber, o de construir em área superior àquela que ordinariamente seria permitida pela legislação. O § 2º do art. 34, já transcrito, é bastante claro ao determinar que o certificado “será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecido pela legislação”.

Contudo, se adotarem a forma exclusivamente escritural, não se pode equipará-los aos títulos de crédito, pois, como já visto antes, não existirá documento hábil, não havendo de se falar em literalidade ou cartularidade.³¹⁵

No Município de São Paulo, a praxe é que os CEPAC sejam estruturais³¹⁶, ou seja, sua “titularidade é controlada por meio de registros de crédito e débito em contas especiais mantidas pelo agente escriturador”³¹⁷, não havendo necessidade de apresentação de cártula ou documento em suporte eletrônico para o exercício do direito, o que impede que tal certificado seja caracterizado como título de crédito à luz do art. 887 do Código Civil³¹⁸.

De todo modo, sendo título de crédito ou não, o CEPAC se caracteriza como valor mobiliário³¹⁹, por força do art. 2º, VIII, da Lei nº 6.385/1976, que define como tal qualquer contrato derivativo, independentemente do bem subjacente, e não apenas os contratos futuros, objeto do inciso VII do mesmo artigo. A lei brasileira não define contrato derivativo, expressão abrangente de origem norte-americana³²⁰, assim conceituado pelo órgão de controle monetário norte-americano:

Um contrato financeiro cujo valor é derivado do desempenho de fatores subjacentes ao mercado, como taxas de juros, taxas de câmbio e commodities, crédito e preços de ações.³²¹

³¹⁵ CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e tesouro direto*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 173.

³¹⁶ Foi o que ocorreu, por exemplo, na Operação Urbana Consorciada Água Espirada: p. 61.

³¹⁷ CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e tesouro direto*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 139.

³¹⁸ São aplicáveis aos CEPAC, neste particular, as considerações de Márcio Ferro Catapani sobre os títulos públicos em geral (*Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e tesouro direto*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 138-161, em especial as p. 144 e 155). A função da entrega da cártula – impedir a negociação do título para terceiros em concomitância com seu resgate – já é atendida pelo bloqueio da possibilidade de negociação pelo agente escriturador, que deve ocorrer logo após a apresentação de requerimento administrativo de emissão de certidão para utilização dos CEPAC (neste sentido dispõe o art. 31, § 1º, do Decreto Municipal nº 55.392/2014 de São Paulo, em relação à Operação Urbana Consorciada Água Branca).

³¹⁹ MATTOS FILHO, Oswaldo Ary. Valores mobiliários. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3. p. 19.

³²⁰ Sobre o transplante deste e de outros conceitos conexos do Direito estadunidense para o brasileiro, cf. MATTOS FILHO, Oswaldo Ary. Valores mobiliários. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3. p. 13-37.

³²¹ UNITED STATES OF AMERICA. Office of the comptroller of the currency. *Quarterly report on bank trading and derivatives activities*. Washington, October 2016. p. 16. O texto original é o seguinte: “Derivative: A financial contract whose value is derived from the performance of underlying market factors, such as interest rates, currency exchange rates, and commodity, credit, and equity prices.”

A aquisição do solo criado é contratual, conforme explicitado no capítulo 1 desta dissertação; o valor de mercado do CEPAC, após sua alienação pelo Município, sofrerá variações decorrentes do comportamento do mercado imobiliário, que será afetado, mas não determinado, pelas intervenções previstas no programa de ocupação da área e em todo o plano de operação urbana consorciada, respondendo a diversos outros fatores, como facilidade ou dificuldade de acesso a crédito bancário; os títulos são “livremente negociados” (art. 34, § 1º, do Estatuto da Cidade), inclusive por quem não seja proprietário de imóvel em que eles podem ser incorporados, de modo que há um componente de especulação – sem qualquer conotação negativa – na decisão de adquiri-los, cuja presença não se pode constatar de plano em uma simples aquisição de terreno ou mesmo de solo criado feita concomitantemente à sua incorporação em determinado imóvel receptor (ou seja, sem CEPAC); por todas estas razões, esta específica modalidade de alienação de bem público por meio de CEPAC é um derivativo e, portanto, um valor mobiliário.

A Comissão de Valores Mobiliários, em resposta a consulta apresentada pelo Município de São Paulo (Processo CVM nº RJ 2003/0499), reconheceu os CEPAC como valores mobiliários, considerando que eles se enquadram não apenas como derivativos, mas também como título ou contrato de investimento coletivo (art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/1976), estando sujeitos à regulação e fiscalização desta autarquia federal.

A rigor, não se trata de contrato de investimento coletivo³²², uma vez que está ausente o “direito de participação, de parceria ou de remuneração”, elemento exigido pelo art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/1976³²³, que a CVM, na decisão acima mencionada, considerou presente com o elusivo argumento de que ele deve ser interpretado em conexão com a expectativa de ganho proporcionada com o investimento, como se tal conexão pudesse ser equiparada a verdadeira dispensa de um requisito previsto em lei por sua assimilação a outro. Ainda assim, por ser um derivativo, o CEPAC é valor mobiliário e como tal sua oferta pública deve ser regulada e fiscalizada³²⁴ pela CVM.

³²² Sobre as diferenças entre contrato de investimento coletivo, entendido como securitização (*security*), e a emissão de CEPAC, cf. RICCIO, Thiago. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 198-201.

³²³ SPINELLI, Luís Felipe; SCALZILLI, João Pedro; CORRADINI, Luiz Eduardo Malta; TELLECHEA, Rodrigo. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta de participação. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo, v. 61, p. 276-277, jul./set. 2013.

³²⁴ É interessante notar que a Lei nº 6.385/1976 não se utiliza do termo “controle” para fazer referência à fiscalização, provavelmente para evitar a confusão que seria decorrente da utilização de controle no sentido societário, ou seja, poder de direção das atividades de uma sociedade, incluindo a eleição da maioria dos administradores e a formação de maioria na assembleia geral (art. 116 da Lei nº 6.404/1976).

No exercício desta competência, a CVM editou a Instrução Normativa nº 401/2003, que dispõe sobre os registros de negociação e distribuição pública de CEPAC, que é um ato de verificação da conformidade da emissão com parâmetros normativos previamente fixados, ou seja, um mecanismo de controle.

A instrução contém exigências que fortalecem significativamente a transparência da operação urbana consorciada, com forte potencial de ampliar a confiança de investidores e conseqüentemente contribuir para a viabilidade do empreendimento público, como a produção de relatórios trimestrais sobre: a) o andamento da operação, b) a aplicação dos recursos financeiros arrecadados e c) a utilização de CEPAC (ou seja, sua incorporação a determinado terreno) (art. 7º, I); a comunicação ao mercado de iniciativas de modificação do plano de operação urbana consorciada (art. 7º, II); a divulgação de um prospecto com todos os dados relevantes da operação (arts. 10, 11 e 16), inclusive estudo de viabilidade e fatores de risco (art. 11, IX e X) e sobretudo a manutenção dos recursos obtidos com a alienação dos CEPAC em conta corrente específica (art. 11, XI), cuja movimentação será fiscalizada por instituição integrante do sistema de distribuição registrada na CVM (art. 9º). A despeito da relevância deste controle prévio, há ainda previsão de controle posterior, por meio de aplicação de multa (arts. 19 e 20) ou cancelamento ou suspensão do registro de distribuição dos valores mobiliários (arts. 19 e 20 da Instrução CVM nº 400/2003, aplicáveis por força do art. 21, IV, da Instrução CVM nº 401/2003).

A fiscalização exercida pela instituição integrante do sistema de distribuição registrada na CVM, contratada pelo próprio Município, suscita questões interessantes. Esta atividade caracterizaria controle social, por ser exercida por um particular sobre a Administração Pública?

A atividade exercida por esta instituição – que, a partir de agora, chamaremos de supervisora, por simplicidade – se enquadra no já citado conceito de controle entendido como “verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente”³²⁵. Contudo, como a supervisora atua onerosamente por força de contrato, no exercício de atividade especializada, uma vez que deve obrigatoriamente deter ou subcontratar quem detenha “experiência em serviços de análise e acompanhamento dos projetos urbanos” de operação consorciada (art. 9º, § 2º, da Instrução

³²⁵ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

CVM nº 401/2003), sua atividade constitui atípica delegação obrigatória feita pelo Município em proveito de uma autarquia federal, ou seja, a supervisora faz as vezes de controlador administrativo, como colaborador da Administração Pública federal, sendo inadequado classificar sua atuação como controle social. A depender do prospecto e do plano da operação urbana consorciada, a constatação pela supervisora da conformidade de determinado ato com as regras aplicáveis pode ser requisito para sua prática, ou pode construir apenas relato a ser encaminhado à CVM para providências pertinentes, hipótese em que a delegação será apenas para prática de atos materiais preparatórios das medidas a que se refere Odete Medauar na definição de controle acima transcrita.

A despeito da estranheza que este tipo de controle pode gerar à luz da contestada ideia de indelegabilidade do poder de polícia³²⁶, não se trata de configuração inédita no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 8.666/1993 prevê expressamente a contratação de particulares especializados para subsidiar a atividade de fiscalização exercida pela Administração Pública contratante sobre o contratado (arts. 9º, § 1º, 13, IV, 46 e 67) e estabelece que se o objeto do contrato interessar a mais de uma entidade pública, a entidade contratante responderá à outra entidade pública interessada pela sua boa fiscalização (art. 112). Neste contexto, não se pode descartar a possibilidade de que, em uma obra custeada por recursos federais ou estaduais objeto de transferência voluntária ao Município, por exemplo, constatações feitas pela supervisora levem à aplicação, contra o próprio Município contratante, de penalidades previstas no contrato de repasse, ou de que a produção de laudo de conformidade pela supervisora sobre etapas anteriores da obra seja requisito para a transferência de recursos destinados ao desembolso das parcelas referentes às etapas seguintes, hipótese em que ocorrerá o exercício de controle prévio, feito pelo particular, sobre atividade executada, ainda que indiretamente, pela entidade pública municipal.

3.2.3 – Consulta e audiência pública

Ao definir operação urbana consorciada, o art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade

³²⁶ Rodrigo Pagani de Souza afirma que esta ideia “vai se tornando quase um dogma, à medida que repetido sem maior reflexão” (Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade*: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 162). Em sentido similar: PEREZ, Marcos Augusto. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, n. 111, p. 39-45, maio 2010. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Limites à delegação do poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade*: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 189-204. O aprofundamento do tema extrapola o objeto desta dissertação.

estabelece que ela se dá “com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados”. Esta disposição é interpretada por Guilherme Reisdorfer como exigência de participação social³²⁷, que pode se dar, por exemplo, em consultas e audiências públicas.

Em verdade, a participação a que se refere o dispositivo não é a mesma tratada no capítulo IV do Estatuto da Cidade, que dispõe sobre o que denomina “gestão democrática da cidade”. A participação do art. 32, § 1º, é operativa, ou seja, se dá por meio de adesão à operação, aquisição de solo criado, requerimento de licenças urbanísticas e gozo dos benefícios previstos; trata-se de ser parte nos contratos que constituem o cerne da operação ou pleitear a condição de beneficiário de atos a ela relacionados. Portanto, o dispositivo não torna obrigatório, no âmbito da operação urbana consorciada, qualquer dos instrumentos listados no art. 43 do próprio Estatuto da Cidade.

Para Karlin Olbertz, a promoção de audiências públicas e debates sobre o plano de operação urbana consorciada seria obrigatória por força do art. 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade, que exige este procedimento na elaboração e na fiscalização da implementação do plano diretor³²⁸. No entanto, como apontado no capítulo 1 desta dissertação, a flexibilização dos parâmetros urbanísticos por meio da operação urbana consorciada é permitida – mas não determinada – pelo próprio plano diretor, de modo que a operação não o altera ou modifica, e nem sequer o implementa, sendo inaplicáveis as duas hipóteses de obrigatoriedade de audiência pública previstas no art. 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade. Não há como equiparar, em importância e requisitos de aprovação, o plano diretor, previsto na Constituição e que estabelece as exigências fundamentais de ordenação da cidade (art. 182, §§ 1º e 2º, da Constituição), ao plano de operação urbana consorciada, que versa apenas sobre certo perímetro já previamente fixado no próprio plano diretor e que deve obedecer necessariamente aos parâmetros nele previstos. Se estes parâmetros forem excessivamente abertos e propiciarem exagerada discricionariedade ao planejador, a crítica deve se dirigir ao plano diretor, não ao plano de operação urbana consorciada.

Não altera esta conclusão o art. 43 do Estatuto da Cidade, que lista diversos

³²⁷ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 45-46. No mesmo sentido: MONTEIRO, Lívia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço*. 2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 172. Convém esclarecer que Reisdorfer afirma que esta participação se dá “pela assunção direta e em nome próprio de tarefas de interesse público”, de sorte que não é possível concluir se é compatível com seu entendimento a interpretação a seguir defendida de que esta participação é operativa.

³²⁸ OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 86.

instrumentos para a gestão democrática da cidade, nem mesmo se lido em conjunto com o art. 2º, II, do mesmo estatuto, que prevê como diretriz geral da política urbana a participação da população “na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Estes dispositivos não impõem a participação social em todo e qualquer procedimento da política urbana, sob pena de qualquer licença para construir ou alvará de localização e funcionamento passarem a ser obrigatoriamente precedidos de audiência pública ou concedidos por órgão colegiado com representação da sociedade civil, o que contraria não apenas a praxe consolidada na gestão pública municipal, mas também a razoabilidade; o que eles determinam é uma diretriz a ser concretizada pelo legislador local, a quem cabe estabelecer quais procedimentos serão integrados por instrumentos participativos e qual será o instrumento adequado e obrigatório para determinada hipótese, e pelo administrador local, que poderá, à luz das circunstâncias do caso concreto, se valer de instrumentos participativos, ainda que não sejam obrigatórios.

Por outro lado, o art. 2º, XIII, do Estatuto da Cidade estabelece como diretriz da política urbana a

audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos 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.

Embora também constitua diretriz, como a do inciso II do mesmo artigo, acima mencionada, o texto do inciso XIII foi redigido com clara hipótese de incidência da norma nele contida, que depende apenas parcialmente de concretização pelo legislador local, uma vez que o próprio Estatuto da Cidade não deixa dúvidas de que a operação urbana consorciada é um empreendimento de efeitos potencialmente negativos, ao exigir que seja precedida de estudo de impacto de vizinhança (art. 33, V) e determinar que seja considerado o impacto dos benefícios urbanísticos previstos em seu plano (art. 32, § 1º, I). Portanto, não há espaço para que o legislador ou administrador local afaste a aplicação da regra do inciso XIII do art. 2º do Estatuto da Cidade da operação urbana consorciada, de modo que é obrigatória a “audiência” da população interessada.

Com base neste dispositivo, Maria Paula Dallari Bucci entende que qualquer empreendimento de impacto deve ser precedido de audiência pública³²⁹. No entanto, é

³²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 356-357. No mesmo sentido: SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 99.

relevante considerar que o inciso em questão não se valeu da expressão “audiência pública”, ao contrário dos arts. 32 e 34 da Lei nº 9.784/1999 e dos arts. 40, § 4º, I, e 43 do próprio Estatuto da Cidade, mas sim de “audiência do Poder Público municipal e da população interessada”. A audiência do poder público municipal é desnecessária na operação urbana consorciada, uma vez que ele coordena todo o processo; no entanto, a referência deixa claro que o termo audiência foi utilizado em sentido mais amplo, de oitiva sem meio ou procedimento determinado. Não se trata de uso inédito do termo, como se vê no art. 35 da Lei nº 9.784/1999³³⁰ e no Decreto nº 4.334/2002, que dispõe sobre “audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais”. Portanto, a audiência da população interessada pode se dar por diversos meios, como participação de representante de associação local em conselho ou outro órgão colegiado que tenha a competência de apreciar o estudo de impacto de vizinhança, com ou sem poder de voto, referendo³³¹, consulta pública ou até mesmo a audiência pública; cabe à legislação local ou, na sua omissão, ao administrador local determinar qual será o meio mais conveniente no caso concreto, considerando não apenas a necessidade de divulgação do empreendimento, mas também os custos envolvidos, e a influência que o fator temporal pode exercer na viabilidade da operação urbana consorciada em questão³³².

Qualquer que seja o meio de participação escolhido, a população local e outros que pretendam se manifestar – inclusive investidores, municípios vizinhos e entidades não governamentais com atuação de abrangência regional, nacional ou transnacional – não estão adstritos a parâmetros legais ou a metas de gestão previamente fixadas e não estão sequer obrigados a conhecê-los de modo suficiente. A desnecessidade de motivação nas manifestações dos participantes e a inexistência de responsabilidade legal ou eleitoral decorrente das posições que sustentam podem até mesmo encorajá-los a reivindicar o

³³⁰ A redação do dispositivo citado é a seguinte: “Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.”

³³¹ O veto ao inciso V do art. 43 do Estatuto da Cidade, que previa referendo popular e plebiscito como instrumentos da gestão democrática da cidade, não impede sua utilização, até mesmo porque a razão do veto foi o reconhecimento de que tais instrumentos já se encontravam regulados na Lei nº 9.709/1998. Ademais, o referendo popular e o plebiscito estão previstos como instrumentos da política urbana no art. 4º, V, s, do Estatuto da Cidade, que não foi vetado. Neste sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 360-361.

³³² Acerca dos riscos da participação, inclusive sua utilização para obstrução da deliberação pública, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 18-19.

descumprimento da legislação em vigor ou a apresentar pleitos desvinculados do objeto em debate. Portanto, falta o elemento do cânone ou parâmetro, essencial para a configuração da atividade de controle, mas não à caracterização da participação. Nada impede que os instrumentos da gestão democrática da cidade sejam utilizados para apontar ilegalidades ou descumprimento de metas; no entanto, este elemento, se presente, é acidental, pois sua ausência não descaracteriza a participação, que não se restringe a ele. A participação social na operação urbana consorciada, portanto, não deve ser confundida com controle social³³³, o que não retira nem diminui sua importância.

Com exceção do referendo e do plebiscito, cujo resultado é vinculante para o município³³⁴, os demais mecanismos de participação têm natureza de atividade de instrução para embasar a decisão administrativa a ser tomada posteriormente³³⁵. A população local, entidades não governamentais, municípios vizinhos e quaisquer cidadãos podem apresentar informações e ponderações relevantes para a formulação ou reformulação do plano de operação urbana consorciada ou até para que o Município desista de levá-lo à frente. Contudo, audiência e consulta públicas não devem ser confundidas com assembleias decisórias, até mesmo porque nem toda a população participa, mas apenas uma parcela dotada de interesse – seja altruístico ou egoístico – no tema em debate, sendo inadequado tratá-la como “a sociedade”, em que vicejam uma pluralidade de posicionamentos irredutível a qualquer grupo, por mais esclarecido e bem intencionado que seja. A este respeito, pela precisão da análise, justifica-se a transcrição, ainda que longa, das palavras de Fernando Dias Menezes de Almeida:

Já no tocante ao fortalecimento da democracia por meio da Administração consensual, enquanto modelo que favorece a participação dos destinatários do ato administrativo (no caso, contrato) em sua elaboração, não se pode perder de vista que a referência para que se avalie a democracia no plano de um Estado há de ser o Estado como um todo, ou seja, a produção do Direito geral coincidente com esse Estado.

[...]

A falta de referência ao Estado, como um todo, para que se avalie a virtude democrática de um instituto, é, via de regra, a maior causa da parte

³³³ Odete Medauar lista a audiência e a consulta públicas entre os mecanismos de controle social da administração pública, mas não sem advertir que “não se mostra fácil estabelecer uma fronteira precisa entre as atuações participativas em geral e o controle exercido pelo cidadão. Muitas vezes as atuações participativas propiciam ou facilitam o controle, mas nem sempre se revestem de cunho verificador” (*Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 186-189).

³³⁴ O art. 2º da Lei nº 9.709/1998 estabelece que, por meio do plebiscito ou referendo, o povo delibera, e não apenas opina.

³³⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, p. 180-182, abr./jun. 2005. Em sentido similar: REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 65-68 e 90-91.

de sentido da ideia de democracia, que passa a ser empregada como mero artifício de retórica.

São vários os exemplos quotidianos que podem ser lembrados nesse sentido. É o caso do caráter mais “democrático” da eleição direta do Reitor de uma universidade pública pela dita comunidade acadêmica (ou seja, pela elite que constitui o corpo de professores, alunos e funcionários administrativos da universidade), em contraposição a sua escolha final pelo Chefe do Poder Executivo que carrega consigo a legitimação decorrente da eleição pela maioria da população. É também o caso do alegado caráter mais “democrático” da oitiva, em consultas ou audiências públicas, de determinados grupos que se formam em torno de interesses específicos e que, portanto, facilmente se mobilizarão para responder ao chamado participativo com muito mais vigor do que cidadãos em geral, em contraposição ao debate nas instâncias parlamentares.

Não se negam eventuais virtudes, nos exemplos dados, da participação da comunidade acadêmica na escolha do Reitor, nem de grupos de interesse em audiências ou consultas públicas. Mas não se trata necessariamente de mecanismos de reforço da democracia.³³⁶

Portanto, as manifestações colhidas em consultas e audiências públicas não precisam ser submetidas a votação para aferir se maioria ou minoria dos presentes ou participantes as endossam, até mesmo porque não são vinculantes para o Município, que pode rejeitá-las ou acolhê-las, apresentando a fundamentação pertinente³³⁷.

3.2.4 – Órgão especial de controle interno com representação da sociedade civil

Como visto na introdução deste capítulo 3, o art. 33, VII, do Estatuto da Cidade prevê que o plano de operação urbana consorciada contenha a “forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com a sociedade civil”.

No Município de São Paulo, a praxe é procurar atender esta exigência por meio da criação de conselho, comissão executiva, comitê gestor ou grupo de gestão, com participação de entidades da sociedade civil, cuja heterogeneidade de atribuições foi constatada por Daniel Todtmann Montandon:

A maioria das operações urbanas contemplou o componente de gestão em suas leis, cada uma com suas particularidades. Em quase todas existe um instituto de gestão criado pela operação urbana, com atribuições muito distintas entre si: alguns tratam somente da gestão do fundo da operação

³³⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 346-347. Grifo do autor. No mesmo sentido: REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 117-118.

³³⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-168. Em sentido contrário, atribuindo caráter vinculante às posições produzidas em audiências públicas: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão democrática da cidade*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 358. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 139. ROCHA, Rúsvel Beltrame. *Direito intertemporal no âmbito do direito urbanístico*. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 82-84.

urbana, outros têm o poder de deliberar sobre o plano de investimentos e obras, outros têm a atribuição de formular e acompanhar planos e projetos e outros se constituem meramente em comissão executiva para análise dos pedidos de benefícios possibilitados pela lei da operação urbana.³³⁸

Esta tradição administrativa de instituição de conselhos, comissões ou comitês participativos, anterior ao advento do Estatuto da Cidade, é reconhecida por Marcos Augusto Perez:

Os institutos que são mais comuns no ordenamento brasileiro são os conselhos, comissões ou comitês participativos. Os conselhos são órgãos colegiados, ora com função deliberativa, ora com função meramente consultiva, que reúnem representantes da Administração Pública e da sociedade, com ou sem paridade de representação, e que participam do processo decisório de uma determinada área de interesses da Administração.³³⁹

Nada impede que a gestão da operação urbana consorciada já aprovada seja compartilhada com órgão colegiado com participação de entidades da sociedade civil, sobretudo em relação a decisões de maior relevância³⁴⁰. O que o Estatuto da Cidade exige, contudo, além da oitiva da população diretamente interessada (art. 2º XIII), anterior à instituição da operação, é que esta participação ocorra no “controle da operação”, e não na sua gestão.

Na verdade, em relação ao controle – seja no sentido impróprio de exercício do poder de polícia em matéria urbanística, especialmente por meio da expedição de licenças e autorizações, seja no sentido próprio de averiguação da conformidade da conduta da Administração Pública a parâmetros previamente definidos –, há necessidade não apenas de participação, mas de compartilhamento do poder decisório com entidades da sociedade civil, uma vez que o art. 33, VII, do Estatuto da Cidade estabelece que este controle deve ser “compartilhado”. Para tanto, não basta que as entidades tenham voz ou possam apresentar argumentos à Administração Pública; é necessário que tenham poder de voto e influência em deliberações relativas à operação urbana consorciada, o que torna conselhos meramente

³³⁸ MONTANDON, Daniel Todtmann. *Operações urbanas em São Paulo: da negociação financeira ao compartilhamento equitativo de custos e benefícios*. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 66-67. O autor apresenta um didático quadro caracterizador destes órgãos em diversas operações urbanas consorciadas paulistanas.

³³⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37.

³⁴⁰ É o que ocorre na Operação Urbana Consorciada Água Branca, no Município de São Paulo, cujo grupo de gestão, com participação da sociedade civil, delibera “sobre o plano de prioridades para implementação do programa de intervenções elaborado pela SP-Urbanismo” (art. 62 da Lei Municipal nº 15.893/2013). Trata-se de mecanismo mais próximo do orçamento participativo que da concepção consagrada no Estatuto da Cidade.

consultivos³⁴¹ mecanismo insuficiente para atender à exigência do Estatuto da Cidade. Trata-se, portanto, de uma modalidade qualificada de participação social.

Como já apontado na introdução deste capítulo, a instituição de conselhos, comissões ou comitês deliberativos não é a única maneira de compartilhar o controle da operação “com representação da sociedade civil” – para usar a expressão do legislador. É possível convocar periodicamente conferências de política urbana (art. 43, III, do Estatuto da Cidade) para avaliação dos resultados da operação; tais conferências podem ter a atribuição de produzir ou deliberar sobre relatórios acerca do cumprimento de metas previamente fixadas, a serem disponibilizados ao público³⁴². Outra opção é atribuir a competência de fiscalizar a emissão de licenças a colegiado já existente no âmbito da Administração Pública local, que tenha representação da sociedade civil, como costuma ocorrer com conselhos da cidade ou conselhos de política urbana (art. 43, I, do Estatuto da Cidade).

Caso a opção seja pela instituição de conselho ou comitê específico para a operação urbana consorciada, este órgão integrará a estrutura da Administração Pública local como órgão especial de controle interno, o que não é descaracterizado pela circunstância de parte de seus integrantes terem sido recrutados no âmbito da sociedade civil, sem concurso público, e não serem remunerados³⁴³.

3.3 – Controle judicial

A despeito da ascensão recente da reputação de outros órgãos de controle, o Poder Judiciário continua a deter a mais ampla experiência e tradição no contraste entre a atuação da administração pública e o ordenamento jurídico. O exercício deste controle pode se dar em qualquer ação judicial, inclusive mandado de segurança e ação ordinária ajuizada por empreendedor, adquirente de solo criado, proprietário de terreno incluído no perímetro da operação urbana consorciada (ou mesmo próximo dele) que entenda que o valor de seu bem

³⁴¹ Exemplo de conselho meramente consultivo é o da Operação Urbana Consorciada do Porto do Rio, no Município do Rio de Janeiro, criado pelo art. 40 da Lei Complementar Municipal nº 101/2009.

³⁴² Ainda que o relatório não gere a aplicação de uma medida jurídica, seja penalidade ou anulação, insere-se na atividade de controle em sentido próprio em sua acepção ampla, uma vez que é baseado em parâmetros previamente fixados. A este respeito, cf. a nota de rodapé nº 296.

³⁴³ Em sentido parcialmente diverso, Maria Paula Dallari Bucci aponta que a “situação jurídica dos conselhos é de difícil definição, uma vez que se trata de mecanismos híbridos, nem inteiramente comunitários, nem propriamente estatais” (Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 351). A divergência é mais de escolha de critério de classificação do que de fundo, uma vez que a autora não se vale do critério puramente orgânico utilizado neste capítulo.

foi ilicitamente prejudicado pelo empreendimento, ou qualquer outra pessoa titular de pretensão relacionada à operação.

Em alguns casos, este controle pode ser exercido de modo repressivo da conduta de agentes públicos e de particulares, em ações de improbidade administrativa³⁴⁴, ações indenizatórias e ações penais.

A proposta deste item não é estabelecer uma tipologia destas ações ou procedimentos judiciais, mas apenas aplicar os conceitos já delineados anteriormente a algumas hipóteses que podem gerar dúvida, de modo a compreender melhor a extensão e a profundidade do controle judicial sobre a operação urbana consorciada.

3.3.1 – Ação direta de inconstitucionalidade no tribunal local contra a ratificação parlamentar

Nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição, é cabível o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

O dispositivo constitucional não diferencia leis em sentido material e em sentido meramente formal e nem se refere a atos de natureza legislativa, razão pela qual podem ser objeto de controle as leis em sentido meramente formal³⁴⁵. Esta indistinção é recomendada por Kelsen:

Devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se contêm tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer, tende a ver, a despeito de sua forma de lei, como simples atos administrativos.³⁴⁶

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF, ocorrido em 14 de maio de 2008, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal alterou a jurisprudência que prevalecia anteriormente e passou a admitir a ação direta de inconstitucionalidade contra leis em sentido exclusivamente

³⁴⁴ O art. 52, V, do Estatuto da Cidade tipifica como ato de improbidade a aplicação dos recursos arrecadados no âmbito da operação urbana consorciada fora da operação.

³⁴⁵ LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74-77. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.166-1.169. Para um relato de discussão análoga na Itália, cf. SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 123-124, 207 e 257-258.

³⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 155. O autor vai mais longe e recomenda que outros atos do parlamento, que não tenham a forma de lei, também sejam submetidos ao controle abstrato de constitucionalidade. Neste último ponto, porém, a Constituição brasileira, como se verá, não seguiu fielmente sua recomendação.

formal³⁴⁷. A ementa do julgado, na parte relevante para o presente tópico, registra:

II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.

Embora o precedente se refira ao controle de constitucionalidade de leis federais pelo Supremo Tribunal Federal, não há razão para deixar de aplicá-lo ao controle estadual de constitucionalidade exercido pelos tribunais de justiça. Portanto, se o plano de operação urbana consorciada for aprovado por lei em sentido formal, esta pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual³⁴⁸. O cabimento da ação direta não impede que medida de efeito concreto seja impugnada pela parte interessada mediante qualquer ação judicial cabível, dada sua natureza de ato administrativo em sentido material.

Se não houver ratificação parlamentar do plano de operação urbana consorciada ou se esta se fizer por resolução ou decreto legislativo, a situação será diversa. Em relação a outros atos distintos da lei ou de outros atos a ela equiparados como a medida provisória, o tratado internacional e a emenda constitucional, o controle abstrato de constitucionalidade instituído pela Constituição só alcança os que se qualificam como atos normativos, vale dizer, os que veiculam normas dotadas de generalidade e abstração, não sendo possível estender sua aplicação a atos concretos ou individuais sem forma ou força de lei³⁴⁹, ainda

³⁴⁷ Para um levantamento da jurisprudência e de sua evolução, com a citação deste e de outros precedentes do Supremo Tribunal Federal, além dos textos da nota anterior, cf. FUX, Luiz. Orçamento público na jurisprudência do STF: a possibilidade de controle judicial, a autonomia constitucional orçamentária e a problemática do orçamento participativo. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: homenagem ao Ministro Marco Aurélio. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27-35.

³⁴⁸ O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou o mérito de ação direta de inconstitucionalidade apresentada pelo Partido dos Trabalhadores contra a Lei Municipal nº 15.416/2011 de São Paulo, declarando inconstitucional o art. 1º deste diploma legal, que alterou a lei instituidora da Operação Urbana Consorciada Água Espreada, contudo não chegou a debater especificamente a questão do cabimento da ação. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001252-24.2012.8.26.0000, julgada em 9 de outubro de 2013 e relatada pelo Desembargador Antonio Vilenilson.

³⁴⁹ LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69-74. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.168. Por força de lei, entende-se a aptidão de derrogar lei em sentido formal e de apenas poder ser derrogado por lei ou outro ato com força de lei, como se vê em LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 171. No ordenamento jurídico brasileiro, os exemplos mais evidentes de atos com força de lei são a medida provisória e o tratado internacional.

que emanados do parlamento³⁵⁰. O Supremo Tribunal Federal decidiu neste sentido na Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.937/PI, julgada em 20 de junho de 2007, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos.

1. O Decreto Legislativo 121/98, da Assembléia Legislativa do Estado do Piauí, impugnado, impõe a reintegração de servidores, que teriam aderido ao Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Servidor Público Estadual (L. est. 4.865/96).

2. O edito questionado, que, a pretexto de sustá-los, anula atos administrativos concretos – quais os que atingiram os servidores nominalmente relacionados – não é um ato normativo, mas ato que, não obstante de alcance plural, é tão concreto quanto aqueles que susta ou torna sem efeito.

3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade.

4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93).

Além dos precedentes citados na ementa acima transcrita, decisão similar foi tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.573/DF, julgada em 1º de dezembro de 2005, sendo relator para o acórdão o Ministro Eros Grau. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal extinguiu sem resolução de mérito ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o Decreto Legislativo nº 788/2005, por meio do qual o Congresso Nacional autorizou o aproveitamento hidrelétrico denominado Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará, no exercício da competência prevista no art. 49, XVI, da Constituição.

Convém esclarecer, contudo, que esta jurisprudência é anterior à já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF, que admitiu o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra leis em sentido meramente formal. Portanto, não deixa de ser reflexo da máxima jurisprudencial, anteriormente aplicável até mesmo às leis, de que não há controle abstrato de atos concretos. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal ainda não analisou se o precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF é aplicável a qualquer resolução parlamentar ou decreto legislativo ou apenas aos que se qualificam como

³⁵⁰ Em sentido diverso, por entender que resoluções e decretos legislativos têm força de lei: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203-204. No capítulo 2 desta dissertação, sustentou-se que nem todas as resoluções parlamentares e decretos legislativos são atos primários com força de lei; ao contrário, muitos devem obediência à lei em sentido material, não tendo força para revogá-la ou modificá-la.

atos normativos.

A efetividade deste mecanismo de controle, contudo, é severamente afetada pela restrição do parâmetro ou cânone de controle a normas previstas na Constituição estadual, ou seja, pelo entendimento de que não se pode aferir no controle abstrato inconstitucionalidade indireta ou reflexa decorrente da lesão à lei orgânica municipal, a leis em sentido material – sejam federais ou locais – e ao plano diretor³⁵¹, que são os principais parâmetros de controle da operação urbana consorciada. Esta restrição do escopo de análise no controle abstrato vem sendo reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê no acórdão do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 416/ES, julgado em 16 de outubro de 2014, sendo relator o Ministro Celso de Mello, cuja ementa aponta descabido o controle abstrato “quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais”³⁵².

Tal restrição, contudo, não deve impedir que a legislação urbanística local seja levada em conta para fins de definição do contexto em que se insere a norma objeto do controle abstrato, sobretudo se a ação direta apontar violação da igualdade ou da propriedade. Não se trata de aferir a existência de violação a estas normas infraconstitucionais, que podem nem sequer ser aplicáveis ao caso, mas de compreender o teor do ato sujeito ao controle, providência inevitável, mas que por vezes pode ser equivocadamente confundida com inconstitucionalidade reflexa.

Um exemplo significativo da admissão desta possibilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser extraído da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, julgada em 14 de março de 2013, sendo relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Neste precedente, para avaliar a constitucionalidade de determinadas normas sobre precatórios inseridas no texto constitucional federal pela Emenda nº 62/2009, o tribunal considerou os juros fixados em favor do particular pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, de modo a compará-los com os que a emenda pretendia fixar em favor do Poder Público. Evidentemente, o tribunal não avaliou se a emenda constitucional era compatível com o Código Tributário Nacional, mas levou em conta a disposição deste para compreender

³⁵¹ A respeito da restrição do parâmetro de controle, com citação de precedentes do Supremo Tribunal Federal, cf. LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85-96. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.174.

³⁵² No mesmo sentido é o acórdão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 842/DF, julgada em 26 de fevereiro de 1993, sendo relator o Ministro Celso de Mello.

o contexto em que estava inserida a norma em análise, o que veio a ser decisivo para que aquela fosse considerada inconstitucional por violação à igualdade. No mesmo aresto, o art. 16, § 3º, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) foi citado para embasar a declaração de inconstitucionalidade, também por lesão à igualdade, da norma que determinou a compensação do débito público com eventuais débitos do beneficiário do precatório com a entidade responsável por seu pagamento.

Portanto, as normas do zoneamento local, fixadas no plano diretor ou outra lei municipal, podem ser levadas em conta em eventual ação direta de inconstitucionalidade estadual contra lei instituidora de operação urbana consorciada, permitindo ao julgador a compreensão do contexto indispensável à aferição de lesão, por exemplo, à impessoalidade (art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo).

Por fim, convém esclarecer que eventual improcedência de ação direta de inconstitucionalidade estadual ajuizada contra lei instituidora de operação urbana consorciada não impede a análise de vício de legalidade em outras demandas judiciais, tendo em vista a diversidade de causas de pedir.

3.3.2 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

As observações feitas no item 3.1 deste capítulo são aplicáveis à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/1999, ou seja, para resolver relevante controvérsia constitucional “sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal”. Tal como a ação direta de inconstitucionalidade estadual, esta modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível contra qualquer lei em sentido formal, ainda que desprovida dos atributos da generalidade e abstração, o que inclui lei que ratifica operação urbana consorciada, e contra outros atos que sejam normativos, o que exclui decreto legislativo ou resolução parlamentar que ratifique operação urbana consorciada.

As diferenças essenciais entre os dois mecanismos de controle são o parâmetro e a competência para julgamento: a ação direta de inconstitucionalidade estadual tem como parâmetro de controle a Constituição Estadual e é de competência do tribunal de justiça local; a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem como parâmetro a Constituição Federal e é de competência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a arguição baseada no art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/1999 depende de demonstração da existência de controvérsia constitucional relevante, tal como a ação declaratória de constitucionalidade (art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999), e da inexistência de

outro meio eficaz para sanar a controvérsia (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), requisitos inexistentes na ação direta de inconstitucionalidade estadual, que pode ela mesma representar o advento da controvérsia constitucional a ser resolvida por meio de seu julgamento, mesmo que haja outro meio eficaz de solucioná-la.

As semelhanças com a ação direta de inconstitucionalidade estadual, em relação ao objeto de controle, cessam quando se analisa a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da cabeça do art. 1º da Lei nº 9.882/1999: nesta hipótese, basta que haja “lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, que não precisa ser normativo nem revestir a forma de lei³⁵³. Por outro lado, o parâmetro de controle desta modalidade de arguição é restrito: não basta que haja lesão a norma constitucional; é preciso que esta norma seja preceito fundamental³⁵⁴. Ainda que o conceito seja indeterminado e sujeito a avaliação à luz de circunstâncias do caso em julgamento³⁵⁵, é possível concluir desde logo que a mera violação da reserva de plano diretor (art. 182, §§ 1º e 2º, da Constituição) não se enquadra entre as normas constitucionais fundamentais, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição).

A Lei nº 9.882/1992 não distingue entre violação direta e reflexa da Constituição, o que leva Gilmar Mendes a sustentar a possibilidade de manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental para controle de inconstitucionalidade indireta por violação da lei³⁵⁶. Este entendimento não foi acolhido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que continua a extinguir sem resolução de mérito arguições de descumprimento de preceito fundamental apresentadas contra atos secundários – cujo fundamento de validade imediato não é a Constituição –, se a análise da arguição depender do exame da lei ou de outros atos distintos da Constituição. Neste sentido é a decisão do Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 354,

³⁵³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 327. Sobre a distinção entre as duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308-311. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.264 e 1.279-1.280. Em sentido contrário, negando a distinção: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 330.

³⁵⁴ Na modalidade de arguição do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, o preceito fundamental em questão é a segurança jurídica, qualquer que seja o dispositivo constitucional sobre o qual se instalou a controvérsia considerada relevante.

³⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 311-312. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 327.

³⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.273 e 1.292-1.294.

relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso e julgado em 3 de março de 2016³⁵⁷, que não admitiu a arguição contra portaria do Ministério da Educação acerca de financiamento estudantil³⁵⁸.

Portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental padece da mesma limitação da ação direta de inconstitucionalidade estadual para servir de mecanismo efetivo de controle das operações urbanas consorciadas. Aplica-se igualmente à arguição a distinção feita no item anterior deste capítulo entre inconstitucionalidade reflexa e consideração da legislação local para identificação do contexto em que se insere a norma objeto do controle abstrato, especialmente se o preceito fundamental apontado como descumprido for o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) ou a proteção da propriedade contra sacrifícios de direito sem indenização prévia (art. 5º, XXIV, da Constituição), que podem depender deste tipo de comparação para que seja aferida sua observância.

Há ainda outro obstáculo a este mecanismo de controle: sua subsidiariedade, ou seja, a impossibilidade de seu ajuizamento se “houver outro meio eficaz de sanar a lesividade” (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999). Ainda que tenha se consagrado a interpretação de que para satisfazer este requisito de subsidiariedade basta a inexistência de meio que propicie eficiência equivalente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, normalmente uma ação de controle abstrato de constitucionalidade³⁵⁹, não se pode olvidar que, sendo o plano de operação urbana consorciada um ato administrativo em sentido material, ainda que revestido da forma de lei, pode ser anulado por meio de ação civil pública ou ação popular, em que se pode exercer o controle concreto de

³⁵⁷ Este precedente foi citado por ser mais recente. Em seu voto, o relator cita diversos outros acórdãos do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido.

³⁵⁸ Por outro lado, o tribunal aceita o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental contra atos secundários, desde que a ofensa à Constituição seja direta, e não reflexa. Um exemplo interessante é o Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 341, julgado em 27 de maio de 2015 e relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em que o tribunal nem chegou a discutir o tema, aceitando a arguição contra portarias do Ministério da Educação sobre financiamento estudantil por violação ao princípio da segurança jurídica. Neste sentido, na doutrina: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 335-336.

³⁵⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388, julgada em 9 de março de 2016, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, contra prática de admitir que membros do Ministério Público assumam cargos no âmbito do Poder Executivo, em que são citados diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Na doutrina, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.270-1.276. O autor não defende que apenas as ações de controle abstrato são dotadas da eficácia necessária para afastar o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental; ao contrário, ao tratar do assunto, evita ser categórico e prefere utilizar advérbios como “especialmente” (p. 1.272) e “dificilmente” (p. 1.274), o que demonstra a admissão de que, em certas situações, ações judiciais que possibilitem o controle concreto de constitucionalidade podem deter eficácia equivalente ou mesmo superior à arguição de descumprimento de preceito fundamental, tornando descabido seu ajuizamento.

constitucionalidade, considerando inclusive eventual inconstitucionalidade reflexa, com eficácia *erga omnes* que transcende as partes em sentido formal do processo judicial (art. 18 da Lei nº 4.717/1965 e art. 16 da Lei nº 7.347/1985³⁶⁰), evitando a multiplicação de demandas idênticas com decisões divergentes, tendo em vista a amplitude da regra de prevenção do juízo competente para a primeira ação ajuizada (art. 5º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965 e art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985). Nesta hipótese, portanto, há outros meios para sanar a lesão ao preceito fundamental³⁶¹, inclusive mais eficazes que a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Convém esclarecer que eventual improcedência de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada contra plano de operação urbana consorciada não impede a análise de vício de legalidade em outras demandas judiciais, tendo em vista a diversidade de causas de pedir. Pouco importa que a decisão tenha eficácia geral e efeito vinculante, uma vez que eles só abrangem as questões deduzíveis na arguição de descumprimento de preceito fundamental que, como visto, exclui questões de legalidade. Enfim, ainda que seja constitucional, um ato concreto pode ser anulado por ser ilegal.

Como se vê, os mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade podem ser utilizados para o controle judicial da operação urbana consorciada, mas sua eficácia é restrita em razão da natureza de ato concreto do instituto. Resta justificar o cabimento de outros remédios processuais, sem que isto implique restringir o manejo de quaisquer outros por quem tenha pretensão relacionada à operação.

3.3.3 – Ação popular

O art. 5º, LXXIII, da Constituição prevê a ação popular para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

³⁶⁰ Nem mesmo a polêmica limitação de eficácia à competência territorial do órgão prolator da sentença constituirá obstáculo à sua eficácia, uma vez que a operação urbana consorciada é, por definição, restrita a uma área delimitada dentro de uma cidade, as mais das vezes, de um único município. Tal dificuldade só surgiria na hipótese de operação urbana consorciada em região metropolitana ou aglomeração urbana que se estenda pelo território de mais de um Estado-membro (art. 34-A do Estatuto da Cidade e art. 4º da Lei nº 13.089/2015, denominada Estatuto da Metrôpole).

³⁶¹ Apesar de aderir ao entendimento de Gilmar Ferreira Mendes em relação à restrição da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental a ações de controle abstrato de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso sustenta ser possível “imaginar exceções pontuais” como “por exemplo, em certas hipóteses de ação popular ou de ação civil pública” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 321). Parece ser o mesmo o entendimento de Elival da Silva Ramos, que se refere a “eficácia *erga omnes* das decisões de procedência da ação”, sem restringi-las a ações de controle abstrato de constitucionalidade (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329).

O art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/1965 estabelece que o patrimônio público inclui “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Como já esclarecido no capítulo 1 desta dissertação e reiterado no item 2.1 deste capítulo, o solo criado é bem público de valor econômico; sendo sua alienação o cerne da operação urbana consorciada, é evidente a conclusão de que a operação pode ser objeto de controle judicial provocado por qualquer cidadão por meio da ação popular.

3.3.4 – Ação civil pública

Desde a entrada em vigor do Estatuto da Cidade, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) prevê expressamente o cabimento da ação civil pública para defesa da “ordem urbanística” (art. 1º, VI)³⁶², o que demonstra que o legislador considerou que o atendimento das exigências de ordenação da cidade é um direito coletivo ou difuso (art. 129, III, da Constituição).

A operação urbana consorciada afeta todos os frequentadores, ainda que usuais, de uma dada região da cidade, além de investidores que podem nem sequer conhecer o local, proprietários, possuidores e usuários de serviços oferecidos e obras públicas erguidas no local. O impacto da operação pode até mesmo transcender seu perímetro e afetar o valor de mercado de imóveis vizinhos, seja em razão de incremento da demanda por acesso à área renovada, inclusive a partir de seu entorno, seja porque eventual excesso no planejado adensamento construtivo pode sobrecarregar a infraestrutura existente, mesmo das áreas próximas, gerando fuga de investidores e desvalorização imobiliária. Além da alteração do valor de mercado de imóveis, o perfil de ocupação pode ser bastante modificado. Esta amplitude de efeitos foi bem descrita por Guilherme Reisdorfer:

O desenvolvimento de qualquer operação urbana, ainda que pontual, deve levar em consideração a pluralidade dos impactos resultantes. É a complexidade inerente tanto às providências necessárias quanto aos efeitos produzidos que exige planejamento prévio e adequado para esse tipo de intervenção no meio urbano. Essa consideração é tanto mais relevante no tocante a uma operação urbana estrutural, que tem por objeto a intervenção sistemática em um dado espaço que assume relevância para toda a cidade. Os diversos tipos contratuais destinados a concretizar essas operações constituem instrumentos de desenvolvimento de política urbana. Produzem impacto sobre a organização da cidade como um todo, sobre proprietários, não-proprietários, sobre usuários das várias infraestruturas urbanas e, de forma geral, sobre a atividade econômica e o bem-estar daqueles que estão de alguma forma vinculados ou são afetados pela região que sofrerá a

³⁶² Sobre o conceito de ordem urbanística, cf. PINTO, Victor Carvalho. A ordem urbanística. *Fórum de direito urbano e ambiental*. Belo Horizonte, n. 3, p. 235-243, mai./jun. 2002.

intervenção.³⁶³

Enfim, os possíveis impactos são amplos, variados e afetam um número indeterminado de pessoas (ainda que os atos que constituem a operação sejam individualizados e concretos³⁶⁴) que não estão reunidas por uma relação jurídica, de modo que se está diante de um direito difuso, segundo o conceito do art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor. Como o plano de operação urbana consorciada é um ato concreto, não há dúvidas sobre o cabimento da ação civil pública³⁶⁵, seja para anulá-lo por completo, parcialmente ou para obter indenização em favor da coletividade, seja para impor ao Município ou a particular obrigação de fazer ou de não fazer assumida no bojo da operação urbana (art. 12 da Lei 7.347/1985) ou ainda para controlar a legalidade de atos específicos praticados no planejamento, licenciamento ou execução da operação.

A ação civil pública já vem sendo utilizada com o objetivo de submeter ao controle judicial operações urbanas consorciadas. Apenas em relação à Operação Urbana Consorciada Água Espreada, no Município de São Paulo, o Tribunal de Justiça de São Paulo foi provocado pelo Ministério Público Estadual a decidir sobre a necessidade de estudo de impacto ambiental e a possibilidade de financiamento, por CEPAC, de obra que estava em parte fora do perímetro da área em renovação³⁶⁶, e por associação de bairro a avaliar a licitude de alvarás de construção decorrentes de benefícios outorgados no bojo da operação urbana³⁶⁷. No Município de Belo Horizonte, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública apontando falta de participação popular na formulação da Operação Urbana Consorciada Nova BH, que posteriormente passou a ser chamada de Operação Urbana Consorciada Antônio Carlos/Leste-Oeste; foi celebrado termo de ajustamento de conduta que levou à extinção do processo³⁶⁸.

³⁶³ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 213. Em outro trecho da obra citada, referindo-se especificamente às operações urbanas consorciadas, o autor reconhece que este instituto envolve “a participação de um número indeterminado de terceiros” (p. 223).

³⁶⁴ Esta discrepância é usual. Uma licença ambiental é ato individualizado e concreto, mas ainda assim pode afetar o direito difuso ao meio ambiente equilibrado, titularizado por um número indeterminado de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, e não por uma relação jurídica base.

³⁶⁵ No mesmo sentido, para o plano diretor: PINTO, Victor Carvalho. *A ordem urbanística. Fórum de direito urbano e ambiental*. Belo Horizonte, n. 3, p. 240, maio/jun. 2002.

³⁶⁶ Apelação nº 0003535-55.2012.8.26.0053, julgada em 6 de agosto de 2016 pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, sendo relator o Desembargador Torres de Carvalho.

³⁶⁷ Agravo de Instrumento nº 2090774-57.2014.8.26.0000, julgado em 25 de março de 2015 pela 8ª Câmara de Direito Público, sendo relator o Desembargador Ponte Neto.

³⁶⁸ Processo nº 0860529-52.2014.8.13.0024, que tramitou na 2ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte. A sentença de extinção foi publicada no Diário de Justiça em 23 de janeiro de 2015. Para um relato da controvérsia entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o Município de Belo Horizonte, cf. RICCIO, Thiago. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política*

Considerando que a operação urbana consorciada é um instituto aplicado por municípios que contam com cidades de grande porte, com mercado imobiliário dinâmico e bem desenvolvido, as ações civis públicas acima citadas são suficientes para considerar provável³⁶⁹ que este seja o principal instrumento de controle judicial amplo das operações urbanas consorciadas, uma vez que ações judiciais que buscam a tutela de direitos individuais, a despeito de sua importância, tendem a se limitar a aspectos pontuais da operação ou de atos administrativos praticados no seu bojo.

urbana concertada. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 5-8.

³⁶⁹ A confirmação desta assertiva dependeria de pesquisa empírica que extrapola o escopo desta dissertação.

CONCLUSÃO

Os três objetivos específicos das operações urbanas consorciadas descritos no art. 32, § 1.º, do Estatuto da Cidade (“transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”) podem ser sintetizados na expressão “renovação urbana”.

O plano urbanístico da operação deve conter motivação que demonstre a pretensão de alcançar cumulativamente os três objetivos e a razoabilidade do prognóstico. O controle sobre o ato de instituição da operação urbana consorciada deve levar em conta os elementos disponíveis quando da elaboração do plano, evitando adotar visão retrospectiva que identifica falhas com base na ciência do que ocorreu posteriormente.

As operações urbanas consorciadas devem visar à renovação de áreas já urbanizadas ou ocupadas de forma consolidada, e não de glebas que não foram parceladas, ainda que inseridas no perímetro urbano ou de expansão urbana (isto é, urbanizáveis), ou mesmo com urbanização em curso.

As “transformações urbanísticas estruturais” devem ser relevantes e afetar aspectos centrais da organização urbanística, seja da infraestrutura básica ou de outro elemento urbanístico importante, como tipologias edilícias, adensamento e áreas livres de uso público.

As “melhorias sociais” podem ser tomadas como equivalentes a bem-estar e justiça sociais, fundamentos da ordem social (art. 193 da Constituição), e não se restringem a políticas de redistribuição de renda voltadas aos segmentos economicamente mais desfavorecidos da população.

O objetivo de valorização ambiental pode ser atingido por melhorias no ambiente urbano artificial, cultural ou natural, cabendo ao Poder Público fixar discricionariamente o ponto de equilíbrio entre eles, não sendo possível apontar aprioristicamente ilegalidade ou falta de “valorização ambiental” pelo fato de ter sido privilegiado um aspecto ambiental em detrimento de outros.

Pode surgir tensão entre objetivos específicos diversos da operação urbana consorciada, a ser solucionada por ponderação feita no plano urbanístico, desde que evitadas alternativas drásticas a ponto de excluir um dos objetivos legais das finalidades da operação.

A captação antecipada das mais-valias urbanísticas antes de sua própria ocorrência, a título de contrapartida pelos benefícios da operação, é o mecanismo de funcionamento da operação urbana consorciada, e não sua finalidade, que é a renovação urbana.

O plano diretor não detém exclusividade na ordenação da cidade, uma vez que a

Constituição lhe atribui a função de estabelecer as exigências fundamentais e de ser o instrumento básico da política urbana, e não de exaurir toda a atuação municipal sobre o tema.

Contudo, subsiste uma reserva relativa de plano diretor que, diante do alto teor de generalidade das normas constitucionais a respeito, alcança as questões especificadas nas normas gerais de Direito Urbanístico contidas na legislação federal, entre elas a definição de índices urbanísticos, justamente os que podem ser flexibilizados em operação urbana consorciada.

Assim, a flexibilização de índices urbanísticos decorrente de operações urbanas consorciadas é compatível com o art. 182 da Constituição, desde que sua instituição seja “baseada no plano diretor”, ou seja, que este contenha a definição de quais são as áreas da cidade que podem ser objeto da aplicação deste instrumento, ainda que o perímetro seja fixado de modo mais preciso apenas na lei instituidora da operação.

Mesmo que aprovada por procedimento que propicie participação e debate tão ou mais amplos e com maioria tão ou mais qualificada do que os exigidos para a validade de lei de revisão do plano diretor, a lei que institui operação urbana consorciada não pode alterá-lo, mas apenas flexibilizar suas normas e parâmetros urbanísticos nas áreas previamente definidas e de modo compatível com o próprio plano diretor.

Não há na operação urbana consorciada um ato final precisamente identificável, mas sim conjuntos de atos que podem se desenvolver segundo determinada ordem ou de modo paralelo ou concomitante, formando uma verdadeira rede procedimental, o que inviabiliza sua conceituação como procedimento administrativo.

A operação urbana consorciada não é um contrato plúrimo ou plurilateral, mas envolve um conjunto de negócios bilaterais que formam relações jurídicas indiretamente coligadas entre si pela identidade da prestação pública detalhada no plano urbanístico e de fruição simultânea por todos, que constitui a destinação unitária dos bens ou recursos decorrentes das contrapartidas ou contraprestações, que formam uma universalidade de direito.

O solo criado é bem público independente do terreno ao qual pode aderir. Ao atribuir, mediante contraprestação, benefícios urbanísticos que permitem o incremento do aproveitamento do terreno, o Município celebra contrato de alienação deste bem. Na operação urbana consorciada, esta alienação é composta de cláusula de afetação obrigatória da contraprestação recebida do cessionário pelo cedente, que só pode ser aplicada no âmbito da própria operação, segundo os parâmetros fixados no plano previamente aprovado pela

Câmara Municipal.

A alienação do solo criado com afetação das contrapartidas é o cerne da operação urbana consorciada, pois permite o financiamento das intervenções que, associadas às medidas urbanísticas previstas para a área, possibilitarão a renovação urbana, que é a finalidade do instituto. Trata-se de contrato sinalagmático, a que é aplicável a exceção do contrato não cumprido e que admite, ainda que ausente cláusula expressa, que a parte prejudicada opte pela resolução do contrato na hipótese do inadimplemento da prestação da parte contrária. Contudo, salvo disposição contratual em contrário, o sinalagma não abrange o dever acessório de afetação do conjunto de contraprestações da operação.

São inaplicáveis à alienação do solo criado os procedimentos de licitação e de reconhecimento de sua inexigibilidade previstos na Lei nº 8.666/1993, com exceção do seu art. 53, que regula o leilão. Os procedimentos que precedem a alienação derivam do Estatuto da Cidade, da legislação municipal que o regulamenta e, no caso dos certificados de potencial adicional de construção, do próprio art. 53 da Lei nº 8.666/1993 e das normas referentes ao mercado de capitais.

A adesão à operação urbana consorciada é ato voluntário, que não pode ser imposto pelo município aos seus destinatários.

Em razão de sua natureza jurídica contratual, aplica-se à alienação do solo criado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, da Constituição).

A observância da garantia da legalidade no direito constitucional brasileiro exige, em regra, tanto a legalidade em sentido formal quanto material, ou seja, ressalvadas exceções previstas na própria Constituição, a liberdade só pode ser restringida em virtude de normas gerais e abstratas aprovadas pelo parlamento, de sorte que atos individuais ou concretos, mesmo que praticados pelo próprio parlamento no exercício de competência prevista constitucionalmente, devem obediência a estas normas gerais e abstratas. Reconhecer ao parlamento o poder de excepcionar casuisticamente as normas por ele mesmo editadas é incompatível com a ideia de igualdade perante a lei.

A lei que, em cumprimento à exigência dos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade, aprova plano de operação urbana consorciada é lei em sentido meramente formal, que deve ser conforme às normas gerais e abstratas veiculadas em leis em sentido material, as quais não pode derogar.

O regime local de separação de poderes, embora vinculado aos princípios constitucionais, não precisa ser simétrico ao regime federal, sendo possível que, no âmbito municipal, um plano de ordenação territorial como o plano de operação urbana consorciada

seja veiculado por ato administrativo, mesmo sem aprovação ou ratificação parlamentar; por outro lado, a Constituição também não impede que a Lei Orgânica local torne esta ratificação parlamentar obrigatória. Portanto, excetuado o plano diretor sobre o qual já dispôs a Constituição (art. 182, § 1º), a Lei Orgânica municipal deve estabelecer se os demais planos urbanísticos, incluído o plano de operação urbana consorciada, dependem de ratificação parlamentar. No silêncio da Lei Orgânica a respeito, deve-se entender que os planos, por terem natureza de ato administrativo em sentido material, podem ser praticados diretamente pela Administração Pública municipal, sem participação ou ratificação do parlamento local. Destarte, são formalmente inconstitucionais os trechos dos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade que se referem a “lei municipal específica” e “lei específica”.

Por sua semelhança com outros atos parlamentares de controle prévio da Administração Pública e por ter a Constituição previsto sua apreciação congressual sem se referir a lei, a aprovação dos planos de ordenação territorial, quando exigida, deve se dar por decreto legislativo ou resolução parlamentar, atos distintos do objeto aprovado ou ratificado, que não é um texto normativo, mas uma coleção de documentos, que pode incluir mapas e estudos. A iniciativa do procedimento é do Prefeito, que deve enviar à Câmara Municipal mensagem com o plano de operação urbana consorciada para que esta o ratifique ou veto integralmente, sendo-lhe vedado apresentar qualquer emenda ou aprová-lo apenas em parte. A decisão parlamentar de ratificação resulta na promulgação da resolução ou decreto legislativo, não havendo oportunidade para sanção ou veto do Prefeito.

Tendo sido o plano de operação urbana consorciada aprovado pela Câmara Municipal, não há como alterá-lo sem submeter a modificação a nova aprovação. Contudo, o programa de ocupação da área a ser renovada, o programa de atendimento à população afetada e o contrato de alienação de solo criado podem ser modificados sem que isto implique necessariamente alteração do plano urbanístico aprovado, desde que tais modificações obedeçam a parâmetros fixados no plano diretor, em eventual lei estadual ou municipal em sentido material que disponha sobre o tema e no próprio plano de operação urbana consorciada aprovado pelo parlamento local, bem como sejam acompanhadas do devido reequilíbrio econômico-financeiro.

A majoração graciosa de coeficiente de aproveitamento ou de outro índice urbanístico para determinada área da cidade, ainda que feita por meio de lei que altere pontualmente o plano diretor ou mesmo no âmbito de uma ampla revisão deste, é ato concreto, sujeito à observância da legalidade material, de modo que pode ser proibido por lei local em sentido material ou mesmo por capítulo do plano diretor que contenha normas

gerais e abstratas. Se uma tal norma geral e abstrata for derogada, especialmente no bojo de um novo plano diretor que revogue inteiramente o artigo que a contém, o adquirente do solo criado no âmbito de operação urbana consorciada terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que cumpriu prestação onerosa que se mostrou desnecessária ante conduta do Poder Público. Embora não se trate exatamente de modificação do plano de operação urbana consorciada, esta majoração graciosa de índices urbanísticos no perímetro da operação caracteriza *venire contra factum proprium*, ou seja, conduta contraditória violadora da boa-fé.

Após sua ratificação parlamentar, o plano de operação urbana consorciada passa a ser o mais relevante parâmetro de controle dos atos administrativos concretos prolatados no âmbito da operação urbana consorciada. Até que isto ocorra, durante a fase de planejamento da operação, é muito ampla a discricionariedade da Administração Pública municipal na elaboração deste plano.

Por envolverem a alienação de bem público, as operações urbanas consorciadas estão sujeitas ao controle dos tribunais de contas e do sistema de controle interno do Poder Executivo.

Se a operação urbana consorciada envolver a emissão de certificado de potencial adicional de construção (CEPAC), que é derivativo e como tal espécie de valor mobiliário, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal, terá competência de controle, exercida com auxílio de entidade privada credenciada e contratada pelo próprio Município.

É obrigatória, por força do art. 2º, XIII, do Estatuto da Cidade, a audiência da população interessada na fase de planejamento da operação urbana consorciada, que pode se dar por diversos meios, como participação de representante de associação local em conselho ou outro órgão colegiado que tenha a competência de apreciar o estudo de impacto de vizinhança, com ou sem poder de voto, consulta pública ou audiência pública. Cabe à legislação local ou, na sua omissão, ao administrador local determinar qual será o meio mais conveniente. Contudo, não se trata de mecanismo de controle, mas sim de instrução para tomada de posterior decisão administrativa.

Para atender o art. 33, VII, do Estatuto da Cidade, que exige que o controle da operação urbana consorciada seja compartilhado com a sociedade civil, não basta a instituição de conselho consultivo sobre a gestão da operação. A lei exige que a participação se dê no controle, não na gestão, e que os representantes da sociedade civil tenham influência sobre as decisões, e não apenas o direito de serem ouvidos.

Se o plano de operação urbana consorciada for aprovado por lei em sentido formal,

esta pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual, a ser julgada pelo tribunal de justiça local. Mesmo que seja aprovado por decreto legislativo, resolução parlamentar ou ato administrativo em sentido formal, o plano pode ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. A efetividade destes dois mecanismos de controle, contudo, é severamente afetada pela restrição do parâmetro ou cânone de controle a normas previstas na Constituição estadual ou a preceitos fundamentais da Constituição federal, vale dizer, pelo entendimento de que não se pode aferir, no controle abstrato, inconstitucionalidade indireta ou reflexa decorrente da lesão à Lei Orgânica municipal, a leis em sentido material – sejam federais ou locais – e ao plano diretor, que são os principais parâmetros de controle da operação urbana consorciada. Eventual improcedência destas ações não impede a análise de vício de legalidade em outras demandas judiciais, tendo em vista a diversidade de causas de pedir.

Sendo o solo criado bem público de valor econômico, e sua alienação o cerne da operação urbana consorciada, esta pode ser objeto de controle judicial provocado por qualquer cidadão por meio da ação popular.

Os possíveis impactos de uma operação urbana consorciada são amplos, variados e afetam um número indeterminado de pessoas que não estão reunidas por uma relação jurídica, de modo que se está diante de um direito difuso. Como o plano de operação urbana consorciada é um ato concreto, não há dúvidas sobre o cabimento da ação civil pública, seja para anulá-lo por completo, parcialmente ou para obter indenização em favor da coletividade, seja para impor ao Município ou a particular obrigação de fazer ou de não fazer assumida no bojo da operação urbana ou ainda para controlar a legalidade de atos específicos praticados no planejamento, licenciamento ou execução da operação.

Referências bibliográficas

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 287-300.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- _____. *Contrato administrativo*. São Paulo: 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 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 41-119.
- ALMEIDA, Milton. Teoria do contrato plurilateral de previdência complementar. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 98, p. 40-63, jul./dez. 2008.
- ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano diretor urbano e estatuto da cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- AMAR, Akhil Reed. Attainder and Amendment 2: Romer's Rightness. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 95, p. 203-235, out. 1996.
- APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. Plano Diretor como parâmetro de aferição de validade material das leis urbanísticas municipais. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 71-96, mar. 2014.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *Poder legislativo e orçamento público: função de controle do parlamento*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ATALIBA, Geraldo. Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 86, p. 283-300, abr./jun. 1985.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 7.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria dos atos parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 81, p. 259-322, jan./mar. 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BATISTELA, Marcos. Operações urbanas consorciadas. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269-284.
- _____. Alguns aspectos jurídicos para a comparação do instituto da operação urbana consorciada com o método Land Readjustment aplicado no Japão. In: MONTANDON, Daniel Todtmann; SOUZA, Felipe Francisco de Souza. *Land Readjustment e operações urbanas consorciadas*. São Paulo: Romano Guerra, 2007. p. 144-146.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.
- BRASIL. Presidência da República. *Manual de redação da Presidência da República*. 2a ed. Brasília: Presidência da República, 2002.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos do Ministério das Cidades. *Nota Técnica nº 31/2016/SEI/DEAP/SNAPU-MCIDADES*. Disponível no Processo Administrativo nº SEI 80000.020384/2013-49. Brasília: Ministério das Cidades, 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Petição nº 88.128. Relator: Desembargador Bandeira de Mello. São Paulo, 15 de outubro de 1958, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 228-238, 1960.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 220.706. Relator: Desembargador Kazuo Watanabe. São Paulo, 24 de julho de 1973, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 461, p. 55-64, mar. 1974.
- BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 167-193, jan. 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 344-364.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 4a ed.

São Paulo: Malheiros, 2014. p. 326-343.

- CAMPOS, Ana Luiza Garcia. Operação Urbana Consorciada Porto Maravilha e Estatuto da Cidade: análise de aspectos controversos do Estudo de Impacto de Vizinhança e da participação da população. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 351-362, mar. 2014.
- CAMPOS, Francisco. Orçamento - Natureza jurídica - Anualidade - Discriminação de rendas - Impostos de indústrias e profissões - Movimento econômico - Imposto sobre vendas e consignações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 71, p. 447-467, 1963.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Credenciamento como instituto da Administração Consensual. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, n. 1, p. 22-27, set./out. 2013.
- CARVALHO, Renata Martins de. A dupla função da licença para construir na nova ordem jurídico urbanística. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, v. 5 e 6, p. 141-159, mar./mai. 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7.
- CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e tesouro direto*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.
- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 13-20.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- COSTA, Camila Maia Pyramo. Operações urbanas consorciadas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, n. 6, p. 544-551, nov./dez. 2002.

- COTA, Daniela Abritta. *A parceria público-privada na política urbana brasileira recente: reflexões a partir da análise das operações urbanas em Belo Horizonte*. 2010. 430 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Departamento de Geografia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Responsabilidade do estado por ato legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 153, p. 15-34, jul./set. 1983.
- CZIMMERMANN, Fernanda Riviera. O Projeto Porto Maravilha e a Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 115-143, 2014.
- DI CIOLO, Vittorio; CIAURRO, Luigi. *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2013.
- DICKMANN, Renzo. Le ragioni di uno studio sulle funzioni parlamentari non legislative. In: DICKMANN, Renzo; STAIANO, Sandro (Coord.). *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 3-22.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 9a ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERRAZ, Luciano. Tribunais de contas e o controle dos atos administrativos. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 97-105, fev. 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Do processo legislativo*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Estado de direito e constituição*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- 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.
- FORTE, Clemente. Presentazione. In: LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Direito empresarial II: sociedade anônima: mercado de valores*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FUX, Luiz. Orçamento público na jurisprudência do STF: a possibilidade de controle judicial, a autonomia constitucional orçamentária e a problemática do orçamento participativo. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 25-47.
- GARCIA, Fernando Couto. Agravo de Instrumento – Restrição altimétrica decorrente de tombamento de conjunto urbano por ato administrativo – Inexistência de direito adquirido – Inaplicabilidade da reserva de plano diretor. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, nº 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=70748&p=19>. Acesso em: 5 dez. 2016.
- GASPARINI, Diógenes. Outorga onerosa do direito de construir. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 47, p. 37-74, jan./fev, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. A lei do plano. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 53-54, p. 315-328, jan./jun. 1980.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUTTMANN, Amy. Foreword: legislatures in the constitutional state. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Coord.). *The least examined branch*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. ix-xiii.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 97, p. 127-138, 2002.
- _____. O sinalagma contratual. As chamadas causas dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 93, p. 209-228, maio/jun. 2014.

- HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. 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 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-162.
- JAMPAULO JÚNIOR, João. Plano diretor – o processo legislativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Libório (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 177-190.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16a ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.
- LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007.
- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LOMAR, Paulo José Villela. Operação Urbana Consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 250-293.
- MALERONKA, Camila. *Projeto e gestão na metrópole contemporânea: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana*. 2010. 212 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- MANNINO, Armando. *Diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè, 2010.
- MARICATO, Erminia; WITHAKER FERREIRA, João Sette. Operação Urbana Consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade? In: OSORIO, Leticia Marques (Coord.). *Estatuto da Cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 215-250.

- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga Onerosa do Direito de Construir (solo criado). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 225-249.
- _____. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 298-348.
- _____. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.
- _____. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.
- MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.
- MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.
- MARTINES, Temistocle; SILVESTRI, Gaetani. Le fonti del diritto parlamentare. In: MARTINES, T.; SILVESTRI, G.; DECARO, C.; LIPPOLIS, V.; MORETTI, R. *Diritto parlamentare*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 37-50.
- MASSONETTO, Luiz Fernando. Operações urbanas consorciadas: a nova regulação urbana em questão. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 101-118, 2003.
- MATTOS FILHO, Oswaldo Ary. Valores mobiliários. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: sociedade anônima*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 13-37.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. t. I.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Controle da administração pública*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Direito de construir*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1983.
- _____. *Direito municipal brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1981.
- _____. Desapropriação para urbanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 116, p. 1-15, 1974.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.
- MELONCINI, Maria Isabela Haro. Os certificados de potencial adicional de construção (Cepacs): a “moeda” das operações urbanas consorciadas. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 113-139, mar. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e da Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 251-290.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 243- 249.
- MENEZES, Djacir. *Direito administrativo moderno: os princípios estruturais do estado nacional na administração pública*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º Editor, 1943.
- MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014.
- MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Limites à delegação do poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 189-204.

- MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MONTANDON, Daniel Todtmann. *Operações urbanas em São Paulo: da negociação financeira ao compartilhamento equitativo de custos e benefícios*. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MONTEIRO, Livia de Oliveira. *Espacialidades e especificidades: as operações urbanas consorciadas como ferramenta de planejamento e de gestão do espaço*. 2014. 505 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.
- MONTEIRO, Vera. Concessão e prévia autorização legislativa: STF e TJSP têm algo a dizer. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 457-465.
- MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 27-44.
- MORETTI, Renato. Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo. In: MARTINES, T.; SILVESTRI, G.; DECARO, C.; LIPPOLIS, V.; MORETTI, R. *Diritto parlamentare*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 335-379.
- MOURA, Dulce; GUERRA, Isabel; SEIXAS, João; FREITAS, Maria João. A revitalização urbana: contributos para a definição de um conceito operativo. *Cidades - Comunidades e Territórios*, Lisboa, n. 12 e 13, p. 15-34, dez. 2006.
- MUKAI, Toshio. Operações urbanas consorciadas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, n. 34, p. 80-84, jul./ago. 2007.
- _____. *Direito urbano e ambiental*. 4a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- NOVIS, Mariana. *O regime jurídico da concessão urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Novas tendências do urbanismo: de um urbanismo de contenção e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da*

discricionariade administrativa. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, p. 167-194, abr./jun. 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2a ed. Barcelona: Ariel, 1988.

PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e nas parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Foriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 475-487.

_____. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, n. 111, p. 39-45, maio 2010.

_____. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O regime urbanístico de Brasília. *Cadernos ASLEGIS*, Brasília, n. 42, p. 179-201, jan/abr. 2011.

_____. A ordem urbanística. *Fórum de direito urbano e ambiental*, Belo Horizonte, n. 3, p. 235-243, mai./jun. 2002.

PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. Controladoria-Geral do Município. *Portal Rio Transparente*. Dados disponíveis em: <<http://riotransparente.rio.rj.gov.br/dados.asp?EXERCICIO=2011&tipoOrgao=Todos&periodo=Anual&cmd=ReceitasFonteResposta&visao=receitas#Resp1>>. Acesso em: 7 de janeiro de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- _____. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- _____. *Atuação privada na atividade urbanística: planejamento e contratualização*. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- RICCIO, Thiago Quintão. *Operação urbana consorciada: contratualização na execução da política urbana concertada*. 2015. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.
- ROCHA, Rúsvel Beltrame. *Direito intertemporal no âmbito do direito urbanístico*. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950.
- ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- _____. Permuta de bens públicos imóveis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 111-147, jan./abr. 2014.
- SANTOS, Marcela de Oliveira. *Operação urbana consorciada Faria Lima: um balanço após 20 anos*. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 363-379, mar. 2014.
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. 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 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 201-224.
- SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 216-222.
- SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- _____. Novos contornos da licença urbanística. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte:

- Fórum, 2014. p. 245-256.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição das desapropriações para fins urbanísticos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 976-990, ago. 2012.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. Kindle Edition.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Direito urbanístico brasileiro*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Direito ambiental constitucional*. 9a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Marco Aurélio Barcelos. Mecanismos de atuação estatal: as parcerias público-privadas (PPPs). *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, n. 6, p. 125-132, jul./set. 2004.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; _____ (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 39-61.
- _____. Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 157-187.
- SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista jurídica empresarial*. Porto Alegre, n. 16, p. 11-52, set./out. 2010.
- SPINELLI, Luís Felipe; SCALZILLI, João Pedro; CORRADINI, Luiz Eduardo Malta; TELLECHEA, Rodrigo. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta de participação. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 61, p. 243-296, jul./set. 2013.
- SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Fundamentos de direito público*. 5a ed. São Paulo: Malheiros: 2014.
- _____. *Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 3.

- _____. Direito de construir e novos institutos urbanísticos. *Direito*, São Paulo, n. 2, p. 5-51, 1995.
- _____. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. Procedimentos administrativos de competição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 114-119, jul./set. 1987.
- UNITED STATES OF AMERICA. Office of the comptroller of the currency. *Quarterly report on bank trading and derivatives activities*. Washington, October 2016.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. *Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: parte I (ABNT)*. 3a ed. São Paulo: SIBiUSP, 2016.
- VALIM, Rafael. Panorama do controle da administração pública. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 353-369.
- VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4.
- VIANA, Camila Rocha Cunha. A formação concertada de políticas públicas urbanísticas e o exemplo das operações urbanas consorciadas. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 11-26, mar./jun. 2014.
- VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 261, p. 27-35, jan./mar. 1978.
- XAVIER, Alberto. O princípio da legalidade no Brasil. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 117-130, jul./set. 1987.